

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

TAÍSA MAGRO OSTINI

A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência: um estudo de caso sobre o
processo decisório do Supremo Tribunal Federal

Ribeirão Preto

2020

TAÍSA MAGRO OSTINI

A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência: um estudo de caso sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal

Versão Original

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Associado Sergio Nojiri.

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

OT135o OSTINI, Taísa Magro
o A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência: um estudo de caso sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal / Taísa Magro OSTINI; orientador Sergio Nojiri. -- Ribeirão Preto, 2020.
319 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020.

1. DECISÃO JUDICIAL. 2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL. 4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. I. Nojiri, Sergio , orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: OSTINI, Taísa Magro.

Título: A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência: um estudo de caso sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Ao meu pai e à minha mãe, por sempre
terem feito de tudo para que eu perseguisse os
meus sonhos, enfrentando e celebrando a vida
junto comigo. Vocês dão concretude para a
palavra amor.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Sergio Nojiri, a quem tenho como exemplo de mestre desde o primeiro ano da graduação, por ser atencioso, incentivar a curiosidade e a liberdade na pesquisa, e, especialmente, por revolucionar o “meu mundo jurídico” ao mostrar que o direito vai muito além do que ensinam os manuais. Agradeço também ao professor por ter intermediado a entrevista que pude realizar com o Ministro Gilmar Mendes.

Ao Ministro Gilmar Mendes, que gentilmente concedeu a entrevista, por ter compartilhado comigo o seu riquíssimo conhecimento e a vasta experiência na função ímpar que exerce.

Ao Matheus, por toda a força e companheirismo durante a elaboração deste trabalho (e muito além), sem falar no auxílio com as “questões técnicas” que estiveram mais próximas de um engenheiro do que de uma bacharela em direito.

Aos queridos amigos e amigas da Turma V de mestrado da FDRP, parceiros nessa trajetória, pelos conselhos, sugestões e proveitosos debates jurídicos e não jurídicos.

Aos professores do mestrado da FDRP, pelos ensinamentos que foram valiosos ao trabalho.

À Vania, por sua atenção e disposição para ajudar no que fosse preciso.

À minha família, pelo costumeiro e imprescindível amparo – em todos os sentidos.

“A moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não fôr fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem.”

(Cesare Beccaria – Dos delitos e das penas)

RESUMO

OSTINI, Taísa Magro. **A oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência**: um estudo de caso sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. 2020. 319 p. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

Esta dissertação tem como principal objetivo investigar os aspectos jurídicos, ideológicos e estratégicos envolvidos nos processos decisórios do Supremo Tribunal Federal no caso da execução provisória da pena privativa de liberdade. Fato é que o dispositivo constitucional que consagra a presunção de inocência manteve-se inalterado durante toda a vigência da Constituição de 1988, porém, várias foram as ressignificações da norma pelo Supremo, num comportamento oscilante que suscita explicações capazes de extravasar a dogmática jurídica e de admitir a participação de fatores extrajurídicos – assim considerados os alheios às normas, precedentes e técnicas de interpretação – nas decisões judiciais. Nesse quadro, o trabalho vale-se da proposta da análise comportamental do direito que, de plano, remete a três modelos clássicos de tomada de decisão – o legalista, o atitudinal (ideológico) e o estratégico. Contudo, opta-se por manejar essa classificação trinária não de forma rígida, mas de acordo com o que se denominou de abordagem inter-relacional, baseada na ideia da incidência complementar, sobreposta e fluida, dos elementos considerados preponderantes em cada modelo. Em função das características do caso, tal abordagem atribui maior valor aos componentes atitudinais e estratégicos, mas sem olvidar o papel conformador do ordenamento jurídico. O trabalho apresenta um perfil inicialmente dogmático, valendo-se dos métodos da revisão bibliográfica e da pesquisa em julgados para expor ao leitor a controvérsia ínsita ao tema da execução provisória, bem como a evolução da jurisprudência do STF a respeito. Todavia, seu derradeiro e principal capítulo tem caráter empírico e interdisciplinar, combinando a pesquisa em julgados – agora em perspectiva qualitativa, com foco nas decisões paradigmáticas no tema –, a pesquisa documental e uma entrevista concedida pelo Ministro Gilmar Mendes para permitir a análise do comportamento do tribunal no caso da prisão em segunda instância. Considerando a abordagem inter-relacional dos modelos, tal análise é estruturada em três diferentes eixos, sendo o primeiro direcionado à influência dos fatores jurídicos nas decisões, o segundo, à dinâmica interna do tribunal, considerando o Plenário, as turmas e os onze ministros como distintas unidades decisórias em funcionamento simultâneo, e o terceiro, à evolução do contexto sociopolítico em que se insere o Supremo, com atenção aos constrangimentos externos impostos à sua atuação e aos tipos de soluções engendradas pelas unidades decisórias ao longo da controvérsia. Ciente das limitações inerentes à técnica dos modelos, o trabalho não tem a pretensão de formular afirmações categóricas sobre o processo de tomada de decisão no STF, mas intenciona mapear possíveis motivações decisórias determinantes no caso para construir uma narrativa de alto valor explicativo, capaz de auxiliar também na compreensão de outros casos difíceis dotados de grande repercussão sociopolítica.

Palavras-chave: Decisão judicial. Supremo Tribunal Federal. Modelos de comportamento judicial. Execução provisória da pena.

ABSTRACT

OSTINI, Taísa Magro. **The unsteady trajectory of presumption of innocence**: a case study on the decision-making process of the Brazilian Supremo Tribunal Federal. 2020. 319 p. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

The main objective of this dissertation is to investigate the legal, ideological and strategic aspects involved in the decision processes of the Brazilian Supremo Tribunal Federal in the case of provisional enforcement of the custodial sentence. The fact is that the constitutional provision that establishes the presumption of innocence has remained unchanged throughout the validity of the 1988 Constitution, however, there have been several resignifications of the principle by the STF, in an unsteady behavior that elicits explanations capable of going beyond legal dogma and of admitting the participation of extra-legal factors - thus considered those outside the legal rules, precedents and interpretation methods - in judicial decisions. In this context, the paper makes use of the proposal of behavioral analysis of law which, in plan, refers to three classic models of decision making - the legalistic, the attitudinal (ideological) and the strategic. However, it is decided to manage this trinary classification not in a rigid way, but in accordance with the approach decided to be called inter-relational, based on the idea of complementary, overlapping and fluid incidence of the elements considered preponderant in each model. According to the characteristics of the case, such approach attributes greater value to the attitudinal and strategic components, but without forgetting the conforming role of the legal system. The paper presents an initially dogmatic profile, using the methods of bibliographic review and research on judicial decisions to expose the reader to the controversy in the subject of provisional enforcement of the sentence, as well as the development of the STF's jurisprudence in this respect. However, its final and main chapter has an empirical and interdisciplinary aspect, combining research on judicial decisions - now in a qualitative perspective, with focus on paradigmatic decisions on the subject -, documentary research and an interview granted by Justice Gilmar Mendes to allow the analysis of the court's behavior in the case. Considering the inter-relational approach of the models, such analysis is structured in three different axis, the first being directed to the influence of legal factors in the decisions, the second, to the internal dynamism of the court, considering the Plenary, the panels and the eleven justices as distinct decision-making units operating simultaneously, and the third, to the evolution of the socio-political context in which STF is inserted, with attention to the external constraints imposed on its performance and the types of solutions engendered by the decision-making units throughout the controversy. Aware of the limitations inherent in the technique of the models, the paper does not intend to formulate categorical statements about the decision-making process in the STF, but intends to map out possible decisive decision-making motivations in the case to build a narrative of high explanatory value, capable of also helping in the understanding of other hard cases with great socio-political repercussions.

Keywords: Judicial decision. Brazilian Supremo Tribunal Federal. Models of judicial behavior. Provisional enforcement of the sentence.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Linha do tempo das decisões paradigmáticas	40
Figura 2 – Composições do STF nas decisões que consagraram determinado posicionamento sobre a execução provisória da pena à luz dos partidos políticos dos presidentes nomeantes	165
Figura 3 – “Cálculo político” e amplitude decisória do STF	214
Figura 4 – Comunicação entre STF, mídia e sociedade	221

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Eixos de análise e modelos predominantemente relacionados	32
Quadro 2 – Estratégia metodológica e métodos combinados.....	36
Quadro 3 – Critérios para a transcrição da entrevista.....	50
Quadro 4 – Diferentes composições do STF durante o caso da execução provisória da pena	162
Quadro 5 – Ministros, presidentes indicantes e julgamentos paradigmáticos	163
Quadro 6 – Tramitação dos <i>habeas corpus</i>	240
Quadro 7 – Tramitação das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54.....	249

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Acórdãos do STF sobre o tema da execução provisória da pena (ou prisão decorrente de decisão em segundo grau).....	41
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	27
1 METODOLOGIA.....	34
1.1 Apresentação da estratégia metodológica: o estudo de caso	34
1.2 Delimitação do caso.....	34
1.3 Coleta de material	35
1.3.1 Revisão bibliográfica.....	36
1.3.2 Pesquisa em julgados (análise de julgados)	37
1.3.2.1 Análise quantitativa de julgados.....	38
1.3.2.2 Análise qualitativa de julgados.....	42
1.3.3 Pesquisa documental	43
1.3.4 Entrevista com o Ministro Gilmar Mendes	44
1.3.4.1 Justificativa do método.....	44
1.3.4.2 Escolha do entrevistado.....	45
1.3.4.3 Fases do método	46
1.3.4.3.1 Primeira fase: elaboração do roteiro de entrevista.....	46
1.3.4.3.2 Segunda fase: entrevista propriamente dita	48
1.3.4.3.3 Terceira fase: transcrição da entrevista.....	49
1.3.4.4 Apresentação do discurso no corpo da dissertação	51
2 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	52
2.1 Nota introdutória.....	52
2.2 Princípio nuclear e direito fundamental.....	52
2.3 Breves considerações sobre o desenvolvimento e o caráter internacional da presunção de inocência	56
2.4 Amplitude do estado de inocência	57
2.5 Manifestações do princípio da presunção de inocência.....	60
2.5.1 Regra probatória: ônus da prova e <i>in dubio pro reo</i>	61
2.5.2 Regra de tratamento: proteção ao direito fundamental de liberdade.....	63
2.5.2.1 Prisões provisórias e medidas cautelares em geral.....	64
2.5.2.2 Prisão penal, sanções em geral e execução provisória	68
3 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	74
3.1 Nota introdutória.....	74

3.2 Breves considerações sobre a consagração constitucional do princípio da presunção de inocência e a evolução da legislação processual penal pertinente	74
3.3 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena privativa de liberdade.....	79
3.3.1 <i>Habeas Corpus</i> n.º 68.726/DF: a orientação prevalente durante vinte anos de vigência da Constituição.....	79
3.3.1.1 Decisões precursoras da primeira virada jurisprudencial	81
3.3.2 <i>Habeas Corpus</i> n.º 84.078/MG: a primeira virada jurisprudencial	83
3.3.2.1 O longo trâmite processual anterior à apreciação do Plenário.....	83
3.3.2.2 O julgamento pelo Plenário.....	84
3.3.2.2.1 Argumentos em debate.....	85
3.3.2.3 O período de relativa estabilidade.....	89
3.3.3 <i>Habeas Corpus</i> n.º 126.292/SP: a segunda virada jurisprudencial.....	90
3.3.3.1 Os rumos inesperados do processo	90
3.3.3.2 O julgamento pelo Plenário.....	91
3.3.3.2.1 Argumentos em debate: a ascensão do pragmatismo.....	92
3.3.4 Em busca de efeito vinculante para a orientação do Supremo	94
3.3.4.1 Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44: o início de um processo objetivo	94
3.3.4.2 Recurso Extraordinário com Agravo n.º 964.246/SP: a questão ganha repercussão geral.....	96
3.3.5 A (in)observância da posição do Plenário	97
3.3.6 <i>Habeas Corpus</i> n.º 152.752/PR: a manutenção da orientação do Supremo num polêmico processo subjetivo.....	98
3.3.6.1 O “caso Lula” e a marcha acelerada do processo	98
3.3.6.2 O julgamento pelo Plenário.....	100
3.3.6.2.1 Troca na composição dos polos de votação	101
3.3.6.3 Anotações finais.....	102
3.3.7 Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54: a terceira virada jurisprudencial	103
3.3.7.1 A retomada do processo objetivo.....	103
3.3.7.2 O julgamento pelo Plenário.....	104
3.3.7.3 A repercussão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade	108

4 MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL: da clássica tripartição a uma abordagem inter-relacional..... 111

4.1 Nota introdutória.....	111
4.2 Análise comportamental aplicada ao direito: uma perspectiva de superação do dogmatismo jurídico	111
4.3 A clássica tripartição dos modelos comportamentais	114
4.3.1 O modelo legalista.....	116
4.3.2 O modelo atitudinal.....	119
4.3.3 O modelo estratégico.....	122
4.4 Realidade brasileira: dificuldades de um estudo baseado nos modelos comportamentais e necessárias adaptações	129
4.5 Em defesa de uma abordagem inter-relacional	133
4.5.1 Inspirações na literatura norte-americana	135
4.5.2 Inspirações na literatura brasileira.....	138
5 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: uma abordagem inter-relacional	139
5.1 Nota introdutória e apresentação dos eixos de análise.....	139
5.2 Normas, precedentes, interpretação e dogmática jurídica (eixo I).....	140
5.2.1 Noções gerais	140
5.2.2 Conformação legalista no caso da execução provisória da pena	143
5.2.2.1 Predominância de interpretações mais óbvias das normas pertinentes e menor uso de argumentos pragmáticos.....	144
5.2.2.1.1 Os ministros contrários à execução provisória da pena.....	145
5.2.2.1.2 Os ministros favoráveis à execução provisória da pena	148
5.2.2.1.3 Considerações sobre o primeiro indicador.....	152
5.2.2.2 Respeito aos precedentes firmados pelo Plenário.....	152
5.2.2.2.1 Considerações sobre o segundo indicador	153
5.2.3 Considerações finais.....	154
5.3 “Radiografia” do Supremo: composições, preferências pessoais e coalizões (eixo II)	155
5.3.1 Um tribunal personalista ou deliberativo?	156
5.3.2 Personalismo e deliberação no caso da execução provisória da pena.....	160
5.3.2.1 Mudanças na composição do STF e diferentes entendimentos	161
5.3.2.2 Preferências pessoais dos ministros.....	169
5.3.2.2.1 O Ministro Marco Aurélio	171
5.3.2.2.2 O Ministro Teori Zavascki.....	173
5.3.2.2.3 O Ministro Edson Fachin	175

5.3.2.2.4 O Ministro Luís Roberto Barroso.....	177
5.3.2.2.5 O Ministro Dias Toffoli.....	179
5.3.2.2.6 O Ministro Gilmar Mendes	181
5.3.2.3 Expressões de poderes individuais.....	187
5.3.2.3.1 Decisões monocráticas	187
5.3.2.3.2 Interferências na agenda do tribunal	189
5.3.2.3.3 Exposições públicas fora das sessões de julgamento	191
5.3.2.4 Fragmentação em grupos internos: as coalizões	192
5.3.2.4.1 Mendes, Toffoli e Lewandoswki.....	194
5.3.2.4.2 Barroso, Fachin, Cármen Lúcia e Fux.....	196
5.3.2.4.3 Conflitos em Plenário	197
5.3.2.5 Tratativas informais	199
5.4 “Panorama” com o Supremo: diferentes contextos sociopolíticos e pragmatismo decisório (eixo III).....	201
5.4.1 Judicialização da política, ativismo judicial e politização da justiça.....	201
5.4.2 Pragmatismo decisório.....	208
5.4.3 “Cálculo político”: entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo e a opinião pública	210
5.4.4 STF, mídia e opinião pública: uma relação comunicativa.....	215
5.4.4.1 Vínculo comunicativo bidirecional e mediado	215
5.4.4.2 Considerações gerais sobre a participação midiática na transmissão de informações	217
5.4.4.3 Mediação midiática nas comunicações entre o STF e a opinião pública.....	218
5.4.5 Execução provisória da pena: uma única questão de direito, diversos contextos e múltiplos interesses envolvidos	221
5.4.5.1 <i>Habeas Corpus</i> n.º 68.726/DF e o período de transição democrática	223
5.4.5.2 <i>Habeas Corpus</i> n.º 84.078/MG e o movimento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.....	224
5.4.5.3 <i>Habeas Corpus</i> n.º 126.292/SP e a ascensão da operação “Lava Jato”.....	227
5.4.5.3.1 Considerações sobre a operação “Lava Jato”	227
5.4.5.3.2 O <i>habeas corpus</i> contextualizado.....	232
5.4.5.4 <i>Habeas Corpus</i> n.º 152.752/PR e a profunda cisão social a respeito do “caso Lula”.....	238
5.4.5.5 Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54 e o enfraquecimento da operação “Lava Jato”	243

5.4.5.5.1 Considerações sobre um novo estágio da operação “Lava Jato”	244
5.4.5.5.2 As ações contextualizadas	249
CONCLUSÃO	256
REFERÊNCIAS	264
ANEXO A – Roteiro de entrevista	298
ANEXO B – Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE)	300
ANEXO C – Transcrição da entrevista: versão original	302
ANEXO D – Transcrição da entrevista: versão editada	311

INTRODUÇÃO

Nestes mais de 30 anos de vigência da Constituição de 1988, pouquíssimos temas foram tão controvertidos e instáveis quanto a possibilidade ou não da execução provisória da pena a partir do esgotamento da via em segunda instância. A relevância do assunto, a extensão temporal do debate acadêmico e judicial que o acompanha desde o início do período democrático e, sobretudo, as várias oscilações do Supremo Tribunal Federal diante de um mesmo panorama legislativo – em especial, diante do inalterado texto do princípio da presunção de inocência – tornam o caso um bom exemplar para a investigação dos processos decisórios desenvolvidos por esse tribunal em casos difíceis¹, sobretudo naqueles que o são por conta da grande repercussão político-social.

Com efeito, esse é justamente o tema da presente pesquisa: os *aspectos jurídicos, ideológicos e estratégicos dos processos decisórios do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da execução provisória da pena privativa de liberdade*².

Dele decorre a sua *natureza empírica*: porquanto dedicada à compreensão do fenômeno jurídico, a pesquisa acaba por extravasar os contornos do direito positivado e da dogmática para abordar, de forma contextualizada, as relações político-sociais que envolvem a questão da prisão em segunda instância.

Nesse sentido, distancia-se da tradicional cultura jurídica que ainda prevalece na academia, preocupada em cunhar a autonomia do direito como ramo do conhecimento humano (IGREJA, 2017, p. 11; TUMONIS, 2012, p. 1363-1365). Na compreensão tradicional, o direito tem as normas, os precedentes e a dogmática como seu específico objeto de estudo e, assim, a produção acadêmica prioriza os métodos teóricos de revisão bibliográfica e análise de textos normativos, em detrimento de métodos empíricos. Por vezes, recorre também à análise de julgados, mas com mera intenção de avaliar decisões proferidas pelo Judiciário e criticá-las à luz do ordenamento, ou, ainda, de levantar argumentos para reforçar proposições já formuladas.

¹ De forma simplificada, os casos difíceis são aqueles que não apresentam uma única e adequada solução facilmente extraível do material jurídico, demandando, assim, maior esforço interpretativo do operador do direito (além da simples aplicação de técnicas interpretativas tradicionais). O conceito será retomado no decorrer da dissertação.

² No decorrer da dissertação, também se referirá à execução provisória da pena privativa de liberdade como “execução antecipada”, “cumprimento de pena antecipado”, “prisão após o esgotamento da via em segunda instância”, ou, simplesmente, “prisão em segunda instância”. De todo modo, oportuna a seguinte explicação: trata-se da possibilidade de se iniciar a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, sobretudo, logo após o esgotamento das instâncias ordinárias, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário (LIMA, 2020, p. 51).

Contudo, quando se almeja uma aproximação do fenômeno jurídico e suas manifestações concretas, essa abordagem mostra-se insuficiente. Como bem afirma Igreja (2017, p. 11), “o Direito não pode ser tido como uma entidade abstrata, está imerso em um contexto social, cultural e histórico específico, que lhe molda e lhe condiciona”³. Por outro lado, ganha força a proposta da pesquisa empírica, assim classificada aquela que busca encontrar evidências sobre o mundo por meio da observação ou da experiência (EPSTEIN, 2013, p. 11). Ousa-se até dizer que tal proposta é indispensável a quem pretende mergulhar numa investigação fática das interações entre indivíduos, ordenamento jurídico e sistema de justiça⁴.

Conseqüentemente, surge a necessidade de um *diálogo interdisciplinar*⁵ *entre o direito e outras áreas do conhecimento humano* – especialmente a ciência social, a ciência política e a psicologia. Esses campos sempre tiveram a pesquisa empírica como intrínseca ao seu desenvolvimento, e, assim, utilizam métodos já bem delineados e explicados em manuais (p. ex., entrevistas, análises de conteúdo e estudos de caso). A interdisciplinaridade leva o trabalho a se beneficiar dessa estruturação, apenas com algumas adaptações necessárias ao seu objeto de estudo.

Mas não só: o diálogo também contribui para o conteúdo da dissertação, permitindo a formulação de respostas mais completas e complexas ao problema de pesquisa a partir de uma troca de olhares sobre os processos decisórios do Supremo Tribunal Federal. Busca-se, assim, promover uma espécie de síntese na produção e avaliação do conhecimento, com a finalidade de superar as limitações da disciplina jurídica pura (JUPIASSU, 2006, p. 5).

O tema e as características do trabalho auxiliam na compreensão de seu marco teórico⁶: *os modelos de comportamento judicial aplicados aos processos decisórios do Supremo Tribunal Federal*.

Uma primeira questão que se coloca é que a sistematização dos modelos comportamentais, sobretudo daqueles que aceitam a influência de fatores extrajurídicos na tomada de decisão, encontra inspiração no *realismo jurídico*. Tal movimento surgiu nos

³ O trabalho compartilha da visão da autora no sentido de que a própria definição de direito deve levar em conta não apenas o direito posto, mas também a atividade judicial e as relações sociais num dado contexto.

⁴ Dentro da noção de sistema de justiça, destaca-se o funcionamento do Poder Judiciário e, notadamente, o comportamento dos juízes e tribunais.

⁵ Na definição de Hilton Jupiassu, a pesquisa interdisciplinar é aquela que “se realiza nas fronteiras e pontos de contato entre diversas ciências”, utilizando-se da convergência entre elas para promover “uma síntese entre os métodos utilizados, as leis formuladas e as aplicações propostas” (2006, p. 5).

⁶ A elaboração do marco teórico da pesquisa pressupõe a definição do fenômeno social objeto de estudo, a partir do estado da arte em que ele se insere, e a caracterização de tal fenômeno, baseada na análise dos elementos internos que o constituem e dos elementos externos que de alguma forma o influenciam, para então se estabelecer uma visão geral sobre o que se pretende trabalhar (RICHARDSON, 2012, p. 60-62).

Estados Unidos, em reação ao clássico pensamento formalista, sendo este difusor da concepção de um direito determinado, constituído por um sistema completo e autossuficiente de normas e aplicado com rigorosa vinculação pelos magistrados (TUMONIS, 2012, p. 1363-1365).

Assim, mesmo se tratando de movimento bastante heterogêneo, as teses realistas relacionam-se por algumas proposições comuns: (I) o direito é indeterminado; (II) a atividade judicial tem natureza criativa; (III) as decisões não são produtos da aplicação direta e estrita do ordenamento, mas sofrem a influência de fatores externos a ele; e (IV) as decisões são submetidas a um processo de racionalização posterior que visa a revesti-lhes de fundamentação jurídica (CESTARI; NOJIRI, 2015, p. 144-146; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 174-177).

Essas proposições foram posteriormente revitalizadas por modernos campos de estudo, dentre os quais se destaca o da análise comportamental do direito. E coadunam-se com os objetivos da presente pesquisa, na medida em que esta pretende investigar a prática judiciária para formular hipóteses descritivas sobre o comportamento do STF no caso da execução provisória da pena, distanciando-se da noção formalista de um direito completo, estático e soberano (o que, diga-se desde já, não significa negar a participação do material jurídico nas decisões).

Dentro da lógica da análise comportamental, os adjetivos “jurídicos”, “ideológicos” e “estratégicos” não comportam acepção ampla, mas remetem aos modelos hipotéticos desenvolvidos para explicar a tomada de decisão judicial (OLIVEIRA, 2012a, p. 91). Mais especificamente, remetem à clássica, porém, não exclusiva, divisão trinária dos modelos: o (I) legalista, o (II) atitudinal (ou ideológico) e (III) o estratégico, cada um com o conjunto de fatores tidos como preponderantes para a determinação do comportamento judicial (MELLO, 2018a, p. 691).

De forma bastante sucinta, pois o tema será retomado em capítulo próprio, o *modelo legalista* puro parte da premissa formalista de determinação do direito e autossuficiência do ordenamento jurídico para explicar as decisões judiciais como sendo frutos da aplicação direta, ao caso concreto, das normas, princípios e precedentes, de acordo com a interpretação e a dogmática tradicional (BARROSO, 2013, p. 445, MELLO, 2018a, p. 692).

O modelo atitudinal (ou ideológico) é o que mais guarda relação com o realismo jurídico e tradicionalmente enuncia que os magistrados são fortemente influenciados por suas atitudes – crenças sobre determinado objeto ou situação – e valores ideológicos, à luz dos fatos que compõem o caso (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 86). No Brasil, sustenta-se o

aproveitamento do modelo em configuração mais ampla, que compreenda a permeabilidade das decisões à subjetividade do magistrado, aos mais variados aspectos que compõem a sua visão de mundo⁷ (MELLO, 2018, p. 694-697).

Por fim, o *modelo estratégico* foi desenvolvido a partir do paradigma da escolha racional e, assim, descreve comportamentos judiciais mais sofisticados: uma vez orientadas a influenciar o direito em certo sentido, as decisões dos magistrados não são determinadas apenas pela própria visão de mundo, mas também – e principalmente – pelas possíveis expectativas e reações de outros agentes dotados de poder político. Esses agentes são, por exemplo, os integrantes de um mesmo órgão colegiado, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a opinião pública e a mídia (EPSTEIN; KNIGHT, 1995, p. 5; MELLO, 2018, p. 699-707).

Em que pese a classificação trinária, a pesquisa opta por manejá-la não de forma rígida, mas com flexibilidade, tendo como premissa a *relação complementar, sobreposta e fluida entre os elementos descritos como preponderantes em cada um dos modelos* – o que se convencionou chamar de *abordagem inter-relacional*. Tal opção é amparada por autores que sugerem a adoção de perspectivas mais complexas, embora inspiradas nos modelos tradicionais⁸.

Ademais, conquanto não se descarte a influência legalista, um peso muito maior é atribuído aos elementos dos modelos atitudinal e estratégico. Os acalorados debates sobre a extensão do princípio da presunção de inocência, diante de um mesmo texto constitucional, revelam que a execução provisória da pena é um caso dotado de ampla repercussão político-social. Consequentemente, levanta-se a hipótese de que *fatores extrajurídicos – alheios às regras, princípios e precedentes, às técnicas de interpretação e à dogmática tradicional*⁹ – foram muito mais determinantes para os processos decisórios em análise. A tal ponto que se cogita a presença de fatores jurídicos apenas num papel secundário, de limitar os resultados possíveis.

Na verdade, a hipótese não se resume a esse caso específico, mas parece ser passível de certa generalização para os processos decisórios do STF em situações semelhantes. No cenário contemporâneo, a corte ocupa posição central na arena política; seus

⁷ Aspectos como raça, gênero, valores morais, políticos e institucionais, crenças, pré-compreensões, identificação com determinados grupos (como a família, os amigos e movimentos sociais) e experiências passadas (sobretudo profissionais).

⁸ Nesse sentido, cita-se as obras de Martin Shapiro (1986), James Gibson (1983), Diana Kapezewsky (2011), Lawrence Baum (2008) e Diego W. Arguelhes e Leandro M. Ribeiro (2013).

⁹ A expressão “fatores extrajurídicos” foi empregada diversas vezes ao longo da dissertação, devendo ser compreendida sempre no conceito ora fornecido.

poderes são tamanhos que lhes permitem intervir, com frequência, nas principais disputas sociais e no funcionamento do Legislativo e do Executivo. E não apenas como órgão colegiado; também os seus ministros, na condição de sujeitos tomadores de decisões, são poderosos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 406-407, 2018, p. 14). Assim, se, por um lado, o STF é frequentemente responsável por dar a última palavra em casos difíceis, casos que normalmente estimulam preferências pessoais, por outro, tanto a instituição como cada um dos ministros encontra-se muito suscetível às pressões de outras forças políticas (MELLO, 2018b, p. 24).

Quanto à estrutura, a pesquisa é dividida em cinco capítulos. O *capítulo 1* trata da metodologia, buscando esclarecer e justificar as escolhas realizadas.

O *capítulo 2*, dogmático, explora importantes reflexões doutrinárias sobre o princípio da presunção de inocência e o instituto da execução provisória da pena, a fim de inteirar o leitor acerca da controvérsia que paira sobre a compatibilidade (ou incompatibilidade) entre ambos.

O *capítulo 3* direciona o olhar à jurisprudência do Supremo, num caminho que percorre toda a evolução do tema da execução provisória na vigência da Constituição de 1988, visando apresentar um panorama geral do caso com especial atenção a seis julgados considerados paradigmáticos¹⁰.

O *capítulo 4* volta-se outra vez à doutrina, agora para expor em detalhes o campo dos modelos de comportamento judicial. A partir de uma perspectiva geral sobre a análise comportamental, aborda os modelos da clássica tripartição e algumas sugestões integrativas, dispondo sobre a aplicação dessas ferramentas para o estudo do comportamento do Supremo.

Devido ao seu caráter empírico e interdisciplinar, o derradeiro *capítulo 5* constitui a essência do presente trabalho. Ele se destina à investigação das motivações decisórias do Supremo ao longo do episódio em apreço (sobretudo, das influências extrajurídicas), visando explicar o comportamento oscilante e instável do tribunal e de alguns de seus ministros.

Valendo-se da abordagem inter-relacional, e com o fim de facilitar o estudo, este último capítulo estrutura-se em três eixos de análise: (I) Normas, precedentes, interpretação e dogmática jurídica; (II) “Radiografia” do Supremo: composições, preferências pessoais e coalizões e (III) “Panorama” com o Supremo: diferentes contextos sociopolíticos e pragmatismo decisório. Cada um deles recorre primeiro à teoria e aos estudos empíricos pertinentes para então perquirir possíveis manifestações das influências decisórias no caso. E,

¹⁰ Os julgados paradigmáticos estão identificados no capítulo metodológico.

ademais, apresenta uma predileção pelos fatores elencados por um ou mais modelo(s), sem, no entanto, afastar a aplicação de outros fatores, cogitada simultânea ou alternativamente. A correspondência é demonstrada no quadro que segue:

Quadro 1 – Eixos de análise e modelos predominantemente relacionados

Eixo de análise	Modelo(s) relacionado(s)
Eixo I: Normas, precedentes, interpretação e dogmática jurídica	Legalista e estratégico
Eixo II: Radiografia do Supremo: composições, preferências pessoais e coalizões	Ideológico e estratégico
Eixo III: Panorama com o Supremo: diferentes contextos sociopolíticos e pragmatismo decisório	Estratégico

Fonte: elaborado pela autora.

O eixo I, conforme o próprio nome antecipa, dedica-se a investigar a influência dos fatores jurídicos nas decisões paradigmáticas, remetendo inicialmente ao modelo legalista. Porém, ao problematizar a função exercida por esses fatores, acaba relacionando-se também ao modelo estratégico.

O eixo II é estruturado em torno da dinâmica interna do tribunal, considerando o Plenário, as turmas e cada um dos onze ministros como distintas unidades decisórias em funcionamento simultâneo dentro da instituição. Nesse sentido, propõe o estudo casuístico das diferentes composições do Supremo, dos perfis de alguns dos ministros, das manifestações de poderes individuais, das coalizões internas e das tratativas informais para examinar a interação entre as referidas unidades decisórias no caso. Ao seu objetivo, imprescindível considerar a relação entre aspectos ideológicos e estratégicos.

O eixo III traz reflexões gerais sobre a atual centralidade do STF nos debates políticos e, após, dispõe-se a analisar o comportamento do tribunal de maneira contextualizada, com atenção aos constrangimentos externos impostos a cada uma das decisões paradigmáticas sobre a execução provisória e ao tipo de solução engendrada pelas unidades decisórias. Está mais próximo ao modelo estratégico.

Em síntese, o trabalho é conduzido pela seguinte pergunta: *quais os fatores que motivaram a oscilação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no caso da execução provisória da pena de prisão?* A ela não se tem qualquer pretensão de encontrar respostas definitivas e seguras. Há limitações na técnica dos modelos judiciais, que, em geral, são inerentes ao seu complexo e obscuro objeto de estudo – o comportamento humano. Essas limitações, que serão abordadas ao longo da dissertação, inviabilizam afirmações categóricas sobre a tomada de decisão e fazem com que a interpretação da pesquisadora adquira substancial importância.

Nada obstante, busca-se mapear *possíveis fatores* que exerceram influência nas decisões paradigmáticas compreendidas no caso em estudo, a partir de evidências achadas na investigação e, assim, obter *percepções* (“insights”¹¹) sobre o comportamento do STF nos casos difíceis dotados de repercussão político-social, para então construir uma narrativa valiosa acerca de tal fenômeno.

¹¹ A expressão é utilizada por Mello (2018a, p. 701).

1 METODOLOGIA

1.1 Apresentação da estratégia metodológica: o estudo de caso

A pesquisa foi estruturada na forma de um *estudo de caso*. Trata-se de método que, aplicado às pesquisas em direito, parte da delimitação de um objeto empírico bem definido – o “caso” – para submetê-lo a uma análise detalhada, mediante variadas fontes e perspectivas, com o intuito de obter uma representação sobre determinado fenômeno jurídico dentro de seu contexto (MACHADO, p. 357-361, 2017; TRIVIÑOS, p. 133-134, 1987).

Essas variadas fontes e perspectivas podem ser acessadas por meio de outros métodos empíricos – por ora, as pesquisas em julgados, em outros documentos e a entrevista – os quais, combinados, e possivelmente guarnecidos de prévia revisão bibliográfica, integram a estratégia maior do estudo de caso.

Distinguem-se, assim, três grandes etapas para a elaboração de um estudo de caso: (I) a seleção e o processo de coleta do material, realizado por meio de métodos combinados; (II) a organização dos dados obtidos; e (III) a construção da narrativa do caso, que, por si só, pode ser um resultado relevante para a pesquisa (MACHADO, p. 364-368, 2017). No tocante à primeira etapa, embora o planejamento prévio do desenho da pesquisa facilite o seu desempenho, não se deve tê-lo como definitivo, pois achados ao longo do percurso podem incitar adaptações.

A adequada delimitação do caso e a valorização do registro descritivo, materializada pela elaboração de uma boa narrativa, compõem a essência do método e justificam a sua adoção na presente pesquisa (MACHADO, p. 379-382, 2017).

1.2 Delimitação do caso

Este item serve justamente para apresentar o caso escolhido, ou melhor, (re)construído a partir do recorte de fatos, período e atores que se inserem no contexto maior (MACHADO, p. 374, 2017). Trata-se da *evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da execução provisória da pena privativa de liberdade*¹², no período

¹² Por uma opção de recorte metodológico, a presente dissertação é focada na questão da pena privativa de liberdade decretada ou mantida por tribunal de segunda instância. Contudo, é importante destacar ao leitor que, recentemente, o tema da execução provisória foi e vem sendo discutido pelos tribunais superiores em circunstâncias diversas. Em primeiro lugar, em relação a outra espécie de pena – as penas restritivas de direito – cuja inclusão ou não no mesmo tratamento dado pelo STF à pena privativa de liberdade gerou divergências

que se inicia com a vigência da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, e se encerra com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, em 07 de novembro de 2019.

Em breve justificativa, o caso, construído da maneira tal como exposta, parece ser conveniente para a investigação dos processos decisórios do Supremo em temas de ampla repercussão político-social. Isso porque, embora a redação do art. 5º, inciso LVII mantivera-se inalterada desde a sua consagração em 1988, diversos foram os posicionamentos do STF em relação ao momento de início da prisão penal, fato que alerta para a possível ingerência de fatores extrajurídicos nas decisões do tribunal.

1.3 Coleta de material

A coleta de dados e informações para a construção da narrativa foi desenvolvida por meio de métodos empíricos variados, combinados dentro do “estudo de caso”: (I) pesquisa em julgados (análise de julgados) – quantitativa e qualitativa; (II) pesquisa documental; e (III) entrevista semiestruturada. Mas, previamente à sua realização, recorreu-se ao método da revisão bibliográfica.

O quadro 2 sistematiza a composição da estratégia metodológica adotada:

(BRASIL, 2007a, p. 332; RODAS, 2019; STRECK; BRENDA, 2019), restando a questão arrefecida após o julgamento das ADCs n.º 43, 44 e 54. E, em segundo, em relação à “execução imediata da pena” imposta pelo Tribunal do Júri, diante da recente alteração do art. 492, I, “e”, do CPP pela Lei n.º 13.964/2019, que instituiu o automatismo da execução provisória nos casos de condenação a uma pena de reclusão igual ou maior que 15 anos. A execução imediata no procedimento do júri (e a constitucionalidade do dispositivo) é objeto do Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC, com repercussão geral reconhecida, sendo que, até a conclusão desta dissertação, o STF não havia chegado à decisão final (Fonte: portal eletrônico do STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>. Acesso em 30 jun. 2020).

Quadro 2 – Estratégia metodológica e métodos combinados

Estratégia metodológica	Métodos combinados	Especificações	
Estudo de caso	Revisão bibliográfica	-	
	Pesquisa em julgados (análise de julgados)	Análise quantitativa	-
		Análise qualitativa	
	Pesquisa documental	Votos nas ADCs 43, 44 e 54	Arq. escritos
			Arq. audiovisuais
		Entrevistas (fontes secundárias)	Arq. escritos
			Arq. audiovisuais
	Notícias veiculadas pela mídia		
Entrevista semiestruturada (fonte primária)	-		

Fonte: elaborado pela autora.

A seguir, discorre-se acerca dos tais métodos combinados.

1.3.1 Revisão bibliográfica

A revisão bibliográfica foi utilizada no presente trabalho com finalidade acessória: a de levantar informações sobre elementos essenciais à pesquisa, permitindo, assim, a delimitação de conceitos e a formulação de hipóteses a serem testadas no caso construído.

Desenvolveu-se o método a partir dos seguintes passos:

- a) análise legislativa e doutrinária referente ao princípio da presunção de inocência, ao início da execução da pena privativa de liberdade e ao direito à liberdade. Neste ponto, foram estudadas as previsões legais de alguma forma associadas às temáticas, contidas, sobretudo, na Constituição Federal, no

Código Penal e no Código de Processo Penal. Após, foram percorridas diversas obras doutrinárias, notadamente, das áreas de direito penal e processo penal;

- b) análise doutrinária sobre o realismo jurídico, a qual abrangeu contribuições de autores contemporâneos ao movimento e perspectivas mais modernas desenvolvidas a partir das premissas realistas;
- c) análise doutrinária sobre os modelos de comportamento judicial: os estudos americanos que aludem aos modelos legalista, atitudinal (ideológico) e estratégico, as obras nacionais que buscam transpor tais referenciais teóricos para explicar a realidade brasileira e, sobretudo, os trabalhos que visam justificar e desenvolver aplicações combinadas ou expandidas dos modelos;
- d) análise doutrinária sobre alguns conceitos e fenômenos importantes para a compreensão de cada um dos eixos da abordagem inter-relacional, tais como judicialização da política, ativismo judicial, poderes monocráticos, formação de coalizões, mídia e opinião pública.

Os dados obtidos a partir da revisão bibliográfica instrumentalizaram a elaboração, em maior ou menor grau, de todos os capítulos desta dissertação. Assim, o método não se operou numa etapa única; os trabalhos levantados foram revisitados diversas vezes ao longo do processo.

1.3.2 Pesquisa em julgados (análise de julgados)

A pesquisa em julgados é uma espécie de pesquisa documental (ALVES da SILVA, 2017, p. 277)¹³. Contudo, merece ser tratada como um método próprio, porquanto seja este trabalho estruturado em torno de uma questão judicializada, veiculada em inúmeros processos. Nesse sentido, o termo “*judgados*” refere-se aos acórdãos e decisões monocráticas do STF publicados no diário de justiça eletrônico e disponíveis no portal eletrônico do tribunal.

Nesta dissertação, a pesquisa foi dividida em duas partes – a análise quantitativa e a análise qualitativa de julgados.

¹³ Veja-se que o autor trata do método da pesquisa em processos judiciais (“levantamento de dados em autos de processos judiciais”). Contudo, sendo o objeto ora adotado restrito aos julgados do Supremo, e não referente aos processos em sua inteireza, preferiu-se tratá-lo como “pesquisa em julgados”.

1.3.2.1 Análise quantitativa de julgados

O método da análise quantitativa abrange qualquer estudo pautado em dados coletados empiricamente, expressos em conceitos estatísticos (independentemente de sua simplicidade), e que tenha por objeto decisões judiciais (YEUNG, 2017, p. 251).

Nesta pesquisa, ele foi desenvolvido com três objetivos: (I) verificar, de uma forma geral, a evolução do tratamento da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo Supremo Tribunal Federal; (II) auxiliar na identificação de julgados ditos *paradigmáticos* no tocante ao tema – assim definidos os que foram emanados do Plenário e que representaram ou a fixação da posição inicial da corte, ou uma das viradas jurisprudenciais, ou, ao menos, alterações na postura individual de um ou mais ministros – e (III) servir de justificativa para ulterior análise qualitativa de tais julgados.

Realizado no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na página “Pesquisa de jurisprudência”¹⁴, valeu-se de vários critérios que, apesar de terem restringido os resultados, foram indispensáveis à sua validade. De todo modo, acredita-se que a amostragem seja bastante representativa da evolução jurisprudencial.

Nesse sentido, optou-se por considerar apenas os *acórdãos* prolatados pela corte no período compreendido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 (05 out. 1988) e o dia anterior ao início do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 (06 nov. 2019).

Excluiu-se, portanto, todas as demais espécies de decisão, em especial, as decisões monocráticas. Ciente de que estas são a grande maioria dos pronunciamentos¹⁵, a opção se deveu a dois motivos: a ausência de tempo para a filtragem de todas as decisões e o escopo de focar, nesse momento, na postura institucional.

No campo “Pesquisa Livre”, utilizou-se as seguintes locuções para a busca: “(execução adj1 provisória adj2 pena) ou (execução adj1 antecipada adj2 pena) ou (execução adj2 pena adj4 antes adj2 trânsito) ou (prisão e segundo adj1 grau)”¹⁶. Com esses parâmetros, foram inicialmente localizados 576 acórdãos.

¹⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 05 fev. 2020.

¹⁵ De fato, ulterior investigação bastante rudimentar realizada com a mesma locução de busca revelou que existiam 3735 documentos classificados como decisões monocráticas (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 12 jun. 2020).

¹⁶ Conforme explicado no sítio eletrônico do STF (op. cit.), o operador “ADJ” busca palavras aproximadas na ordem colocada na expressão de busca, servindo o número para indicar a delimitação de distância entre as palavras. Já o operador “OU” procura por qualquer uma das palavras, podendo ser combinado, por meio do uso de parênteses, com outros operadores.

No tocante ao objetivo (II), diz-se “auxiliar na identificação” ao invés de “identificar”, porque já se tinha conhecimento prévio sobre quais seriam os julgados paradigmáticos, em função da anterior revisão bibliográfica e também de consultas a artigos de *websites* jurídicos e a sucessivas notícias divulgadas pelos meios de comunicação, devido à ampla notoriedade do tema¹⁷. Isso, contudo, não desmerece o importante papel confirmatório assumido pela pesquisa jurisprudencial.

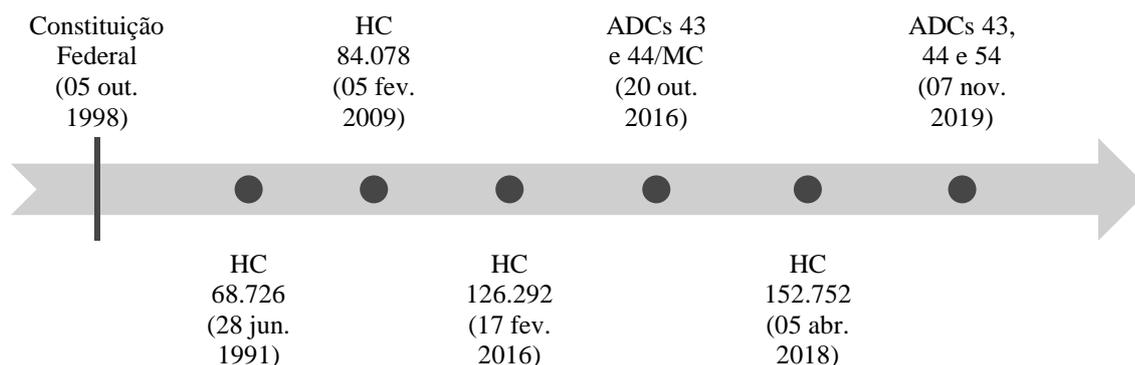
Os julgados paradigmáticos estão elencados cronologicamente a seguir:

- a) **HC n.º 68.726/DF**, de 28 de junho de 1991 – primeira decisão em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou o tema da prisão decretada em segunda instância à luz da Constituição de 1988, reputando-a de natureza processual e compatível com o princípio da presunção de inocência;
- b) **HC n.º 84.078/MG**, de 05 de fevereiro de 2009 – primeira mudança de entendimento do Plenário, consagrando a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena;
- c) **HC n.º 126.292/SP**, de 17 de fevereiro de 2016 – segunda mudança de entendimento do Plenário, quando prevaleceu a tese de que a execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância não contraria o princípio da presunção de inocência;
- d) **ADCs n.º 43 e 44 – medidas cautelares**, de 20 de outubro de 2016 – decisão do Plenário que confirmou a tese fixada oito meses antes em sede de liminar em processo constitucional objetivo, mas que sediou a mudança de posicionamento do Ministro Dias Toffoli;
- e) **HC n.º 152.752/PR**, de 05 de abril de 2018 – decisão do Plenário de grande repercussão política, tendo em vista a figura do ex-Presidente Lula como beneficiário, em que também houve a manutenção da tese fixada em 2016, mas com alterações nos posicionamentos dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber;
- f) **ADCs n.º 43, 44 e 54**, de 07 de novembro de 2019 – terceira mudança de entendimento do Plenário, agora proferida em decisão final em processo constitucional objetivo, prevalecendo a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, e a tese da impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

¹⁷ São exemplos de materiais, respectivamente: Assis (2018), STF decide... (2019) e Faria (2019).

Para facilitar a compreensão do leitor sobre os resultados da pesquisa jurisprudencial e sobre o conteúdo do capítulo 3, relativo à evolução jurisprudencial do STF, elaborou-se uma linha do tempo com tais decisões.

Figura 1 – Linha do tempo das decisões paradigmáticas



Fonte: elaborada pela autora.

Um segundo passo na pesquisa quantitativa foi o mapeamento da jurisprudência do STF sobre o tema da execução antecipada da pena, utilizando-se cinco dos seis julgados paradigmáticos como marcos divisórios de cinco períodos¹⁸. Procedeu-se então a novas pesquisas com a mesma expressão de busca, cada qual relativa a um dos 05 períodos.

Após, teve vez o processo de filtragem dos acórdãos, consistente na análise de ementas para a seleção daqueles que expressamente mencionavam ou tornavam inequívoca a adoção de um posicionamento¹⁹, seja pela possibilidade, seja pela impossibilidade da

¹⁸ A medida cautelar nas ADCs n.º e 43 e 44 não foi aplicada como referência, em razão do curto lapso temporal decorrido entre ela e a decisão anterior (HC 126.292), com a manutenção da tese firmada. Cada período inicia-se na data de um julgado e se estende até o dia anterior ao do julgado subsequente, à exceção do primeiro, que se inicia na data de promulgação da CF/1988.

¹⁹ Vários dos acórdãos excluídos trazem, em suas ementas, questões de alguma forma relacionadas com o tema da execução antecipada, mas não foram utilizados após a filtragem pela ausência de menção expressa ou adoção incontestada de um posicionamento, demandando uma análise mais detalhada de seu conteúdo, incompatível com a finalidade subsidiária da pesquisa quantitativa neste trabalho. Dentre tais acórdãos, destacam-se: (I) os que tratam precipuamente da necessidade de fundamentação adequada da prisão preventiva, sob pena de configuração de constrangimento ilegal; (II) os que concedem liberdade provisória ao acusado pelo fato de estar a matéria da execução antecipada pendente de julgamento pelo Plenário; (III) os que abordam a questão das penas restritivas de direito; e (IV) os que decretam a perda do objeto do *habeas corpus*, por ter-se operado o trânsito em julgado.

execução provisória da pena (ou da prisão decorrente da decisão em segundo grau de jurisdição²⁰). Os resultados foram organizados na tabela exposta a seguir:

Tabela 1 – Acórdãos do STF sobre o tema da execução provisória da pena (ou prisão decorrente de decisão em segundo grau) ⁽¹⁾

Período	Número de acórdãos			
	Pré-filtragem	Total ⁽²⁾	Pós-filtragem	Impossibilidade de execução provisória da pena (ou prisão decorrente de decisão em segundo grau)
1º período: 05 out. 1998 a 27 jun. 1991	07	03	03	-
2º período: 28 jun. 1991 a 04 fev. 2009	98	52	34 ⁽³⁾	18
3º período: 05 fev. 2009 a 16 fev. 2016	140	69	03	66 ⁽⁴⁾
4º período: 17 fev. 2016 a 03 abr. 2018	116	80	79 ⁽⁵⁾	01
5º período: 04 abr. 2018 a 06 nov. 2019	215	138	136 ⁽⁶⁾	02

Fonte: elaborada pela autora, a partir de dados obtidos no portal eletrônico do STF (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 fev. 2020).

Notas:

⁽¹⁾ Dados referentes ao período de 05 out. 1988 a 06 nov. 2019.

⁽²⁾ A coluna do “total” contabiliza todos os julgados selecionados após o processo de filtragem. Ou seja, consiste na soma das duas colunas localizadas à sua direita.

⁽³⁾ Inclusão do HC n.º 68.726/DF.

⁽⁴⁾ Inclusão do HC 84.078/MG.

⁽⁵⁾ Inclusão do HC n.º 126.292/SP e das ADCs n.º 43 e 44/MC.

⁽⁶⁾ Inclusão do HC n.º 152.552/PR.

²⁰ Cabe ressaltar que alguns julgados, principalmente dos primeiros anos de vigência da CF/88, não se reportavam à prisão decorrente da condenação em segunda instância como execução antecipada de pena, mas consideravam-na espécie de prisão processual, autônoma em relação à prisão preventiva. É justamente o caso do HC n.º 68.726 de 1991.

A partir de uma simples leitura da tabela, é possível verificar que a jurisprudência do tribunal foi sendo edificada, ao longo dos anos, com base nos posicionamentos firmados em cada um dos julgados paradigmáticos (indicados nas notas 3, 4, 5 e 6), adotados na ampla maioria das decisões colegiadas que os sucederam.

1.3.2.2 Análise qualitativa de julgados

O intuito principal da pesquisa em julgados, como um todo, foi examinar as decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena. Com o estudo qualitativo de tais julgados (IGREJA, 2017, p. 14), esperava-se obter uma maior quantidade de informações sobre a oscilação jurisprudencial, ponderando as argumentações dos ministros com as circunstâncias internas e externas à corte para perquirir evidências de motivações decisórias²¹.

Nesse sentido, a combinação das abordagens quantitativa e qualitativa foi de extrema importância, pois aquela, de caráter exploratório, serviu tanto para justificar o objeto imediato desta quanto para contextualizar os dados coletados nela.

A técnica da análise qualitativa foi empregada em dois diferentes momentos. O primeiro contato com os julgados selecionados ocorreu logo depois da pesquisa quantitativa, quando se procedeu à sua leitura com olhar histórico-evolutivo, a fim de permitir a reconstrução dos acontecimentos mais importantes. Esse contato serviu de base para a composição do capítulo 3.

Já num segundo momento, voltou-se às decisões com outro olhar, agora focado em auxiliar nas explicações para o fenômeno. Buscou-se, assim, identificar trechos dos votos e das discussões entre os votos que, associados com evidências obtidas a partir dos demais métodos empíricos, pudessem indicar fatores potencialmente relevantes para as decisões – em especial, preferências pessoais, identificação com outro(s) ministro(s), consequências previsíveis, constrangimentos externos e limites impostos pelo ordenamento jurídico. Este momento da abordagem qualitativa contribuiu para a produção do capítulo 5.

²¹ O tema da pesquisa qualitativa, seus objetivos e benefícios, será melhor explorado na subseção seguinte.

1.3.3 Pesquisa documental

Uma vez destacada a pesquisa em julgados, este método ficou sendo referente a todos os registros culturais consubstanciados em substrato material (REGINATO, 2017, p. 194-195), com exceção dos trabalhos doutrinários e dos acórdãos ou decisões monocráticas publicados no diário de justiça eletrônico. Abarca, portanto: (I) os votos dos ministros nas ADCs n.º 43, 44 e 54, explorados em arquivos escritos, alguns ainda em fase de elaboração, e em vídeos do julgamento; (II) as entrevistas conferidas pelos ministros e outras personalidades a jornalistas e acadêmicos, também obtidas a partir de arquivos escritos e de vídeos; e (III) as várias notícias divulgadas pelos meios de comunicação que auxiliaram na reconstrução dos acontecimentos.

Aqui, são necessárias duas notas. A primeira é relativa às entrevistas (II) que, desenvolvidas por outros entrevistadores e consultadas a partir de documentos, são, neste caso, fontes de dados secundárias. Foram examinadas entrevistas com os Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Teori Zavascki e com o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, datadas desde o ano de 2008 até janeiro de 2020.

A segunda é sobre as notícias (III). É que não se pretendeu realizar um estudo sistemático de notícias de jornais e revistas – um estudo que buscasse medir certas variáveis numa amostra definida. Na verdade, a utilização das notícias deu-se de maneira ilustrativa, com o intuito de explorar os discursos da mídia sobre determinados eventos relacionados ao caso para aprimorar a construção da narrativa. Por vezes, esses discursos foram aproveitados em linhas gerais, para o esclarecimento dos diferentes contextos sociopolíticos, noutras, foram considerados como fontes de dados para a investigação do poder de interferência da mídia sobre as decisões do Supremo²².

Desse modo, a seleção das notícias foi feita na medida em que determinados temas eram pesquisados na internet, tomando-se algumas cautelas, a iniciar pela concentração nas informações divulgadas por veículos de comunicação de grande circulação nacional – notadamente, os jornais “Folha de São Paulo” (e o portal de notícias “Uol”, também pertencente ao “Grupo Folha”), “O Globo” (e o portal de notícias “G1”, também pertencente ao “Grupo Globo”) e “O Estado de São Paulo” (“Estadão”), bem como a revista eletrônica “Consultor Jurídico” (“Conjur”). E, além disso, também a verificação do teor da notícia,

²² O tema será tratado no capítulo 5.

optando-se por trabalhar com conteúdos que apresentassem certa correspondência em mais de um veículo.

Os votos, as entrevistas e as notícias consultadas constam da lista de referências da pesquisa.

1.3.4 Entrevista com o Ministro Gilmar Mendes

1.3.4.1 Justificativa do método

A entrevista semiestruturada teve valor fundamental para o estudo do caso da execução provisória da pena. Fonte primária de informação que é o relato de um de seus protagonistas, o Ministro Gilmar Mendes, permitiu a maior aproximação da pesquisadora ao fenômeno, do que se extrai a sua relevância.

Como instrumento de pesquisa qualitativa, a entrevista tem a finalidade de permitir uma compreensão mais significativa e detalhada de determinadas dimensões da natureza humana, que não podem ser captadas ou expressas por meio de instrumentos quantitativos (XAVIER, 2017, p. 123-124; RICHARDSON, 2012, p. 91). Assim, elementos que dizem respeito precipuamente ao sujeito, tais como suas opiniões, percepções e experiências, no contexto de determinado fenômeno social, apenas serão satisfatoriamente explorados a partir de uma abordagem qualitativa, com a proposta de se declinar efetivamente sobre tal fenômeno, lançando sobre ele um foco de luz.

Nesse sentido, Roberto Jarry Richardson (2012, p. 80-81) indica algumas situações em que haveria a necessidade de se recorrer a métodos qualitativos, assim identificadas pela literatura. Dentre elas, destacam-se (I) as investigações sobre fatos do passado, (II) os estudos dirigidos à compreensão de aspectos psicológicos do sujeito, como atitudes, motivações, expectativas e valores, e (III) as observações sobre o funcionamento de estruturas sociais.

Ao que parece, todas essas situações são de alguma forma relacionáveis aos objetivos desta pesquisa. Em primeiro lugar, porque se estabeleceu um recorte temporal que abrange fatos ocorridos no passado: os julgamentos de maior relevância sobre o tema da execução antecipada da pena (item “I”). Em segundo lugar, porque se pretendeu analisar o funcionamento do órgão máximo de nosso Poder Judiciário, estrutura reguladora das relações sociais (item “III”). Em terceiro, e, principalmente, porque se intencionou também conhecer

as significações contextuais de um dos sujeitos que compõem a instituição, estimado por sua fundamental importância no caso (item “II”).

Sobre a opção específica pelo método da entrevista, dentre as diferentes espécies qualitativas, bastante ilustrativa é a seguinte consideração de Richardson:

A melhor situação para participar na mente de outro ser humano é a interação face a face, pois tem o caráter, inquestionável, de proximidade entre as pessoas, que proporciona as melhores possibilidades de penetrar na mente, vida e definição dos indivíduos (2012, p. 207).

Conforme explicita o autor, a entrevista consiste num processo de interação social entre entrevistador e entrevistado, capaz de permitir a compreensão de determinados acontecimentos/situações a partir da subjetividade que é inerente a este.

Assim, conhecer a visão de mundo do Ministro Gilmar Mendes, uma das pessoas que protagonizaram o caso apreciado, foi um instrumento de extrema relevância para perquirir a postura oscilante e instável do Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo. Noutros termos, a perspectiva “micro”, focada num único ministro, foi coadunada com outros elementos para formar uma boa interpretação sobre o “macro”, concernente ao tribunal e seus diferentes níveis decisórios.

Por fim, a eleição da técnica da entrevista semiestruturada justificou-se pela intenção de conferir um espaço que, embora delimitado pela pesquisadora, garantisse ao entrevistado liberdade para a exploração de suas percepções e opiniões sobre o fenômeno social em estudo. Nesse sentido, ensina José Roberto Franco Xavier que o desenho da técnica semidiretiva concede ao entrevistado “um espaço amplo, mas pré-determinado por uma diretriz inicial e pelo roteiro do pesquisador” (2017, p. 129).

Ademais, a semiestruturação pareceu ser a opção que melhor atenderia ao propósito de entrevistar um único informante de uma experiência e à preocupação então surgida de não dirigir as respostas do entrevistado a um determinado caminho. O resultado – reputa-se – foi um discurso mais espontâneo, conduzido pelo próprio ministro, com ganhos em termos de autenticidade.

1.3.4.2 Escolha do entrevistado

A escolha do entrevistado deu-se por dois fatores: oportunidade e protagonismo. O segundo consiste no papel fundamental que Gilmar Mendes exerceu no caso da execução

antecipada da pena, pois ele integrava o colegiado em cinco dos seis julgados paradigmáticos (à exceção do *habeas corpus* de 1991) e, ainda, posicionou-se de quatro formas distintas sobre o início do cumprimento da pena.

A importância dessa oscilação pessoal do ministro é mais facilmente entendida quando se nota que todas as votações de que participou ocorreram por placares acirrados de sete contra quatro ou seis contra cinco. Em linhas gerais, tem-se a hipótese de que as viradas jurisprudenciais estiveram diretamente relacionadas aos poucos ministros que expressaram ao menos dois posicionamentos diversos ao longo do tempo – Gilmar Mendes e também Dias Toffoli e Rosa Weber.

Entrevistar mais de um ministro mostrou-se inviável no prazo da pesquisa, por condições de acessibilidade, tempo e deslocamento. De todo modo, a participação do Ministro Gilmar Mendes como um informante de experiência, capaz de fornecer uma representação personalíssima e direta sobre os acontecimentos, sem a interpretação de fontes intermediárias (XAVIER, 2017, p. 152-153), foi bastante enriquecedora.

1.3.4.3 Fases do método

Toda entrevista semiestruturada pode ser decomposta em três fases distintas: (I) a elaboração do roteiro, (II) a entrevista propriamente dita e (III) a transcrição, marcadas por diferentes contextos e posturas da pesquisadora.

1.3.4.3.1 Primeira fase: elaboração do roteiro de entrevista

A primeira etapa é a elaboração de um roteiro pelo pesquisador, ferramenta necessária para delinear o corpo da entrevista propriamente dita e nortear o discurso do entrevistado (XAVIER, 2017, p. 136).

Com efeito, o roteiro deve ser pensado em função dos objetivos da própria pesquisa e especialmente preparado para a(s) pessoa(s) que se pretende entrevistar (MANZINI, 2008, p. 2). Mas isso não significa que tal ferramenta, uma vez construída, exija uma rigorosa vinculação do pesquisador durante a execução da entrevista. Na verdade, o método semidiretivo pressupõe a maleabilidade para que haja liberdade ao entrevistado (XAVIER, 2017, p. 134), podendo ensejar a necessidade de improvisações (op. cit., p. 121), com alteração ou supressão das perguntas constantes do roteiro ou inclusão de novas perguntas.

Na entrevista desenvolvida neste trabalho, o roteiro foi desenvolvido em completa individualização para o Ministro Gilmar Mendes. Em sua composição, continha (I) uma diretriz inicial²³ e (II) perguntas previamente formuladas.

A diretriz inicial planejada foi a seguinte “*Gostaria que o senhor me contasse um pouco sobre sua atuação no desenvolvimento do caso da execução antecipada da pena, desde o julgamento do HC n.º 84.078, em 2009, até o atual estágio da questão*”²⁴. Seu caráter abrangente foi pensado com a finalidade de incentivar o livre discurso do entrevistado. A partir de então, seriam explorados temas mais pontuais, não abarcados na fala espontânea ou merecedores de maior atenção, mediante as perguntas também constantes do roteiro.

Em síntese, as perguntas originalmente idealizadas visavam a abordagem dos seguintes pontos relacionados ao caso da execução antecipada da pena:

- a) os fatores não jurídicos que interferiram – e interferem – no posicionamento individual do Ministro Gilmar Mendes e na formação do entendimento do colegiado;
- b) a influência da mídia e da opinião pública nos julgamentos e a possível relação entre ambas;
- c) a influência da pessoa que é investigada/acusada;
- d) a dinâmica interna do colegiado e a possível necessidade de adoção de “*second best decisions*” em função do posicionamento e das expectativas dos outros ministros;
- e) a relação das decisões com os contextos sociopolíticos em que foram proferidas;
- f) a mitigação da garantia constitucional da presunção de inocência como forma de suprir outras deficiências do processo penal brasileiro;
- g) os limites para a interpretação do art. 5º, LVII, da CF, em função da preservação da garantia;
- h) a força e a definitividade do atual entendimento do STF sobre o tema e a pendência de ações diretas de constitucionalidade;
- i) os possíveis motivos para a não apreciação das ações declaratórias de constitucionalidade e as perspectivas de julgamento.

²³ Segundo Xavier, a diretriz inicial é a “primeira intervenção que tem por objetivo iniciar a exploração da percepção do entrevistado sobre o tema” (2017, p. 155).

²⁴ Note-se que o roteiro foi elaborado antes do julgamento de mérito das ADCs n.º 43, 44 e 54, enquanto a questão ainda estava pendente, portanto. Ademais, à época, a revisão bibliográfica estava em andamento, motivo pelo qual alguns conceitos e os sentidos que lhes foram dados na diretriz e nas perguntas podem não corresponder integralmente com os que constam no texto definitivo da dissertação.

Desde a elaboração do roteiro, já houve preocupação com a maneira de se formular as perguntas, no sentido de facilitar a sua compreensão pelo entrevistado e de evitar indesejáveis sugestionamentos, que poderiam vir a macular a espontaneidade do discurso²⁵. De todo modo, vale ressaltar que, em prol da fluidez do discurso, não se manteve total adstrição às perguntas durante a entrevista propriamente dita.

O roteiro inicialmente elaborado consta no anexo A da dissertação.

1.3.4.3.2 Segunda fase: entrevista propriamente dita

A entrevista propriamente dita corresponde ao processo de coleta de dados, verbais e não verbais, desenvolvido por meio da interação social do pesquisador-entrevistador para com o entrevistado, cabendo àquele as tarefas de, atentamente, escutar as falas e observar o comportamento deste (MANZINI, 2008, p. 1-3).

A literatura ressalta a importância, nesta fase, da adoção da postura de ouvinte ativo pelo pesquisador-entrevistador²⁶. Com efeito, a escuta atenta é indispensável tanto ao envolvimento do entrevistado, incentivando-o a explorar com maior vigor as suas percepções (XAVIER, 2017, p. 148), quanto a uma adequada e satisfatória coleta de dados.

Valendo-se das orientações doutrinárias, realizou-se a entrevista propriamente dita no dia 16 de setembro de 2019, às 10 horas e 50 minutos, no gabinete do Ministro Gilmar Mendes, no Anexo II do Supremo Tribunal Federal, Brasília/DF. Mediante autorização do entrevistado, operou-se a gravação do diálogo.

Após algumas explicações introdutórias, introduziu-se a diretriz inicial de forma muito semelhante à idealizada no roteiro. Dado o seu caráter genérico e ampliativo, a diretriz ensejou uma longa fala do entrevistado, que, conforme era o propósito, abordou boa parte do conteúdo planejado para o roteiro. Sucederam-se então as perguntas, algumas das quais constavam no roteiro original, com maior ou menor grau de modificação, e outras que foram elaboradas na ocasião, diante dos rumos tomados pelo discurso do entrevistado.

²⁵ Nesse sentido, Xavier fornece uma série de recomendações sobre a elaboração de perguntas, a saber: (I) não fazer mais de uma pergunta na mesma intervenção, (II) evitar perguntas que ensejem respostas de “sim” ou “não”, (III) evitar perguntas sugestivas, (IV) formular perguntas de maneira clara, e (V) utilizar o termo “como” no lugar de “por que” (2017, p. 141-146). Buscou-se segui-las na pesquisa. Já Richardson trata do tema de maneira mais simplificada, dispondo sobre a formulação de perguntas como um “aspecto crucial da entrevista guiada” e sobre a necessidade de se evitar perguntas dirigidas (2012, p. 215).

²⁶ Xavier, inclusive, qualifica-a como um comportamento obrigatório (2017, p. 148).

Mais uma vez, houve uma preocupação com a forma de elaboração das perguntas, em atenção às recomendações fornecidas por Xavier (op. cit.), sobretudo, as atinentes à comunicação com clareza e ao não direcionamento das respostas.

A captação de dados atendeu às expectativas da pesquisadora, pois várias informações sobre o caso – e, em especial, sobre as motivações decisórias da corte – foram obtidas a partir da perspectiva de um informante da experiência, sem a interferência de fontes intermediárias. Reputa-se, assim, que a entrevista cumpriu o seu papel de aproximar a pesquisadora do fenômeno social investigado.

1.3.4.3.3 Terceira fase: transcrição da entrevista

O processo de transcrição é a fase final do método da entrevista, muito importante por se tratar de uma pré-análise, um momento inicial de interpretação dos dados coletados, o qual pode resultar na deflagração de hipóteses intuitivas a partir da escuta e da memória de determinadas reações observáveis (MANZINI, 2008, p. 2-3).

Por esse motivo, é recomendável que a transcrição seja feita pelo próprio pesquisador-entrevistador, de modo a agregar os papéis de ouvinte-participante e intérprete como partes de uma única experiência. Ademais, outra razão para a concentração das tarefas na pessoa do pesquisador é a necessidade de se estabelecer um conjunto de normas que orientará todo o processo transcritivo, padrão esse que se relaciona ao conteúdo da transcrição (o que deve ser transcrito). E ninguém melhor do que o próprio pesquisador para estabelecer o padrão mais adequado aos seus escopos.

A doutrina orienta também que a fase de transcrição seja realizada o quanto antes, sobretudo para permitir um maior aproveitamento dos detalhes contextuais apreendidos, com a devida dedicação de tempo e atenção, pois os dados coletados constituem um “riquíssimo material de análise” (RICHARDSON, 2012, p. 217-218).

Em observância às considerações apontadas, a transcrição da entrevista desta pesquisa foi efetuada pela pesquisadora responsável poucos dias após a colheita do depoimento.

O padrão utilizado foi concebido a partir da leitura de Manzini (2008), operando-se o acatamento parcial²⁷ das normas compiladas na proposta de Marcushi, (1986, apud

²⁷ Nem todas as normas contidas em cada uma das propostas foram adotadas na presente transcrição, mas apenas algumas, selecionadas com base em sua utilidade e facilidade de compreensão.

MANZINI, 2008, p. 7). O quadro exposto a seguir elenca os critérios que foram selecionados e utilizados para essa transcrição, com as respectivas descrições e representações gráficas.

Quadro 3 – Critérios para a transcrição da entrevista

Critério	Descrição do critério	Representação gráfica
Indicação dos falantes	Identificação da pessoa responsável pela fala.	Entrevistado: letras iniciais do nome (G.M.). Pesquisadora: letra P.
Dúvida	Parte da fala que não foi compreendida ou sobre a qual se tem dúvida.	(incompreensível)
Truncamento brusco	Unidade interrompida bruscamente pelo falante.	/
Ênfase ou acento forte	Sílaba ou palavra pronunciada com ênfase ou acento mais forte que o habitual.	MAIÚSCULA
Alongamento de vogal	Vogal que é estendida durante a fala, normalmente associada com o tempo necessário para o raciocínio.	: ou :: (<i>se muito longa</i>).
Repetições	Letra ou sílaba duplicada.	Própria letra ou sílaba em duplicidade.
Pausa preenchida, hesitação ou sinais de atenção	Som que não constitui propriamente uma palavra ou sílaba, mas que é recorrente na fala das pessoas.	Reprodução do som cuja grafia é discutível. <i>P. ex.: “ahn”, “nãh”.</i>
Pronúncia diferente da “norma padrão” da língua portuguesa	Palavras que frequentemente são pronunciadas em desconformidade com a pronúncia decorrente de sua grafia na “norma padrão”.	Reprodução da palavra tal como pronunciada na língua falada. <i>P. ex.: “di”, “vamo”, “u”, “tá”.</i>

Fonte: elaborado pela autora, a partir de das normas compiladas na proposta de Marcushi, (1986, apud MANZINI, 2008, p. 7).

O processo de transcrição primou por guardar o máximo de proximidade à fala dos interlocutores, o que contribuiu para o fomento de impressões e interpretações prévias na pesquisadora. O texto original e integral resultante desse processo encontra-se no anexo C.

Todavia, em função da publicidade, elaborou-se uma segunda versão da transcrição, editada para garantir o seu aprimoramento estético e facilitar a compreensão do depoimento pelo leitor. Esta versão refinada, constante no anexo D, serviu de base para a extração dos trechos selecionados para compor o corpo do trabalho.

1.3.4.4 Apresentação do discurso no corpo da dissertação

Este último tópico visa apenas comunicar ao leitor a forma pela qual o discurso de Gilmar Mendes foi trabalhado ao longo do texto. Optou-se pela inserção de recortes, trechos da fala do ministro pertinentes a cada um dos temas explorados, com a roupagem de citação direta e a indicação “informação verbal” ao final, entre parênteses. A intenção foi conferir a tais recortes o tratamento de evidências, mas ressaltando o seu significativo valor explicativo, razão que ensejou os destaques sempre que se ia introduzi-los.

2 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

2.1 Nota introdutória

Este capítulo inaugural do conteúdo da dissertação tem caráter teórico e desempenha a função de auxiliar o leitor na compreensão do ponto central do caso em apreço, causador de intensos debates no Supremo Tribunal Federal e na sociedade: a compatibilidade da execução provisória da pena de prisão com o princípio da presunção de inocência.

Assim, os tópicos que seguem trazem importantes reflexões doutrinárias sobre o princípio – em especial, sobre sua previsão constitucional, natureza, origem, âmbito de proteção e manifestações no processo penal brasileiro – relacionando este último tema com o instituto da execução provisória. Não há, entretanto, qualquer pretensão de esgotar a temática, porquanto seja ela meramente instrumental aos principais objetivos da pesquisa.

2.2 Princípio nuclear e direito fundamental

A presunção de inocência é tema muito caro ao processo penal, principalmente quando concebida no contexto de um Estado democrático de direito, tal como propõe a Constituição Federal de 1988. Dentre as diversas colorações que lhe são dadas pela doutrina, algumas inclusive extrapolam os contornos processuais, referindo-se a um estado de inocência, que seria característica natural de todos os indivíduos, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e reconhecido pelo sistema jurídico (NUCCI, 2013, p. 285-286).

Por outro lado, vários juristas tratam da existência da presunção (ou estado) como algo intimamente ligado ao processo penal, conferindo-lhe natureza de instituto jurídico decorrente de uma opção político-legislativa do constituinte. É o caso de Cezar Peluso, que afirma estar-se diante de “um valor político-ideológico assumido, na configuração do processo penal e dos procedimentos similares, como consequência direta do reconhecimento da liberdade e da dignidade do homem” (2016)²⁸.

De todo modo, é amplo o reconhecimento da *primazia da norma consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição*, a qual preceitua que “ninguém será considerado

²⁸ Outros exemplos são Eugênio Pacelli, que prefere tratar a presunção de inocência como “estado ou situação jurídica de inocência” (2018, p.55) e Castanho De Carvalho, que ressalta a natureza política do princípio da presunção de inocência e a considera uma “regra-chave do processo penal” (2009, p. 163).

culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Tal norma integra um conjunto de garantias revelador do empenho do constituinte brasileiro em conceber um processo penal acusatório²⁹, mais paritário e garantista³⁰; um processo penal democrático – um instrumento que vai muito além de viabilizar o exercício do *ius puniendi* estatal, porquanto norteado pelo valor axiológico da dignidade da pessoa humana e comprometido com a proteção do indivíduo (LOPES JR., 2016, p. 22; OLIVEIRA, 2020, p. 11-13; PACELLI, 2018, p. 23-24; GOMES FILHO, 1994).

Da mesma forma, também é difuso o reconhecimento de que ela se manifesta por mais de uma forma e tem vários efeitos jurídicos e, embora não haja unanimidade sobre quais são essas manifestações e efeitos, ao menos uma decorrência – de caráter bem genérico – é praticamente consenso: *a atribuição da excepcionalidade à culpa*, elemento necessário para a configuração da responsabilidade criminal³¹. Tanto que tal decorrência serve de alicerce para uma série de outras normas do ordenamento.

Não por outros motivos, a norma do art. 5º, LVII é conhecida como o *princípio* da presunção de inocência ou *princípio* da presunção de não-culpabilidade³², expressões que bem demonstram a sua importância. Em especial, quando se toma a classificação de princípio no sentido da clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello como um “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 [...]” (2015, p. 54). Nessa concepção, seria ela uma *norma*

²⁹ Refere-se ao sistema processual acusatório, adotado pelo processo penal brasileiro, e cujas principais características podem ser assim sintetizadas: (I) a separação das funções de julgar, acusar e defender, com tratamento igualitário destinado aos sujeitos que exercem as duas últimas, (II) a adoção do princípio da busca pela verdade ao invés da aceitação da verdade real; (III) a gestão da prova como incumbência precipuamente das partes, restando a iniciativa probatória do juiz restrita à fase instrutória e em caráter residual; e (IV) a preservação das garantias da imparcialidade do magistrado e do devido processo legal, notadamente, no tocante aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da presunção de inocência e ao dever de motivação das decisões judiciais (LIMA, 2020, p. 43-45).

³⁰ O termo remete ao garantismo penal, desenvolvido pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Com inspiração na tradição iluminista e liberal, a teoria tem como fundamento a limitação do poder estatal para a proteção das liberdades individuais e, a partir dessa ideia, organiza uma série de princípios – em especial, o princípio da presunção de inocência – na forma de um sistema que visa conferir “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo”, válido, sobretudo, para os âmbitos penal e processual penal (2002, p. 29, 30).

³¹ Ao longo desta dissertação, a palavra “culpa” será utilizada num sentido diverso daquele que lhe é atribuído pela teoria finalista do delito – de elemento da conduta (PRADO, 2013, p. 339). Trata-se, aqui, de culpa como uma contraposição à ideia de inocência, afeita, portanto, a um dos aspectos do princípio da culpabilidade: o condicionamento da responsabilidade criminal pelo fato ao agir com dolo ou culpa, ou seja, a exigência de imputação subjetiva (op. cit., p. 167). É essa a compreensão mais adequada dos termos “culpa” e “culpabilidade” no campo das discussões envolvendo o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade).

³² Em que pesem as convicções doutrinárias e jurisprudenciais de que os termos presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade apresentam sentidos distintos, prefere-se aqui a posição amplamente majoritária, representada, por exemplo, por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró de que inexistem diferenças práticas entre eles, sendo mais útil tratá-los como sinônimos (2003, p. 283).

balizadora – pressuposto de criação e cânone interpretativo – para as normas de processo penal em geral. Inclusive, Aury Lopes Júnior diz se tratar do “princípio reitor do processo penal”, cujo grau de eficácia serve para mensurar a qualidade de um sistema (2016, p. 52).

De outro ângulo, Maurício Zanoide de Moraes afirma ser uma *norma-princípio também em termos de estrutura* (na clássica oposição entre normas-princípios e normas-regras³³) (2010, p. 349). E o faz porque a disposição do art. 5º, LVII, da Constituição, teria conteúdo axiológico valorativo e finalístico (ao invés de prescrever condutas), ampla capacidade de generalização e possibilidade de cumprimento em diferentes graus de consecução, a depender do caso concreto, com tendência a alcançar a maior intensidade permitida pelas condições fáticas e jurídicas (peculiaridades do caso e inevitáveis colisões com outras normas) (op. cit., p. 354-355)³⁴.

No garantismo penal de Luigi Ferrajoli (inspirador de nosso processo penal constitucional), a presunção de inocência consiste num “princípio fundamental de civilidade”, na medida em que a tutela da inocência faz-se indispensável para o resguardo de direitos individuais fundamentais: a liberdade e a segurança. Esta última, a segurança, no sentido de confiabilidade do sistema de justiça e proteção contra o punitivismo arbitrário:

Disso decorre - se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo (2002, p. 441, itálicos do autor).

Para além da clara relação entre inocência e liberdade (a ser melhor explorada no item relativo à regra de tratamento), o autor enfatiza a relação entre inocência e segurança, na medida em que atribui à desconfiança ou à insegurança do inocente o papel de sinalizadores da “falência da função mesma da jurisdição penal” e da “ruptura dos valores políticos que a legitimam” (op. cit.). Esta relação é frequentemente lembrada pelos doutrinadores brasileiros, traduzida em máximas como “[...] inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente” (LIMA, 2020, p. 48) ou “o preço a ser pago pela prisão

³³ A dicotomia ficou consagrada na célebre obra “Teoria dos direitos fundamentais”, de Robert Alexy. Em apertada síntese, o autor traz a tradicional definição de regras e princípios como ambas as espécies do gênero normas, distinguindo-os no aspecto qualitativo: enquanto os princípios são “mandamentos de otimização”, pois devem ser satisfeitos na máxima extensão possível dentro das condições fáticas e jurídicas, as regras são “determinações”, já que ou são integralmente aplicadas ou não são aplicadas (2015, p. 85-91).

³⁴ Essa concepção de Moraes é objeto de divergências na doutrina. Cezar Peluso, por exemplo, apesar de não abordar diretamente o ponto, deixa claro em seu texto que pensa se tratar de uma regra (2016).

prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro” (LOPES JR., 2016, p. 314).

Trata-se a presunção, portanto, de mandamento nuclear, de “premissa que orienta toda a estruturação dogmática do direito processual penal” (MENDES, 2019e, p. 4) ou de “principal viga do sistema” (WUNDERLICH, 2007, p. 444), gênese de diversas disposições que revelam o compromisso (ainda que teórico) dessa seara do direito com a liberdade individual e a segurança.

E, para muitos, também de um *direito fundamental per si*. Esta segunda caracterização da presunção de inocência pode ser extraída, por exemplo, do conceito fornecido por Renato Brasileiro de Lima, para quem consiste no

“[...] direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)” (2020, p. 47).

E, além dele, da detalhada obra de Moraes, que explica os direitos fundamentais (também) no âmbito processual penal a partir de perspectivas individual e coletiva, na medida em que se orientam, concomitantemente, à proteção dos interesses do titular frente à intervenção do Estado e à tutela do interesse público que reside na justeza e equilíbrio da atividade persecutória. Ambas as perspectivas compreendem a função de controle que os direitos fundamentais, e, sobretudo, a presunção de inocência, exercem sobre os atos estatais (2010, p. 299-306)³⁵.

Seja por seus atributos de princípio, seja por seus atributos de direito fundamental – de forma alguma excludentes –, a presunção de inocência é um *importante elemento do devido processo penal*: o único caminho legítimo a ser percorrido pelo Poder Público para o cerceamento da liberdade, com imposição de sanção à prática de um delito, norteado pelas garantias constitucionais outorgadas ao indivíduo (LOPES JR., 2016, p. 22; MORAES, 2010, p. 308; WUNDERLICH, 2007, p. 432)³⁶.

³⁵ O tratamento dado ao princípio por Guilherme de Souza Nucci, qual seja, de estado decorrente da dignidade humana, também revela uma concepção de direito fundamental (2013, p. 285-286).

³⁶ Lopes Júnior ensina que, além da dimensão interna ao processo, a presunção de inocência também tem efeito extraprocessual, consistente na proteção contra a exploração midiática do acusado, com consequente estigmatização, e do próprio processo, atuando a bem da privacidade (2016, p. 314).

2.3 Breves considerações sobre o desenvolvimento e o caráter internacional da presunção de inocência

Em linhas gerais, a presunção de inocência não é uma ideia nova, e muito menos exclusiva da realidade brasileira (embora a opção redacional do constituinte de 1988 seja um tanto quanto peculiar). Já em 1764, Cesare Bonesana Beccaria registrara uma interessante passagem em sua célebre e eternizada obra “Dos delitos e das penas”:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter êle violado com as quais tal proteção lhe fora concedida. Só o direito da fôrça pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se êle é inocente ou culpado (1959, p. 65).

Essa passagem serviu de inspiração para o enunciado do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³⁷. Fruto do pensamento iluminista, o diploma legal foi o primeiro a fixar a perspectiva da inocência como um parâmetro para a persecução penal, em substituição à antiga lógica da presunção de culpa (MORAES, 2010, p. 115-116; PELUSO, 2016; PACELLI, 2018, p. 398)³⁸.

Para além da fonte originária, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, “inegável marco do ressurgimento do humanismo no pós-guerra” (MORAES, 2010, p. 236), ratificou o princípio no plano do direito internacional, dispondo que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (artigo XI, item 1).

Destarte, conferiu-lhe *status* de direito humano; nas palavras de Moraes, um “direito essencial da universalidade humana, a ser seguido e respeitado por todos os Estados-membros, tanto em sua regulamentação interna, como em sua relação com outros Estados” (2010, p. 237). Isso porque a declaração, apesar de ostentar natureza jurídica de resolução, é, segundo a própria ONU, “uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS)³⁹. E, ademais, é também o ponto inaugural do

³⁷ Veja-se o teor do dispositivo, na tradução de Moraes: “9. Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei.” (2010, p. 115).

³⁸ De acordo com Peluso, o diploma foi responsável por consagrar a denominação “presunção” (2016).

³⁹ Prevalece o entendimento de que a DUDH possui eficácia vinculante, pois contém normas de *jus cogens*.

direito internacional dos direitos humanos, introduzindo a concepção contemporânea fundada nos atributos da universalidade e da indivisibilidade (PIOVESAN, 2014, p. 35).

De todo modo, para que não houvesse dúvidas sobre a força vinculante das normas de direitos humanos ali consagradas, celebrou-se, ainda no âmbito da ONU, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos os diplomas apresentam inegável conteúdo cogente para os Estados-partes e, juntamente com a DUDH, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Nesse contexto, o primeiro deles – o PIDCP (promulgado no Brasil por meio do Decreto n.º 592) – praticamente reproduziu o trecho inicial do enunciado da presunção de inocência da DUDH, reforçando, assim, o seu acolhimento no sistema global de proteção aos direitos humanos (MORAES, 2010, p. 244).

Mas a tutela da presunção de inocência não ficou apenas no sistema global: os sistemas regionais, na medida em que estabelecem uma relação de complementariedade para com o global, todos norteados pelo valor da dignidade humana (PIOVESAN, 2014, p. 36), contemplam expressamente a perspectiva da inocência em seus principais diplomas. Em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 678/1992, prevê, no art. 8, item 2, que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]”. E há disposições semelhantes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Diante dos compromissos estabelecidos nos sistemas global e regionais, a presunção de inocência foi reproduzida e alocada nos ordenamentos internos de vários Estados, ainda que diversas tonalidades tenham sido conferidas à ideia genérica da DUDH.

As considerações ora exibidas são apenas uma pequena amostra do extenso processo de desenvolvimento e da universalização, que são notas do paradigma da inocência. Seu objetivo foi justamente transmitir a noção de que a norma, princípio, presunção, direito fundamental ou qualquer outra denominação que seja atribuída ao primado consagrado na DUDH, e refletido nos sistemas global, regionais e nacionais, apresenta raízes firmes e longínquas e transcende diferentes culturas jurídicas.

2.4 Amplitude do estado de inocência

Mesmo no plano do direito brasileiro, diversas são as abordagens e definições que a doutrina atribui à presunção de inocência. Porém, todas elas parecem convergir para a

aceitação daquela sua decorrência genérica: na persecução penal, *a inocência é a regra e a culpa é a exceção*. Noutros termos, o indivíduo conserva seu estado de inocência – natural ou jurídico – até que a presunção seja desconstituída pela formação da culpa, o que se tem como um ônus do Estado. Apenas a partir do firmamento dessa situação excepcional é que se torna possível atribuir a ele a responsabilidade pela prática de um delito (NUCCI, 2013, p. 286).

Tendo isso em vista, faz-se necessário discorrer sobre o *momento do processo em que ocorre a inversão da lógica*, a transição da situação de inocência para a situação de culpa.

A tarefa não é tão simples e não comporta generalizações. Como visto, a presunção de inocência, em acepção ampla, não é exclusiva do direito brasileiro, mas encontra previsão em ordenamentos jurídicos distintos e, sobretudo, no plano do direito internacional – daí a referência de Moraes a um “preceito humanitário universal da ‘presunção de inocência’” (2010, p. 282).

Por ora, vale o destaque às disposições contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em função de sua incidência na ordem jurídica brasileira. Interessante notar que ambos os diplomas internacionais definem a presunção de inocência como um direito que perdura até a comprovação da culpa nos termos da lei. Revelam, assim, uma opção por enunciar o postulado de modo genérico, sem constituir o momento temporal específico em que a culpa ver-se-ia comprovada, deixando a tarefa para o direito interno de cada Estado. Essa foi também a escolha dos outros documentos internacionais citados.

Dentro dessa lógica, *a Constituição Federal de 1988 definiu com exatidão o marco processual para a formação da culpa no direito brasileiro: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. E, ao fazê-lo, o constituinte acabou conferindo ao estado de inocência proteção maior do que aquela consagrada nos diplomas internacionais, não se contentando meramente com a prova da culpa como fator interruptivo de sua vigência, mas exigindo o esgotamento das vias recursais (LIMA, 2020, p. 53).

O regramento brasileiro é tão peculiar nesse aspecto que encontra pouquíssima correspondência em sistemas jurídicos de outros Estados⁴⁰. Com efeito, a despeito do caráter

⁴⁰ Apesar de raras, há outras Constituições que atrelam a presunção de inocência à condenação definitiva. Em seus votos sobre a execução provisória, o Ministro Celso de Mello citou duas: a Constituição da República Italiana e a Constituição da República Portuguesa (MELLO FILHO, 2019a, p. 53-54, 2018c, p. 36-37). Contudo, em se tratando de Portugal, o Ministro Gilmar Mendes explicou, durante a entrevista que concedeu a esta pesquisa, que o país apresenta na constituição uma expressão idêntica à da Carta brasileira, mas adaptou sua legislação para fixar que o trânsito em julgado ocorre com o julgamento em segundo grau: “Em alguns países, a solução tem sido dada a partir de reformas legislativas. Portugal tem uma expressão idêntica à nossa na Constituição, só que Portugal colocou, na legislação, que a decisão transita em julgado com o segundo grau. A partir daí, os recursos têm efeito rescisório ou rescindendo.” (MENDES, 2019c, informação verbal). Na mesma

universal da presunção de inocência, contemplada, inclusive, em diversos textos constitucionais, países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina admitem a execução da pena antes do trânsito em julgado, seja por expressa disposição de lei, seja por entendimento jurisprudencial (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015, p. 507 apud BRASIL, 2016a, p. 12-15).

Diante do cenário formado pelas normas internacionais e os estudos de direito comparado, é possível concluir que atrelar a culpa ao trânsito em julgado foi uma escolha político-ideológica do constituinte de 1988 (PELUSO, 2016), que retirou do legislador ordinário e do Poder Judiciário a prerrogativa de fixar momento outro para a sua configuração. Escolha essa que sempre ensejou críticas e fomentou interpretações não literais, ditas sistêmicas ou teleológicas, em defesa da compatibilização entre a presunção de inocência e o instituto da execução provisória da pena.

Em primeiro lugar, críticas explícitas por parte de alguns juristas, tais como a constante da obra de Castanho de Carvalho, de que “o ideal seria que a Constituição apenas expressasse o princípio em termos genéricos, sem fixar um marco processual, como fez ao aludir ao trânsito em julgado” (2009, p. 166). Ou, ainda, do trabalho de Fernando Brandini Barbagalo, que aponta a “incoerência da nossa presunção de inocência”, porquanto sua extensão literal faça com que o condenado mantenha o mesmo *status* que detinha no início da persecução penal (2015, p. 130).

Em segundo, interpretações construídas pela doutrina que muito se aproximam das interpretações das cortes superiores (houve influências recíprocas). De forma bastante sucinta, aponta-se a necessidade de ponderar a presunção de inocência com outros direitos fundamentais – tais como efetividade do processo penal, segurança social e duplo grau de jurisdição – e de harmonizá-la, no plano processual, com as propriedades dos recursos extraordinário e especial – a impossibilidade de revolvimento de matéria fática, a ausência de efeito suspensivo, e o requisito da repercussão geral (no caso do RE) (PAULINO, 2017, p. 221-227; FISCHER, 2009, p. 16-17, 26).

Por fim, as tais interpretações dos tribunais superiores – ou, talvez seja mais correto dizer, de seus ministros –, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois os debates sobre a extensão da norma do art. 5º, LVII, e as regras infraconstitucionais correlatas foram profundos e infundáveis. Em geral, à leitura literal do dispositivo foram

linha, Frischeisen, Garcia e Gusman afirmam que o Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência restritivamente, pois entende que a previsão constitucional remeteu o modo de aplicá-lo à legislação ordinária (2015, p. 505 apud BRASIL, 2016a, p. 14-15).

opostas outras, de cunho sistemático ou teleológico. Estas normalmente partiram da premissa da estrutura principiológica da presunção para afirmar a possibilidade de execução provisória da pena, em virtude das limitações impostas por outras normas do ordenamento brasileiro e também por aspectos de ordem pragmática – a título de exemplo, (I) o regramento do RE e do REsp; (II) o baixo índice de provimento desses recursos; (III) a valorização das instâncias ordinárias, (IV) a proteção à efetividade e à credibilidade do sistema de justiça criminal, (V) a correção da morosidade, coibindo-se os recursos protelatórios, e (VI) da seletividade do sistema; (VII) a mitigação do abuso de prisões provisórias; e (VIII) a conformação do sentimento social⁴¹.

2.5 Manifestações do princípio da presunção de inocência

Conforme brevemente mencionado, amplo é o reconhecimento de que o princípio da presunção de inocência, decorrente de um primado com *status* de direito humano, é uma norma fundamental do processo penal brasileiro, nele assumindo variadas manifestações e irradiando inúmeros efeitos jurídicos⁴². As formas de abordar essas manifestações – também chamadas de sentidos ou vertentes – variam na doutrina⁴³, preferindo-se aqui, até pela limitação de espaço, tratá-las como referentes a duas regras principais: a regra probatória e a regra de tratamento (LIMA, 2020, p. 48; PACELLI, 2018, p. 55).

⁴¹ Remete-se o leitor ao capítulo 3, que explorará em detalhes as argumentações dos ministros.

⁴² Por “efeitos jurídicos” da presunção de inocência, está-se referindo (I) às normas do ordenamento brasileiro que resguardam a lógica do caráter excepcional da culpa – p. ex., a proibição à anotação da instauração de inquérito na certidão de antecedentes criminais (art. 20 do CPP), a absolvição quando houver fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (art. 386, VI do CPP) e os dispositivos que consagram a excepcionalidade das prisões provisórias e demais medidas cautelares (art. 282 e arts. 312 e ss. do CPP) – e (II) as decisões e teses fixadas pelos tribunais superiores no mesmo sentido – p. ex., a vedação à utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (súmula 444, do STJ), a não recepção da condução coercitiva de réu ou investigado para fins de interrogatório (ADPFs 395 e 444) e o cabimento em tese de liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas (HC n.º 104.339, do STF). Ademais, o art. 283 do CPP, que condiciona a prisão penal ao trânsito em julgado da condenação, e a tese da inadmissibilidade da execução provisória da pena, para aqueles que defendem essa posição, são também efeitos jurídicos da presunção de inocência.

⁴³ Moraes, por exemplo, indica que a presunção de inocência no instante *prima facie* compreende diversos significados não excludentes, como “*in dubio pro reo*”, “*favor libertatis*”, “*favor dignitatis*”, “*favor rei*”, “norma de juízo”, “norma de tratamento” e “norma probatória” (2010, p. 366). Já Peluso aponta que são três as vertentes da dimensão semântica do primado: “regra de tratamento”, “expressão máxima de um modelo de processo penal” e “regra de juízo” (2016).

2.5.1 Regra probatória: ônus da prova e *in dubio pro reo*

A regra probatória, tida por parte da doutrina como a mais importante – ou até a única⁴⁴ – implicação do princípio da presunção de inocência, determina a distribuição do ônus da prova no processo penal. Com efeito, *na medida em que a inocência do acusado é presumida, resta à acusação o ônus de provar a sua culpa*, ou seja, de demonstrar que ele praticou o fato delituoso descrito na peça inicial acusatória (NUCCI, 2013, p. 286).

Nesse contexto de primazia, é digna de menção a teoria de Gilmar Ferreira Mendes, segundo a qual a regra probatória corresponde ao núcleo essencial do direito fundamental à presunção de inocência – a parte intangível do direito, que de forma alguma pode ter sua proteção restringida ou suprimida pelo legislador (MENDES, entre 2014 e 2016, p. 3-4; 2014, p. 313, 316). Referida posição reconhece que, sob o manto da presunção, encontra-se também a vedação ao tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença – a regra de tratamento. Contudo, esta última tem existência periférica, comportando certa conformação legislativa (MENDES, entre 2014 e 2016, p. 4-5). Inicialmente divulgados num artigo doutrinário, os excertos do ministro serviram de base para a elaboração de seus posteriores votos sobre a temática da execução antecipada⁴⁵ e foram citados por outros colegas⁴⁶.

No processo penal brasileiro, existem discussões sobre a abrangência do ônus da acusação; se seria restrito à prova da existência do fato e da autoria, ou se incluiria também o dever de constituir provas negativas. Autores como Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 233-235), Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 679), Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 287-288) e Antônio Magalhães Gomes Filho (1994) entendem que, em função da presunção de inocência, o ônus da prova é exclusivo da acusação, alcançando, inclusive, a inexistência de excludentes de ilicitude e culpabilidade (e também de causas extintivas da punibilidade e de eventual alibi do acusado, para alguns). Assim, se a defesa alegar a ocorrência de um desses eventos antes do trânsito em julgado, e sendo essa alegação capaz de fomentar ao menos uma dúvida razoável, incumbe à parte acusadora produzir a prova para afastá-la⁴⁷.

⁴⁴ Antonio Scarance Fernandes aponta a existência de duas correntes principais sobre a extensão do princípio da presunção de inocência, sendo uma delas mais limitada, consistente apenas no ônus da acusação de provar a culpa do acusado, e a outra mais abrangente, referente tanto ao ônus da prova quanto à impossibilidade de prisão como pena antecipada (2010, p. 382-383).

⁴⁵ Ver: Brasil (2016a, 2018c) e Mendes (2019e).

⁴⁶ Por exemplo, Teori Zavascki (BRASIL, 2016a) e Cármen Lúcia (BRASIL, 2018c).

⁴⁷ Parte desse segmento assume a existência de algum tipo de ônus para a defesa, ainda que não diga respeito à prova dos fatos: (I) o ônus de gerar uma fundada dúvida sobre a existência de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, de causas extintivas da punibilidade ou de eventual alibi (LIMA, 2020, p. 679); ou (II) o ônus de

Outra corrente, fiel à literalidade do artigo 156, do CPP (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”) e defendida, por exemplo, por Eugênio Pacelli, enuncia que incumbe à defesa comprovar as excludentes de ilicitude ou culpabilidade que alegar (2018, p. 55, 276).

De todo modo, há consenso sobre uma coisa: caso a acusação não consiga se desincumbir de seu ônus, permanecendo a dúvida razoável quanto à responsabilidade criminal do indivíduo, este deverá ser absolvido. *Trata-se da regra do in dubio pro reo, consectário lógico do estado de inocência, tão somente alterável mediante a certeza da culpa*⁴⁸ (NUCCI, 2013, p. 293). Regra essa que se presta a orientar as decisões judiciais nos contextos de fragilidade probatória – uma regra de valoração das provas –, garantido o funcionamento do sistema processual diante da inadmissibilidade do *non liquet*⁴⁹ (LIMA, 2020, p. 48).

Mais do que uma regra probatória, Ferrajoli classifica o *in dubio pro reo* como um princípio geral do direito, um critério essencial para os sistemas que se pretendam garantistas, pautados, sobretudo, na perseguição do direito penal mínimo como fim (2002, p. 138):

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova - quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza (op. cit., p. 85).

Em suma, a concepção de que a incerteza deve conduzir à absolvição – o que se tem como um corolário da presunção de inocência – é muito bem aceita por aqueles que se debruçam a estudar o princípio no âmbito de um Estado de direito, dentro e fora do Brasil⁵⁰, ainda que haja divergências no tocante à extensão do ônus da acusação.

produzir contraprovas para facilitar a impropriedade da ação (NUCCI, 2013, p. 287-288). Contudo, para Badaró, dizer que a defesa tem o ônus de gerar uma dúvida razoável equivale a atribuir o ônus da prova totalmente à acusação (2003, p. 234-235).

⁴⁸ Destaca-se a justificativa de Lima para o *in dubio pro reo*: “Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo” (2020, p. 48).

⁴⁹ A expressão “*non liquet*”, do direito romano, era utilizada pelos julgadores quando se deparavam com um estado de incerteza em relação ao caso concreto e, em razão dele, declaravam-se isentos da obrigação de proferir um julgamento (MARMELSTEIN, 2009).

⁵⁰ Veja-se, por exemplo, os ensinamentos sobre o princípio *in dubio pro reo* na obra do ilustre jurista alemão Claus Roxin (2000, p. 78, 111-112).

2.5.2 Regra de tratamento: proteção ao direito fundamental de liberdade

Uma acepção primeira e geral que se tem da regra de tratamento é facilmente perceptível a partir do texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal – se “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, *o indivíduo investigado ou acusado tem a garantia de ser tratado como inocente pelo Estado até o fim do processo criminal* (LIMA, 2020, p. 49). Mas, apesar de aparentemente simples, a construção constitucional e seu sentido mais direto são fontes de várias controvérsias, a iniciar pelo *debate sobre o que consiste tratar alguém como inocente*. E, além dele, pairam *discussões acerca da primazia e extensão desse cuidado*, notadamente, se é possível mitigá-lo para dar vazão a outros valores e se é válido impor ao réu um tratamento progressivamente mais gravoso à medida que a persecução penal avança.

Para Moraes e Pacelli, tratar o investigado ou acusado como inocente significa que nenhum dos efeitos de uma decisão condenatória possa lhe ser aplicado antes do encerramento do processo (2010, p. 534; 2018, p. 55). Sob outra perspectiva, Guilherme Madeira Dezem aduz que “qualquer medida automática que restrinja direitos fundamentais não pode ser aceita” (2016, p. 693). Nucci, por sua vez, indica que a restrição de direitos do inocente é possível, mas deve ser excepcional (2013, p. 286).

Em que pesem as diferenças, os autores representam as vozes da doutrina majoritária, no sentido de que a regra de tratamento decorrente da presunção de inocência está intrinsecamente relacionada ao axioma da *excepcionalidade da prisão*, este consagrado em sua máxima abrangência⁵¹ no artigo 283 do Código de Processo Penal⁵². Tal relação, quando abstratizada, remete ao caríssimo papel que o princípio exerce de guardião do direito fundamental de liberdade (GOMES; MILHOMENS, 2020, p. 58). Ou seja, se, num primeiro plano, a diretriz do processo deve ser a presunção de inocência, restando a culpa como uma inversão da lógica, num segundo plano, a liberdade individual deve ser a regra, e qualquer forma de restrição ou privação desse direito pelo Estado exige a observação do devido processo penal, com todas as garantias que lhe são inerentes (WUNDERLICH, 2020, p. 25).

⁵¹ Falou-se em “máxima abrangência” porque o art. 283 se refere a todas as modalidades de prisão penal e processual penal. Há, porém, vários outros dispositivos no código que consagram a excepcionalidade especificamente para as prisões cautelares, tratados ao longo deste e do próximo capítulo.

⁵² Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Da leitura do artigo 283 depreende-se que existem três modalidades de prisão admissíveis no sistema penal e processual penal⁵³ brasileiro: (I) a prisão em flagrante, fundada na situação de flagrância e de efêmera duração; (II) a prisão cautelar, passível de decretação no curso da investigação ou do processo; e (III) a prisão penal, carecedora do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, na visão da doutrina mais garantista, com amparo na leitura da presunção de inocência a partir do art. 283 do CPP, o único fundamento apto a autorizar a privação de liberdade (e também as restrições a esse direito) em meio à persecução penal, quando ainda vigente o estado de inocência, é a cautelaridade, isto é, a necessidade de resguardar a atividade estatal persecutória (LIMA, 2020, p. 975). Cautelaridade que se faz presente em duas subespécies de encarceramento – a prisão preventiva e a prisão temporária⁵⁴. A prisão penal (e as penas em geral), por outro lado, somente pode ser imposta ao condenado após o devido processo, com o advento do trânsito em julgado e nunca antecipadamente, pois sua índole eminentemente punitiva é incompatível com o estado de inocência (op. cit., p. 973).

Após essa exposição global da regra de tratamento, é interessante compreender a sua incidência – e as divergências que pendem sobre ela – nos âmbitos específicos das modalidades de prisão mencionadas (com exceção da prisão em flagrante, dada a sua índole precária) e dos institutos genéricos em que se inserem: a prisão cautelar e as medidas cautelares em geral; e a prisão penal e as sanções penais em geral.

2.5.2.1 Prisões provisórias e medidas cautelares em geral

Ensinam os processualistas que a compatibilidade das prisões cautelares (e das medidas cautelares de natureza pessoal como um todo⁵⁵) com a presunção de inocência depende da observância de algumas condições.

Nessa linha, merece destaque o detalhado estudo de Lopes Júnior, que distingue tais condições em requisito, fundamento e princípios (2016, p. 314-323). Para o autor, o

⁵³ Ressalva-se que a Constituição Federal admite, em seu art. 5º, incisos LXI e LXVII, outras hipóteses de prisão externas ao processo penal: a prisão decorrente de transgressão militar ou crime propriamente militar, que independe de flagrante ou autorização judicial e a prisão civil por dívidas alimentícias.

⁵⁴ Em que pesem as divergências sobre a natureza da prisão em flagrante, prefere-se aqui a posição de Lopes Júnior, de que se trata de medida pré-cautelar, pois apresenta caráter absolutamente precário e não se orienta a garantir a eficácia do processo. Dessa forma, verificada a necessidade de prolongar a privação de liberdade do acusado, a prisão em flagrante deverá ser convertida em preventiva, esta sim cautelar (2016, p. 323-324).

⁵⁵ São espécies do gênero medidas cautelares de natureza pessoal: (I) as prisões provisórias – a prisão preventiva e a prisão temporária; e (II) as medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, do CPP) – por exemplo, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de ausentar-se da comarca, a fiança e a monitoração eletrônica.

requisito das medidas cautelares é o *fumus comissi delicti*, que se traduz na probabilidade de ocorrência de um delito, ou, segundo a redação do art. 312, do CPP⁵⁶, na “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

O fundamento é o *periculum libertatis*, isto é, o risco ocasionado pela liberdade do sujeito passivo ao desenvolvimento do processo, à função punitiva ou à segurança social, aferível a partir de uma das “necessidades” elencadas nos arts. 282, inciso I⁵⁷, e 312, do CPP (op. cit., p. 315). Em função de recente inclusão textual neste dispositivo, diz-se expressamente que o *periculum libertatis* também deve ser objeto de “indício suficiente”. A presença contextual de ambos os elementos – requisito e fundamento – constitui o suporte fático legitimador de qualquer medida cautelar (op. cit., p. 319).

Em perspectiva muito próxima e complementar à do referido autor, Lima refere-se à expressão *fumus comissi delicti* como a “plausibilidade do direito de punir”, a ser avaliado num juízo de cognição sumária, e ao *periculum libertatis* como o “perigo concreto” que emerge da situação de liberdade do agente, denominando ambos de “fundamentos” das medidas cautelares. (2020, p. 941-943). No tocante ao segundo, o autor ainda destaca que a situação de risco deve ser atual, presente, o que se denomina de princípio da atualidade do perigo (op. cit., p. 944).

Além do requisito e do fundamento, Lopes Júnior elenca seis princípios que devem nortear a aplicação das medidas cautelares para garantir o seu assento constitucional, normas que encontram substrato constitucional ou legal (ainda que indireto). Vale ressaltar que tais princípios, assim como o requisito e o fundamento, são amplamente aceitos pela doutrina⁵⁸, apesar de nem sempre denominadas das mesmas formas.

De todo modo, na sistematização do autor tido como referência, o primeiro dos princípios é a *jurisdicionalidade e motivação*, consistente na exigência de ordem judicial fundamentada para a decretação da medida (op. cit., p. 317)⁵⁹. A fundamentação corresponde à indicação da necessidade da tutela que, para Nucci, reside no direito fundamental à segurança (2013, p. 288). Inclusive, a Lei n.º 13.964/19, que alterou o CPP, deu considerável

⁵⁶ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

⁵⁷ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; [...].

⁵⁸ Ver, por exemplo, Pacelli (2018, p. 398-405) e Lima (2020, p. 933-945).

⁵⁹ Além das diversas previsões do CPP que o materializam, o princípio tem assento constitucional, constante do art. 5º, inciso LXI: “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.”

destaque ao dever de fundamentação das decisões que aplicam prisão preventiva ou outras medidas cautelares, dispondo sobre a obrigatoriedade de indicação, no caso concreto, da “existência de fatos novos ou contemporâneos” que as justifiquem e apresentando situações em que não se considera fundamentado o pronunciamento (art. 315, §§1º e 2º).

A esse princípio, acrescenta-se por ora a necessidade de provocação – pelo Delegado de Polícia, Ministério Público, querelante ou assistente de acusação –, já que, com o advento da referida lei, nenhuma medida cautelar pode mais ser decretada de ofício pelo juiz, seja durante a investigação, seja no curso do processo (LIMA, 2020, p. 947)⁶⁰.

O segundo é o *contraditório*, que deve ser oportunizado previamente ao sujeito passivo, salvo quando inviabilizado pela urgência ou perigo de ineficácia da medida⁶¹ (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 318). Na visão de Lima, o contraditório exige a observância do primeiro princípio no que tange ao dever de fundamentação, pois “[...] com o conhecimento dos fundamentos da decisão, torna-se possível o exercício da ampla defesa e do contraditório em torno da comprovação dos pressupostos em que está assentado o pronunciamento jurisdicional [...]” (2020, p. 935).

O terceiro e o quarto princípios são a *provisionalidade e a provisoriedade*, que se afiguram como o caráter situacional⁶² e de curta duração das medidas. Ou seja, a manutenção de uma tutela cautelar está sujeita à indispensabilidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*, sendo que o desaparecimento de qualquer dos elementos enseja a necessidade de revogação ou substituição (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 319). E não apenas a manutenção: a exigência feita pela Lei 13.964/19, de que o juiz deve demonstrar os “fatos novos ou contemporâneos” para decretar as cautelares, é também uma exteriorização desses princípios.

O quinto e o sexto princípios, intimamente relacionados, são a *proporcionalidade*⁶³ e a *excepcionalidade*⁶⁴, este último específico para as prisões provisórias. A proporcionalidade orienta o julgador a ponderar a necessidade de acautelamento do processo (direito à segurança) com o gravame imposto pelas medidas cautelares ao direito à liberdade do indivíduo. Nesse sentido, eventual medida decretada deve ser (I) adequada – apta a alcançar as suas finalidades; (II) necessária – imprescindível para a

⁶⁰ Veja-se que a expressão “de ofício” foi suprimida das redações atuais dos artigos 282, §2º e 311, do CPP.

⁶¹ Nesse ponto, a Lei n.º 13.964/19 acrescentou uma parte final ao art. 282, §3º, do CPP, dispondo expressamente que “[...] os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”.

⁶² O caráter situacional está previsto no art. 282, §5º, do CPP.

⁶³ Trata-se da aplicação às medidas cautelares do *princípio da proporcionalidade* tal como proposto por Alexy.

⁶⁴ Como já trabalhado, a excepcionalidade também é diretriz para as prisões em geral.

realização de suas finalidades, inexistente medida menos gravosa e dotada de semelhante efetividade; e (III) proporcional em sentido estrito – o que significa que, como resultado da técnica da ponderação aplicada ao caso concreto, a necessidade daquela medida específica sobrepõe-se aos seus efeitos negativos (op. cit., p. 321-323).

A excepcionalidade das prisões provisórias, por sua vez, direciona o encarceramento cautelar à posição de *ultima ratio*, permitindo a sua imposição tão somente em situações extremas, em que não haja nenhum outro instrumento capaz de efetivamente proteger o processo. Com efeito, sua relação para com a proporcionalidade é evidente: as prisões provisórias são cabíveis apenas quando forem inadequadas ou insuficientes as cautelares pessoais diversas da prisão (op. cit., p. 321-323).

Essa conexão é muito bem explorada por Pacelli, cujos dizeres são dignos de transcrição:

É que a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares) (2018, p. 403).

E também por Lima, que, ao tratar da proporcionalidade das medidas cautelares em sentido estrito, afirma ser necessária a ponderação concreta entre os danos que serão causados ao titular do direito de liberdade, em virtude do gravame a lhe ser imposto, e os resultados que serão obtidos em termos de proteção à atividade persecutória, esta de interesse do Estado e da sociedade. Em se tratando de prisão cautelar, os malefícios potencializados pelas condições degradantes do sistema carcerário reforçam o seu caráter excepcional (2020, p. 937-938). Tendo isso em mente, o autor conclui o raciocínio com a seguinte afirmação:

Em síntese, a fim de se harmonizar a imposição de qualquer medida cautelar de natureza pessoal com o princípio da proporcionalidade, e com o objetivo de não se emprestar a ela função exclusivamente punitiva, que é própria do momento em que ocorre o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impõe-se concluir que sua decretação somente é possível quando, além de necessária e adequada, não resulte na imposição de gravame superior ao decorrente de eventual provimento condenatório (op. cit., p. 939).

Dada a sua importância, a lógica da excepcionalidade da privação de liberdade no curso do processo é reiterada em diversos dispositivos do Código de Processo Penal que

tratam da prisão preventiva (extensíveis também à prisão temporária), considerados anteriormente como efeitos jurídicos da presunção de inocência⁶⁵.

Em suma, a leitura feita pela doutrina (que parece ser majoritária quanto a este ponto) é de que as medidas cautelares – principalmente as encarceradoras – que não forem instituídas com amparo no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis*, e em respeito aos princípios indicados, não se legitimam diante do estado de inocência. A liberdade é a regra; sua restrição ou privação deve ser a exceção.

2.5.2.2 Prisão penal, sanções em geral e execução provisória

No tocante à prisão penal, *vários juristas brasileiros recorrem ao princípio da presunção de inocência para afirmar a inviabilidade da chamada execução provisória da pena, leia-se, da execução iniciada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (CARVALHO, 2009, p. 166; DEZEM, 2016, p. 693; LIMA, 2020, p. 52-53; MORAES, 2010, p. 534; GOMES FILHO, 1991, p.65; WUNDERLICH, 2007, p. 440). É muito comum o seguinte raciocínio: se a sanção penal, gênero em que se inserem as penas privativas de liberdade, constitui a “consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória” (BITENCOURT, 2012, p. 1848), sua incidência depende da certeza da culpa do indivíduo, que, conforme o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, advém da imutabilidade (endoprocessual) de tal decisão.

Nessa perspectiva, do ditame constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, deriva, por uma questão de lógica e coesão, a afirmação de que ninguém será preso ou sujeito a qualquer outra forma de sanção até o trânsito em julgado.

E, em reforço ao pensamento, é também corrente a referência à relação harmônica que se compõe entre a Constituição e a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), na medida em que esta impõe um modelo que, como regra geral, condiciona o início da execução da pena ao trânsito em julgado (WUNDERLICH, 2007, p. 434-435).

Veja-se que, para a doutrina brasileira, o instituto do trânsito em julgado consiste na imutabilidade da decisão dentro do processo, remetendo à ideia de coisa julgada formal. Assim, uma decisão que transita em julgado é uma decisão não mais passível de modificação

⁶⁵ Vale o destaque para o art. 321 e para o art. 282, §§ 4º e 6º. Este último, resultante das alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019, dispõe expressamente sobre a necessidade de fundamentação individualizada do não cabimento de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas.

por meio de recursos – quaisquer recursos, ordinários ou extraordinários (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 325; PACELLI, 2018, p. 56).

Ao lado de muitos outros valores concebidos para o processo penal pátrio, a tese da vedação à execução provisória da pena encontra amparo no pensamento garantista. Com efeito, Ferrajoli trabalha a presunção de inocência como uma das garantias decorrentes do “princípio de submissão à jurisdição” e explica que, por força dela, “sem um ‘juízo legal’ e antes da sua conclusão, nenhum homem pode ser tratado ou punido como culpado” (2002, p. 433). Mais à frente, o autor faz dois importantes esclarecimentos que reforçam a concepção: (I) a presunção permanece “até prova contrária decretada pela sentença definitiva do condenado” (op. cit., p. 441) e, (II) na ausência de processo ou condenação, o acusado não pode ser considerado culpado – deve ser tido como inocente – e não pode ser submetido a qualquer pena, nem a título preventivo (op. cit., p. 589).

Ademais, tal tese tem guarida também nas lições de direito processual penal de Claus Roxin, que dispõe ser a coisa julgada formal um pressuposto necessário para a execução da pena (2000, p. 503): “Em contraposição com o processo civil, no processo penal não há uma execução ‘provisória’, isto é, não é possível a execução sem coisa julgada” (op. cit., p. 435, tradução nossa⁶⁶).

De todo modo, em se tratando do sistema brasileiro, as duas noções anteriormente mencionadas – (I) de que a prisão, como espécie de sanção penal que é, depende da certeza da culpa, a qual advém com o trânsito em julgado, e (II) de que o trânsito em julgado corresponde à impossibilidade de reforma da decisão mediante qualquer recurso – dão consistência para a tese da inadmissibilidade da execução provisória da pena ainda que pendentes apenas os recursos extraordinário e especial. O raciocínio faz-se evidente nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini, ora transcritas:

Somente há *culpa*, e portanto, *prisão como execução de pena*, com o *trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, com o *fim do processo*, após o julgamento de todos os recursos. Chega-se a isso com a *interpretação literal*, com a *interpretação histórica* e com a *interpretação sistemática* (2016, itálicos do autor).

Embora o professor tenha se referido a vários métodos interpretativos, a tese em comento, também conhecida como a proibição da prisão em segunda instância, foi amplamente associada à dita literalidade do princípio da presunção de inocência, sobretudo

⁶⁶ Texto original: “*En contraposición con el proceso civil, en el proceso penal no hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada.*”

nos debates havidos no STF. E, no âmbito da corte, angariou adeptos desde os anos 90, que se mantiveram (ou se mantêm) fiéis a ela durante toda a sua judicatura – com destaque para Eros Grau, Ayres Britto, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Em suma, e retomando o que foi dito no início desta explanação sobre a regra de tratamento, para grande parte da doutrina, a prisão no curso do processo deve ser excepcional; o sacrifício da liberdade do indivíduo apenas se justifica pela necessidade de tutela de outro valor fundamental – a efetividade do processo ou a segurança social –, nunca como antecipação de pena (LIMA, 2020, p. 49-50; LOPES JÚNIOR, 2016, p. 362).

Distintas vozes, porém, argumentam no sentido de que o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado é possível, ainda que restrito a alguns contextos. Fernando Brandini Barbagalo, por exemplo, desenvolve extenso raciocínio centrado no manejo abusivo e protelatório do sistema recursal e na ausência de efeito suspensivo automático nos recursos extraordinário e especial para afirmar a possibilidade da execução antecipada da sentença condenatória confirmada em segunda instância, salvo havendo excepcional e casuística concessão de efeito suspensivo (2015, p. 137 e 150-153).

Nessa linha, confirmada a sentença condenatória pelas instâncias ordinárias, abrem-se as seguintes possibilidades. Interposto o recurso especial ou extraordinário ou ambos, caberia ao presidente do Tribunal *a quo*, responsável pelo juízo de admissibilidade inicial, analisar o caso concreto, os argumentos recursais para, então, recebendo o recurso, determinar se é o caso de atribuir efeito suspensivo ou determinar a execução do julgado (op. cit., p. 153).

Para o autor, a disciplina sobre a ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais⁶⁷ foi concebida como uma resposta legislativa para solucionar o problema da ineficiência na atividade jurisdicional, e sua correta interpretação já basta para legitimar o cumprimento de pena antecipado, não havendo necessidade de nova atuação do legislador nesse sentido (op. cit., p. 151).

Ao encontro de suas concepções, Douglas Fisher propõe que se proceda à interpretação sistêmica da Constituição para concluir que a prisão antes do trânsito em julgado, quando ainda pendentes os recursos excepcionais, não viola o princípio da presunção de inocência (2009, p. 13). Para ele, uma visão isolada do art. 5º, LVII, da Constituição, inclinada para a necessidade de exaurimento de todas as instâncias recursais, fere o princípio

⁶⁷ O autor menciona o antigo art. 27, §2º, da Lei n.º 8.038/90, que foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015. De todo modo, este diploma permite concluir pela manutenção da regra do efeito meramente devolutivo nos recursos extraordinário e especial a partir da combinação dos artigos 995 e 1.029, §5º.

da proporcionalidade, porquanto prestigie demasiadamente os interesses do réu, em detrimento da proteção à eficiência e à segurança pública (op. cit., p. 27-28).

E também Galtilênio da Cruz Paulino recorre ao princípio da proporcionalidade para afirmar que, diante do aparente conflito entre o direito de liberdade do acusado e os direitos à segurança e à efetividade do processo penal, pertencentes à sociedade, a melhor posição, capaz de preservar o núcleo essencial desses direitos, é permitir a execução da pena com o esgotamento das vias ordinárias, tanto pela sua aptidão para combater o indevido protelamento do processo (e eventual busca pela prescrição), quanto pela harmonia em relação à disciplina dos recursos extraordinários (2017, p. 221-227).

Além de leituras como essas, mais comuns entre os juristas, vale o destaque a um tipo diferente de discurso, acolhido, por exemplo, pelo Ministro Edson Fachin. Para ele, “o tratamento processual do acusado não se confunde com a possibilidade de se realizar sua prisão, cautelar ou para o cumprimento da pena”; está, na verdade, relacionado a uma série de deveres do Estado, como garantir a publicidade do processo, o julgamento por um magistrado imparcial e o exercício da defesa pelo réu, inclusive, o privilégio à não autoincriminação (FACHIN, 2019, p. 19). Em suma, a ideia, popular no âmbito do Supremo, reside no fato de que a locução constitucional “será considerado culpado”, não faz referência à prisão. Os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux acrescentam também que a prisão foi tratada pelo constituinte em dispositivos diversos do art. 5º, LVII, e tem como pressuposto a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, e não o trânsito em julgado (BRASIL, 2018c, p. 174, 236-237).

Ainda, vale nova referência à tese de Gilmar Mendes, que também trata da viabilidade em abstrato da execução provisória da pena no ordenamento brasileiro: o ministro identifica o núcleo intangível do direito fundamental à presunção de inocência como sendo a regra probatória e atribui competência ao legislador para definir os contornos da regra de tratamento, com, possibilidade, inclusive, de que as restrições impostas ao acusado evoluam de acordo com o estágio do procedimento (entre 2014 e 2016, p. 4-5).

À época de sua elaboração, o ministro considerava que a conformação legal já estaria ditada pelo regramento dos recursos extraordinários, num pensamento alinhado com os de Barbagalo, Fisher e Paulino:

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 (op. cit., p. 7).

E, apesar de ter se mantido firme no raciocínio sobre o núcleo essencial, o ministro alterou gradualmente o seu posicionamento, até que, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, votou pela necessidade de aguardo do trânsito em julgado por entender que seria a melhor orientação à luz do contexto normativo e fático então vigente (MENDES, 2019e, p. 10, 19). Mas sem deixar de reafirmar o espaço discricionário deixado ao legislador, que, teoricamente, poderia instituir a execução antecipada via reforma constitucional ou legislativa, alterando o conceito de trânsito em julgado:

Independentemente do entendimento firmado por este Tribunal sobre a matéria, em perspectiva de *lege ferenda*, entendo que é plausível a possibilidade de trânsito em julgado da condenação após o pronunciamento em nível de cassação, por tribunal equiparado ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, por exemplo. Contudo, **essa opção precisaria ser feita pelo legislador brasileiro**, e não por nós julgadores [...] (op. cit., p 19-20, grifo nosso).

E, à semelhança do ministro, Lima defende a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena por entender que a busca por eficiência no processo penal não pode se sobrepujar ao atual conteúdo da Constituição (2020, p. 53), mas aceita a competência do legislador para alterar a matéria:

Portanto, a nosso juízo, a solução para o caos do sistema punitivo brasileiro deve passar por uma mudança constitucional ou legislativa – e não jurisprudencial [...] – para que seja antecipado o momento do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de 2ª instância, hipótese em que os recursos extraordinários obrigatoriamente teriam que ter sua natureza jurídica alterada para sucedâneos recursais externos (op. cit, p. 55).

Cabe ressaltar, porém, que, na opinião de outros autores, como Pacelli (2018, p. 56), uma alteração dessa monta apenas poderia ser realizada via emenda constitucional.

Na doutrina, as vozes em apoio à compatibilidade do cumprimento antecipado de pena com o ordenamento jurídico brasileiro, ao menos em sua configuração vigente, parecem ser minoritárias. Em contrapartida, na esfera do STF, a questão é controversa desde 2003, objeto de um debate que dividiu o tribunal durante mais de 16 anos. Ilustrativos nesse sentido são os quóruns de votação dos julgados paradigmáticos⁶⁸ de 2009, 2016, 2018 e 2019, sempre de sete contra quatro ou seis contra cinco.

⁶⁸ Os julgados paradigmáticos encontram-se identificados no capítulo metodológico, subseção 1.3.2.1.

O resultado foi a construção de uma jurisprudência oscilante entre admitir e inadmitir a execução provisória, com viradas em curtos espaços de tempo, atreladas a interpretações diversas do princípio da presunção de inocência, em face de um texto normativo inalterado. Uma jurisprudência que, independentemente dos méritos de cada variação, expõe os amplos poderes do tribunal e de seus ministros.

3 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

3.1 Nota introdutória

O terceiro capítulo deste trabalho tem como conteúdo principal a narrativa histórico-evolutiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da execução antecipada da pena de prisão na vigência da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, valeu-se das informações coletadas a partir da pesquisa em julgados para apresentar o *desencadeamento cronológico dos eventos no tribunal*, com destaque para cada um dos julgamentos ditos paradigmáticos, desde o HC n.º 68.726/DF, de 1991, até as ADCs n.º 43, 44 e 54, de 2019.

Porém, antes de mergulhar na questão jurisprudencial, e de maneira acessória, o capítulo se inicia com uma abordagem legislativa do princípio da presunção de inocência, percorrendo a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro e a evolução da disciplina processual penal que lhe é mais pertinente, nos cenários anterior e posterior à Constituição.

3.2 Breves considerações sobre a consagração constitucional do princípio da presunção de inocência e a evolução da legislação processual penal pertinente

O princípio da presunção de inocência é uma das tantas garantias consagradas pela Constituição Federal de 1988 em seu afã de fundar um modelo de Estado democrático de direito, orientado pela dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico. Embora seja possível vislumbrar, nas constituições anteriores, fórmulas bastante embrionárias no sentido de que ninguém poderá ser preso ou conservado em prisão “sem culpa formada”, seguidas de margens a exceções⁶⁹, a CF/88 foi revolucionária ao desenhar os contornos da norma, em especial, consagrando-a no rol de direitos e garantias fundamentais e atribuindo-lhe marco temporal expresso (WEBER, 2019, p. 11). Por esse motivo, Maurício Zanoide de Moraes afirma que “a presunção somente ingressou no sistema jurídico brasileiro a partir de 1988”.

Considerando o processo penal em geral, o empenho do constituinte manifestou-se pela concepção de um sistema de base acusatória, mais paritário e garantista, que veio a se

⁶⁹ Há previsões desse tipo na Constituição Política do Império de 1824 (art. 179, VIII), na Constituição da República de 1891 (art. 72, §14) e na Constituição do Estado Novo de 1937 (art. 122, §11).

chocar com a disciplina marcadamente inquisitorial e autoritária do Código de Processo Penal vigente (PACELLI, 2018, p.18).

Este diploma, elaborado durante o Estado Novo e com influência da produção legislativa da Itália fascista, não apenas foi omisso quanto ao estado de inocência, mas apartou-se completamente de sua lógica. Assim, pautado na ideologia de restringir direitos individuais em prol do necessário rigor na aplicação da justiça penal – com prestígio quase que exclusivo à segurança pública em detrimento da liberdade individual – o diploma consagrava verdadeira “presunção de culpabilidade”, conferindo o tratamento de “potencial e virtual culpado” aos investigados e acusados (op. cit., p. 21-23; MORAES, 2010, p. 207-210).

A índole repressiva do código, especialmente no que tange à presunção de culpabilidade, é verificada, dentre outras manifestações⁷⁰, por seus vários dispositivos encarceradores. Por ora, quatro deles merecem especial atenção.

O primeiro é a redação original do artigo 312 do CPP, que trazia a regra da obrigatoriedade da prisão preventiva para os crimes com pena máxima abstrata igual ou superior a dez anos, independentemente de qualquer outro requisito e sem possibilidade de análise judicial.

O segundo é o antigo artigo 393, I, do CPP, que consagrava a prisão como efeito da sentença penal condenatória recorrível nas infrações inafiançáveis e também nas afiançáveis enquanto não fosse prestada a fiança.

O terceiro é o artigo 408, §1º, que, em sua enunciação mais primitiva, conferia o mesmo efeito à sentença de pronúncia.

O quarto dos dispositivos em destaque é o revogado artigo 594, que, amarrando o tratamento severo destinado aos réus que tinham contra si formado um juízo preliminar de culpa, impunha o recolhimento à prisão como condição obrigatória para o exercício do direito de recurso (salvo se o réu prestasse fiança ou se livrasse solto⁷¹). Referida regra inspirou a posterior inclusão de previsões inibidoras do direito ao recurso na legislação penal extravagante – por exemplo, na Lei n.º 6.368/1976 (antiga Lei de Drogas), na Lei n.º 9.034/1995 (antiga Lei do Crime Organizado) e na Lei n.º 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)⁷².

⁷⁰ Outro exemplo bastante forte nesse sentido é o regramento puramente inquisitório da fase de investigação, aferido pelo tratamento de objeto destinado ao acusado, desprovido de qualquer direito que pudesse interessar à sua defesa, em especial, do direito ao contraditório, pelo caráter sigiloso e pelo controle político indireto exercido pelo poder central, através da Polícia e do Ministério Público (MORAES, 2010, p. 211).

⁷¹ A possibilidade de o réu “livrar-se solto”, prevista no artigo 309, do CPP, não tem mais aplicação prática.

⁷² A Lei dos Crimes Hediondos foi, inclusive, publicada posteriormente à vigência da Constituição de 1988. O art. 2º, §3º, que permite ao juiz decidir fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade após sentença

Por fim, o quinto é o artigo 596. Segundo a redação original, tratando-se de crime com pena máxima de reclusão igual ou superior a 8 anos, nem mesmo a sentença absolutória teria o condão de restituir a liberdade ao réu, bastando a apelação da acusação para mantê-lo preso.

Nas décadas de 1960 e 1970, contudo, o diploma foi submetido a alterações que mitigaram a presunção de culpabilidade. Em 1967, a Lei n.º 5.349 extinguiu a prisão preventiva automática, conferindo ao artigo 312 redação semelhante à atual.

Alguns anos depois, a Lei n.º 5.941/1973, apelidada de Lei Fleury, modificou o art. 594 para restringir a necessidade de recolhimento à prisão para apelar somente aos réus reincidentes ou portadores de maus antecedentes criminais (salvo se prestassem fiança ou se livrassem soltos). E, seguindo a lógica, referida lei também inseriu o §2º ao art. 408, permitindo ao juiz deixar de decretar a prisão para réus primários e de bons antecedentes na ocasião da pronúncia. Além disso, extirpou do ordenamento a possibilidade de manutenção do cárcere em função da apelação da sentença absolutória, alterando o art. 596, do CPP.

Portanto, após a Lei Fleury, a prisão de caráter automático, fundada em alguma presunção instituída pelo legislador, continuou existindo, embora restrita aos casos de sentença condenatória recorrível ou decisão de pronúncia, e apenas para os réus reincidentes ou portadores de antecedentes criminais. E, mesmo depois de promulgada a CF/88, os tribunais superiores ainda a defendiam, justificando-a como hipótese de prisão cautelar. E defendiam também a prisão obrigatória para a interposição de recurso (LIMA, 2020, p. 1118). Para as cortes, as normas do CPP haviam sido recepcionadas pela nova Constituição⁷³.

Todavia, há tempos já prevalecia na doutrina a visão de que todos os dispositivos mencionados são inconcebíveis na ordem do estado de inocência (LIMA, 2020, p. 1119; WUNDERLICH, 2007, p. 433). A crítica recai especialmente sobre o automatismo da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou de decisão de pronúncia, inexistentes as características essenciais das medidas cautelares, o que leva a concluir pela sua natureza sancionatória – “verdadeira execução provisória da pena” (LIMA, op. cit.; WUNDERLICH, op. cit.) – ou, ao menos, pela sua natureza de prisão “anômala” (CARVALHO, 2009, p. 163-164); de todo modo, incompatível com a presunção de inocência.

Ademais, também já se afirmava que o recolhimento à prisão como requisito para a apelação de réu reincidente ou portador de maus antecedentes (art. 594 do CPP), além de

condenatória, não foi revogado até o momento atual. Contudo, os tribunais superiores passaram a reconhecer a necessidade de esta fundamentação estar vinculada aos requisitos das prisões cautelares.

⁷³ Veja-se, a título de exemplo: Brasil (1999, 2002).

contrário à presunção de inocência, viola os princípios do contraditório e da ampla defesa (op. cit, p. 148-149).

De todo modo, os artigos 408, §1º, 594 e 393, inciso I, somente foram revogados depois de transcorrido um bom tempo de vigência da Constituição⁷⁴, por ocasião de algumas das mais importantes reformas promovidas no código: a primeira pela Lei n.º 11.689, a segunda pela Lei n.º 11.719, ambas do ano de 2008, e a terceira pela Lei n.º 12.403, do ano de 2011(LIMA, 2020, p. 1121; PACELLI, 2018, p. 18-19).

Aliás, as leis de 2008, numa clara tentativa de diminuir o descompasso entre o código e a Constituição, acrescentaram ao procedimento do júri e ao procedimento comum regras que condicionavam a imposição ou a manutenção da prisão na decisão de pronúncia ou na sentença condenatória à presença dos requisitos da prisão preventiva, afastando a lógica do encarceramento automático (arts. 492, I, “e” e 387, p. único⁷⁵, respectivamente).

A Lei n.º 12.403/11, por sua vez, é sempre rememorada pelo mérito de ter introduzido no processo penal brasileiro as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, superando, assim, o limitado cenário bipolar representado, de um lado, pela liberdade provisória (com ou sem fiança) e, de outro, pela prisão cautelar – as únicas opções passíveis de adoção pelo juiz em relação ao suspeito durante a persecução⁷⁶ (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 17-21). Mas seus avanços não param por aí: ainda na linha da cautelaridade, o diploma estabeleceu os pressupostos e disciplinou a aplicação das medidas cautelares pessoais, reduziu as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva e consagrou o seu caráter excepcional⁷⁷.

E, especialmente ao tema do presente trabalho, importa salientar que, além de ter sido responsável pela revogação do art. 393, do CPP, reforçando a vedação ao cárcere *ex lege*, a Lei n.º 12.403/11 acrescentou uma nova regra ao art. 283, *caput*. O enunciado, claramente inspirado no art. 5º, incisos LVII e LXI, da CF/88, e muito próximo à redação contemporânea,

⁷⁴ Apesar disso, Lima ressalta que, à época da edição das leis revogadoras, os tribunais superiores já haviam deixado de aplicá-los isoladamente, exigindo sua interpretação em conjunto com o art. 312 do CPP, que trata da prisão preventiva (2020, p. 1121).

⁷⁵ Note-se que, em 2012, o enunciado foi realocado para o §1º do art. 387.

⁷⁶ Nesse sentido, bastante esclarecedora a lição de Lima: “[...] no sistema originalmente previsto pelo CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória, seja com a obrigação de comparecer aos atos processuais, na hipótese de liberdade provisória sem fiança, seja mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse intimado para os atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 8 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado, no caso de liberdade provisória com fiança” (2020, p. 931).

⁷⁷ Tais novidades são verificáveis nos artigos 313, incisos e atual parágrafo primeiro, 282, §6º (posteriormente alterado pela Lei 13.964/19) e 315 (também alterado pela Lei 13.964/19), todos do CPP.

dispõe sobre as modalidades de prisão admissíveis na ordem penal e processual penal brasileira⁷⁸. Nesse ponto, é cabível uma breve colocação, a ser retomada na subseção seguinte: na visão dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, a norma editada pelo legislador em 2011 veio para consolidar a virada jurisprudencial que ocorrera dois anos antes, quando a corte declarou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena (WEBER, 2019, p. 30; MENDES, 2019e, p. 9).

Em 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei n.º 13.964, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”. O diploma, resultante da junção de propostas constantes em diversos projetos de lei – numa combinação nada harmônica –, foi responsável pela maior alteração no Código de Processo Penal desde a sua promulgação (LIMA, 2020, p. 104-105).

Por ora, merecem destaque as várias modificações introduzidas na disciplina das prisões e demais medidas cautelares, orientadas a evitar o uso inadequado dos institutos, sobretudo, o abuso da privação de liberdade a título assecuratório. Nesse sentido, a lei, dentre outras coisas: (I) vedou a decretação de medidas cautelares de ofício em qualquer fase da persecução; (II) aprimorou o dever de fundamentação da ordem judicial, exigindo a indicação de fatos concretos e contemporâneos que denotem a necessidade da medida e, no caso da prisão, que denotem também a insuficiência das cautelares pessoais diversas, bem como importando do Código de Processo Civil o rol de hipóteses de fundamentação insuficiente; (III) reforçou a regra do contraditório prévio, impondo a adequada justificação das exceções com base na urgência ou no perigo de ineficácia da medida; e (IV) proibiu expressamente a utilização de prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena⁷⁹.

Finalmente, embora a Lei n.º 13.964/19 tenha alterado também o art. 283, o conteúdo do dispositivo permaneceu essencialmente o mesmo; houve mera substituição das espécies “prisão temporária” e “prisão preventiva” pelo gênero “prisão cautelar”.

Essa breve retomada histórica da legislação brasileira denota o abismo que se formou entre a disciplina de um Código de Processo Penal autoritário, com fortes marcas inquisitivas, e as diretrizes de uma Constituição democrática, fundadora de um modelo processual acusatório acompanhado de todas as garantias indispensáveis ao devido processo legal. Um abismo que, embora atenuado por reformas parciais em diversos temas tratados pelo código, ainda não foi superado.

⁷⁸ O tema foi abordado com mais detalhes no capítulo 2, subseção 2.5.2.

⁷⁹ Ver os seguintes dispositivos: (I) art. 282, §2º e art. 311; (II) art. 312, §2º; art. 282, §6º e art. 315, §§1º e 2º; (III) art. 282, §3º e (IV) art. 313, §2º do CPP, todos incluídos ou modificados pela Lei n.º 13.964/19.

O fato contribuiu – e contribui – para fomentar a atuação proativa dos tribunais superiores em assuntos especialmente caros ao direito fundamental de liberdade e instiga a formação de blocos internos nos órgãos colegiados. A prática leva a resultados finais variáveis e flutuantes, que ora se inclinam à lógica mais garantista da Constituição e ora se aproximam à índole mais rigorosa do diploma processual.

3.3 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena privativa de liberdade⁸⁰

As subseções seguintes dedicam-se ao estudo de importantes episódios protagonizados pelo Supremo, em especial, dos julgados ditos paradigmáticos. Apesar de algumas breves e inevitáveis anotações contextuais, a serem retomadas em capítulo próprio, intencionam apresentar ao leitor o desenvolvimento cronológico da matéria.

3.3.1 Habeas Corpus n.º 68.726/DF: a orientação prevalente durante vinte anos de vigência da Constituição

O Supremo Tribunal Federal já havia passado a condicionar o início da execução ao trânsito em julgado da sentença condenatória antes da Lei n.º 12.403, de 2011 (e da norma inserida no art. 283, *caput*, do CPP), fazendo-o com base na interpretação dita literal do art. 5º, LVII, da Constituição. Contudo – e a despeito de seu mérito –, essa posição é tida como bastante tardia, já que foi pacificada pelo STF mais de 20 anos depois da consagração de seu fundamento.

Com efeito, aponta-se o HC n.º 68.726/DF, de 28 de junho de 1991⁸¹, como *o primeiro precedente paradigmático da corte sobre o tema da execução provisória e sua relação com o princípio da presunção de inocência* (PAULINO, 2017, p. 209; ASSIS, 2018,

⁸⁰ Esta subseção foi elaborada a partir do método da pesquisa em julgados, uma das ferramentas empíricas deste estudo de caso, descrita no capítulo metodológico.

⁸¹ **EMENTA:** “*Habeas corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. **A ordem de prisão, em decorrência** de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia **ou de decisão de órgão julgador de segundo grau**, é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. **Não conflita com o art. art. 5º, inciso LVII, da Constituição**. De acordo com o par. 2 do art. 27, da Lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido”. (BRASIL, 1992, grifos nossos).

p. 143), embora seja verdade que, na ocasião, a prisão decorrente de condenação em segunda instância foi considerada de “natureza processual”, o que não condiz com o entendimento hoje majoritário⁸². De todo modo, o Plenário entendeu que tal modalidade de encarceramento seria compatível com o princípio da presunção de inocência por unanimidade de votos⁸³.

O fundamento acolhido pelos ministros foi a ausência de efeito suspensivo no recurso extraordinário e no recurso especial. E a orientação, consolidada logo no início da nova ordem constitucional, foi mantida, ao menos pelo órgão máximo do tribunal, até 2009.

Esse período inicial foi marcado também por posições mais extremas, verificáveis, sobretudo, em vários julgados da Segunda Turma que defenderam a compatibilidade das prisões decorrentes da sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia com o mandamento constitucional da inocência, sob argumentos diversificados.

No HC n.º 80.174/SP (BRASIL, 2002a)⁸⁴, por exemplo, a turma admitiu a execução provisória da pena quando a apelação não fosse dotada de efeito suspensivo e confirmou a vigência do art. 594, do CPP, exigindo, como regra, o recolhimento ao cárcere para o processamento das apelações, o que acabava por atribuir caráter excepcional ao direito de recorrer em liberdade.

Outro julgado ilustrativo é o HC n.º 79.376-2/RJ (BRASIL, 2004b), em que a Segunda Turma defendeu a prisão derivada de sentença condenatória recorrível sem, contudo, definir com exatidão a sua natureza, justificando-a com base na índole acautelatória e, ao mesmo tempo, na ausência de execução definitiva. Essa sobreposição era frequente nas decisões da corte; já havia ocorrido, por exemplo, no HC n.º 68.726/DF.

⁸² Isso em função da desnecessidade de comprovação do requisito do *periculum libertatis*, típico das medidas cautelares, conforme abordado no item 2.5.2.1. De fato, nota-se que a ementa do julgado consigna uma distinção entre a ordem de prisão decorrente de “custódia preventiva” e de “decisão de órgão julgador de segundo grau”.

⁸³ À época, o STF era composto pelos seguintes ministros: Sydney Sanches (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Contudo, na sessão de julgamento do HC n.º 68.726/DF, Sydney Sanches, Celso de Mello e Marco Aurélio estiveram ausentes. Assim, houve um total de oito votos.

⁸⁴ **Ementa:** “HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO, PRATICADO POR PACIENTE QUE CUMPRIA PENA PELO MESMO DELITO EM REGIME SEMI-ABERTO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPUGNAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1. A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível - salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I) - e a apelação não tem efeito suspensivo (CPP, artigo 597, primeira parte). 2. Para ser admitida a apelação, a regra é que o condenado seja recolhido à prisão e a exceção é que recorra em liberdade, o que só pode ocorrer em três hipóteses: a) que preste fiança, quando for o caso; b) que seja ao mesmo tempo primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; ou c) que tenha sido condenado por crime de que se livre solto (CPP, artigo 594). 3. A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória, **mas não impede que se inicie a execução provisória, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo.** [...] Habeas-corpus conhecido, mas indeferido”. (BRASIL, 2002a, grifo nosso).

Com o tempo, referido órgão passou a desaprovar o encarceramento unicamente baseado na sentença condenatória recorrível, entretanto, manteve-se firme à tese consolidada pelo Plenário em 1991 – de que a prisão seria legítima a partir da condenação em segunda instância, em função da ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial. Desde então, houve certo consenso sobre a natureza de execução provisória da pena⁸⁵.

3.3.1.1 Decisões precursoras da primeira virada jurisprudencial

Os primeiros passos para a alteração do cenário inicial foram dados mais de dez anos após a entrada em vigor da CF/88, quando *a Primeira Turma*⁸⁶ submeteu ao Plenário, em setembro de 2003, a análise da Reclamação n.º 2391/PR. Em síntese, ajuizou-se a medida para contestar uma prisão inicialmente fundamentada na cautelaridade e que, depois de ser declarada ilegal pela turma via *habeas corpus*, foi mantida pela primeira instância sob o argumento de que a superveniência de sentença condenatória constituiria título hábil a sustentá-la. A polêmica em torno da reclamação atingiu a questão da inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, inicialmente levantada pelo Ministro Marco Aurélio⁸⁷, e levou os julgadores a decidirem, por unanimidade, pela remessa ao órgão máximo (BRASIL, 2008a).

A partir de então, a turma passou a suspender os processos que versavam sobre o tema para aguardar a decisão do Plenário, e a determinar, liminarmente, a soltura dos acusados presos antes do trânsito em julgado, por força da presunção de inocência⁸⁸.

Instaurou-se, assim, uma divergência entre as turmas do STF, que poderia ter sido superada com o julgamento da Reclamação n.º 2391/PR. Entretanto, quando o Pleno apreciou a referida medida, em março de 2005 (na forma de uma questão de ordem), acabou por declará-la prejudicada em função da perda superveniente do objeto (BRASIL, 2008b).

⁸⁵ Nesse sentido: Brasil (1997, 2002b).

⁸⁶ No ano de 2003, a Primeira Turma era composta pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ayres Bitto, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

⁸⁷ Ao votar pela concessão da ordem no *habeas corpus* cujo alegado descumprimento fora a causa de pedir da Reclamação n.º 2391/PR, o ministro havia dito: “[...] a premissa do meu voto é no sentido de que só podemos ter a execução da pena a partir do trânsito em julgado” (BRASIL, 2003, p. 240).

⁸⁸ A título de exemplo: **Ementa:** “PENA - EXECUÇÃO - PENDÊNCIA DE RECURSO - MATÉRIA EM EXAME NO PLENÁRIO - *HABEAS CORPUS* - PROCESSO - SOBRESTAMENTO E LIMINAR. O fato de o imediato cumprimento de pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão condenatória, encontrar-se sob exame do Pleno do Supremo Tribunal Federal - Reclamação n.º 2.391 - **direciona à suspensão dos processos em curso sobre idêntica matéria e o deferimento de liminar para soltura do réu**”. (BRASIL, 2004a, grifo nosso).

Foi apenas em dezembro de 2006 que o desacordo começou a ser vencido, por ocasião do julgamento do *HC n.º 88.174/SP* (BRASIL, 2007b). Nele, *a Segunda Turma, mediante votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena quando ausentes os fundamentos da cautelaridade.*

Mas um lance ainda maior para a modificação da jurisprudência que se formara a partir de 1991 foi dado na decisão do *RHC n.º 89.550/SP*, de 27 de março de 2007⁸⁹, *quando a turma reiterou o entendimento, desta vez por unanimidade de votos*⁹⁰.

Sob a condução do Ministro Eros Grau, a tese vencedora apontou que a Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal) condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em conformidade com a lógica do art. 5º, LVII, da CF/88, além de ser posterior ao CPP. E, por esses motivos sobrepor-se-ia – material e temporalmente – ao regramento do art. 637 deste diploma, o qual dispõe sobre o efeito meramente devolutivo do recurso extraordinário. Consequentemente, durante o curso do processo, apenas seria admissível a prisão cautelar (BRASIL, 2007a, p. 331, 333).

Ademais, consignou que a execução antecipada viola o princípio da ampla defesa, exercido também na fase recursal extraordinária (op. cit., p. 334).

E também reputou eventuais entendimentos contrários como pautados na “conveniência dos magistrados – não do processo penal”, orientados a diminuir o número de recursos nas cortes e a satisfazer interesses punitivistas de grupos externos de pressão, em detrimento das garantias constitucionais (op. cit., p. 339-340).

⁸⁹ **Ementa:** “[...] INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa [...]. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. [...] A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. [...] É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido e provido, em parte, para assegurar ao recorrente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação.” (BRASIL, 2007a).

⁹⁰ Em março de 2007, a Segunda Turma do STF era composta pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Gilmar Mendes. Apenas este último não esteve presente no julgamento do RHC n.º 89.550-6/SP.

É de se notar, contudo, que essa fundamentação não fora concebida especificamente para o processo em questão, mas integrava o voto já elaborado por Eros Grau para outro feito de sua relatoria: o *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG (BRASIL, 2010), afetado e pendente de julgamento pelo Tribunal Pleno.

3.3.2 *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG: a primeira virada jurisprudencial

3.3.2.1 O longo trâmite processual anterior à apreciação do Plenário

A despeito da certa convergência alcançada entre os órgãos fracionários do STF no tocante à impossibilidade de execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, não havia ainda uma decisão do Plenário que oficializasse tal entendimento. Aliás, várias decisões liminares, colegiadas e monocráticas, eram concedidas para obstar a execução antecipada e sobrestar os autos até o julgamento definitivo de um processo que já havia sido afetado ao órgão máximo no final de 2004: o HC n.º 84.078/MG (BRASIL, 2010). Esse julgamento definitivo, entretanto, somente ocorreu em fevereiro de 2009.

O caso em questão versava sobre suposto crime de tentativa de homicídio qualificado⁹¹ praticado por O.C.V.. O *writ* dirigido ao Supremo foi impetrado contra o acórdão denegatório do Superior Tribunal de Justiça em outro *habeas corpus*, decisão que argumentava que a privação da liberdade do réu após a confirmação da condenação em segundo grau não seria contrária ao princípio da presunção de inocência.

Na verdade, houve certa confusão acerca da natureza da prisão decretada ao acusado: a ordem judicial foi lacônica, atendo-se a acolher genericamente o requerimento feito pelo Ministério Público de Minas Gerais que, por sua vez, baseava-se tanto na execução provisória da pena quanto na necessidade de custódia cautelar devido ao risco de fuga. E, na petição dirigida ao STJ, conquanto tenha o impetrante manifestado a sua dúvida quanto à natureza do cárcere, alegou tão somente a inidoneidade fática dos fundamentos da prisão preventiva para pleitear a liberdade (op. cit., p. 1051-1052).

⁹¹ Conquanto tenha se tratado de crime de competência do Tribunal do Júri, a pena imposta por tal órgão foi corrigida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Por essa razão, os Ministros do STF trataram a questão em debate como a possibilidade ou não de se executar a pena após o esgotamento da segunda instância, situação distinta da atual discussão sobre a viabilidade da “execução imediata” da condenação pelo Tribunal do Júri (RE n.º 1.235.340/SC).

Assim, o acórdão do STJ destoou-se do pedido de O.C.V., mas acabou abrindo espaço para que se instaurasse nova discussão sobre a amplitude do princípio da presunção de inocência no STF.

Neste tribunal, o Ministro Nelson Jobim, a princípio, indeferiu monocraticamente a medida liminar que acompanhava o remédio constitucional. No entanto, em 12 de maio de 2004, reconsiderou e concedeu a medida, entendendo que não estariam presentes os requisitos para a prisão cautelar. Jobim não entrou na discussão sobre a execução provisória porque não era esse o fundamento do pedido do impetrante (op. cit., p. 1053).

O julgamento do mérito do processo iniciou-se no dia 26 de outubro de 2004, pela Primeira Turma⁹². Na ocasião, o Ministro Eros Grau, ora relator, denegou a ordem de *habeas corpus*, não por entender ser cabível a prisão preventiva e sim por verificar que já havia decisão condenatória de segunda instância, o que, de acordo com a jurisprudência do tribunal, autorizava a execução antecipada (op. cit., p. 1068).

Após o voto do relator, o Ministro Ayres Britto pediu vista e, em 24 de novembro de 2004, apresentou proposta de afetação ao Plenário, pois, conforme ressaltou, já era “chegada a hora remeter ao Pleno essa matéria de uma vez por todas. As duas Turmas dissentem e o fazem reiteradamente” (op. cit., p. 1071). A proposta foi acolhida pela maioria dos ministros da turma, mas não sem um debate prévio.

3.3.2.2 O julgamento pelo Plenário

Transcorridos quase quatro anos da afetação, com a sucessão de três ministros⁹³, teve início o exame pelo Plenário (em 09 de abril de 2008). À época, o Supremo era então composto pelos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Gilmar Mendes, sendo este último o presidente. De todos esses julgadores, apenas os dois primeiros já integravam a corte desde 1991, embora, coincidentemente, ambos estivessem ausentes na sessão de julgamento do HC n.º 68.726/DF.

A postergação talvez tenha sido essencial para que o Ministro Eros Grau voltasse atrás em seu posicionamento, empenhando-se agora em demonstrar a inviabilidade da prisão como antecipação de pena (op. cit., p. 1079-1091). Posteriormente, seus argumentos

⁹² Composição da Primeira Turma do STF no período: Ministro Sepúlveda Pertence (presidente) e Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto e Eros Grau.

⁹³ Deixaram a corte os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

dariam corpo à ementa do precedente. Entretanto, o julgamento foi novamente interrompido, desta vez por um pedido de vista de Menezes Direito (op. cit., p. 1092).

O processo somente veio a ser definitivamente julgado em 05 de fevereiro de 2009. Foram necessários mais de cinco anos de tramitação e três sessões de julgamento⁹⁴ para que o STF, com arranjo quase que totalmente renovado (e agora completo) e mediante o apertado quórum de sete votos contra quatro, *firmasse um novo paradigma em sua jurisprudência – o da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena*⁹⁵. A histórica decisão veio no compasso do processo de autoexpansão das competências do tribunal e guarda relação também com o início de uma agenda voltada à mitigação dos problemas do sistema penitenciário brasileiro⁹⁶.

3.3.2.2.1 Argumentos em debate

Interessante é notar que vários dos argumentos levantados pelos ministros, tanto os que contribuíram para a formação do novo entendimento, quanto os em defesa da execução a partir da segunda instância, não eram novos; estavam postos num debate já instaurado na doutrina⁹⁷ e no próprio tribunal⁹⁸. Aliás, conforme anteriormente mencionado, o cerne da

⁹⁴ Uma da Primeira Turma e duas do Plenário.

⁹⁵ **Ementa:** “*HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa [...]. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. [...] A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. [...] A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. [...]. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.” (BRASIL, 2010).

⁹⁶ O contexto do julgamento será objeto da subseção 5.4.5.2, do capítulo 5, à qual se remete a leitura.

⁹⁷ São exemplos os seguintes trabalhos acadêmicos: Gomes Filho (1991, 1994), Wunderlich (2007), Wunderlich e Carvalho (2007) e Tucci (2001).

⁹⁸ O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, vinha apresentando postura contrária à jurisprudência firmada pelo Plenário do STF ao menos desde 1995, inclusive proferindo decisões monocráticas nesse sentido. Vale a menção ao seguinte trecho extraído de seu voto no RHC n.º 71.959/RS: “[...] conheço do recurso interposto e o provejo, a

fundamentação que acabou prevalecendo já constara da publicação do RHC n.º 89.550/SP (BRASIL, 2007a), devido ao mesmo relator. E, diante da permanência da controvérsia, os mesmos argumentos continuaram a ser utilizados nos julgamentos posteriores, repaginados para atenderem às vicissitudes de novos contextos sociopolíticos.

Assim, a tese da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena foi articulada em torno da dita “clareza” da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência, ante a qual apenas seria admissível a prisão antes do trânsito em julgado quando fundada na cautelaridade (BRASIL, 2010, p. 1082-1083).

A partir do argumento principal, abordou a questão da prevalência dos dispositivos da LEP ao texto do art. 637, do CPP (referente ao mero efeito devolutivo do recurso extraordinário) (op. cit., p. 1080). E, nesse mesmo raciocínio, consignou que o antigo artigo 27, §2º, da Lei n.º 8.038/1.990, outra previsão sobre o efeito meramente devolutivo, fora fruto de uma política criminal reacionária, repressiva, motivada pela pressão popular e, portanto, deveria ceder em face da previsão do art. 5º, LVII, da CF/88 (op. cit., p. 1084).

A fundamentação transitou também pelo prestígio a outros princípios constitucionais que obstariam a execução antecipada, como a ampla defesa e a isonomia. Em respeito a esta última, tratada como a coerência na aplicação do direito, não seria razoável, na visão de Eros Grau, vedar a execução antecipada das penas restritivas de direitos, tal como a corte vinha fazendo de maneira quase pacífica, mas permitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade. Na verdade, esta, porquanto mais gravosa, deveria exigir ainda maior certeza (op. cit., p. 1082-1083).

Interessante notar que, além de Eros Grau, também Cezar Peluso, Celso de Mello, Ayres Brito e Gilmar Mendes manifestaram-se sobre a necessidade de manutenção da coerência entre os julgados da corte⁹⁹ (RODRIGUES; ARANTES, 2019, p. 35).

fim de, tornando definitiva a liminar que concedi, assegurar ao Recorrente a liberdade, a proteção quanto a não vir a cumprir a sentença até que se opere a coisa julgada e, portanto, venha à baila a certeza sobre a culpa, o que pressupõe a preclusão maior, a teor do princípio insculpido no inciso LVII do rol das garantias fundamentais” (BRASIL, 1997). Também o Ministro Cezar Peluso já afirmara, quando da apreciação da Reclamação n.º 2391/PR, que a garantia do art. 5º, LVII, da CF lhe parecia ser uma “garantia contra imposição de qualquer consequência de ordem penal sem trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2008a).

⁹⁹ Outra questão levantada a título de coerência jurisprudencial, constante da ementa, foi a declaração da inconstitucionalidade, no RE n.º 482.006, de preceito da Lei Estadual de Minas Gerais, que determinava a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por figurarem como réus em processo penal pela prática de crime funcional. No caso narrado, o princípio da presunção de inocência fora utilizado como fundamento para tutelar a propriedade dos servidores públicos até o trânsito em julgado; nada mais razoável, portanto, do que admiti-lo na mesma extensão para a proteção da liberdade. E foi em prol da mesma coerência que os ministros apontaram a discussão sobre a presunção de inocência na seara eleitoral (na ADPF 144, havia sido fixada a impossibilidade de a Justiça Eleitoral negar registros de candidaturas em função de processos judiciais em curso, sem condenações transitadas em julgado).

Por fim, o relator novamente consignou a crítica de que a defesa da execução provisória serviria tão somente à “conveniência dos magistrados”, destoando da roupagem garantista que a Constituição tentou conferir ao processo penal (BRASIL, 2010, p. 1088-1089). Nas palavras do ministro:

Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. [...] É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual (op. cit., p. 1090).

Ao final, a tese foi acolhida, nos termos do relator, pelos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, com reiteração, em grande medida, desses argumentos.

Contudo, outras duas questões merecem destaque. A primeira é que o Ministro Gilmar Mendes, destoando um pouco da corrente majoritária, endossou a necessidade de trânsito em julgado não por entender que o art. 5º, LVII, da CF, seria inequívoco, e sim por considerá-la a interpretação mais compatível com o contexto histórico-social (op. cit., p.1204). Essa peculiaridade bem demonstra a propensão do ministro à postura ativista¹⁰⁰, marcada pela consideração de argumentos muito mais pragmáticos do que técnico-jurídicos.

A segunda é que, embora a relatoria do feito tenha sido atribuída a Eros Grau, muito se destaca a atuação de Cezar Peluso para a promoção da virada jurisprudencial (RECONDO; WEBER, 2019, p. 485; MENDES, 2019c, informação verbal). De fato, Peluso já havia se manifestado em prol do trânsito em julgado desde 2003. Ademais, participou ativamente dos debates sediados neste *habeas corpus*, tanto na Primeira Turma, quanto em Plenário (BRASIL, 2010, p. 1070-1074, 1027-1035). Em especial, o discurso efusivo do ministro considerava que vedar a execução antecipada da pena privativa de liberdade seria indispensável à manutenção da coerência jurisprudencial e da proporcionalidade, uma vez que, por força da presunção de inocência, a corte já havia obstado a antecipação de sanção pecuniária e das penas restritivas de direitos. E atentava para os graves prejuízos da privação de liberdade, associados à existência de uma crise carcerária no país.

De outro lado, foram vencidos os Ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa. Este grupo manteve-se firme à jurisprudência histórica da corte, utilizando como principal argumento jurídico a ausência de efeitos suspensivos dos

¹⁰⁰ O fenômeno do ativismo judicial, intimamente ligado ao da judicialização da política, será discutido no capítulo 5, subseção 5.4.1.

recursos excepcionais, característica que não seria afetada pela redação do art. 5º, LVII, da CF/88 (op. cit., p. 1101, 1144, 1172).

Para os ministros vencidos, a execução dever-se-ia iniciar a partir do esgotamento das vias ordinárias, quando encerrada a apreciação da matéria fática e probatória pertinente ao caso¹⁰². Do contrário, as decisões das instâncias ordinárias sempre estariam submetidas ao julgamento dos recursos excepcionais, o que acabaria por esvaziar a sua atuação, tendo-se criado uma absurda hipótese de terceiro grau de jurisdição (op. cit., p. 1144)¹⁰³.

Outro argumento sucumbente foi o de que o princípio da presunção de inocência já está limitado pelas prisões processuais, passíveis de decretação antes do trânsito julgado, em favor do bom resultado do processo. Assim, seria desarrazoado impedir a limitação imposta a título de execução antecipada da pena de prisão, porquanto seja medida sobre o mesmo tema – a privação de liberdade –, também direcionada a beneficiar o próprio objeto do processo, inexistindo justificativa para o tratamento diferenciado (op. cit., p. 1102).

Mas, para além das técnicas interpretativas, a retórica construída para defender a execução provisória *apresentou índole pragmática, com grande respaldo em temas de política criminal*. Com efeito, tratou-se o instituto como a solução razoável; o resultado de uma indispensável ponderação entre o princípio da presunção de inocência e outros valores fundamentais – a efetividade do processo e a segurança social (op. cit., p. 1105, 1175). E, de forma mais específica, como a saída para preservar as finalidades preventivas da pena (op. cit., p. 1149), garantir a razoável duração do processo (op. cit., 1145, 1172) e evitar o manejo protelatório de recursos, tendente a alcançar a prescrição, e o conseqüente sentimento social de impunidade (op. cit., p. 1105, 1143; 1171). Sobre o assunto, ilustrativo o seguinte excerto do voto da Ministra Ellen Gracie:

Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressent (op. cit., p. 1171).

Esses argumentos pragmáticos foram particularmente importantes para a posterior revisão da tese firmada em 2009.

¹⁰² O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou a possibilidade de a defesa excepcionalmente obter a suspensão dos efeitos da condenação por meio de *habeas corpus*, quando existente erro grave ou nulidade insanável nos julgamentos das instâncias ordinárias (op. cit., p. 1148).

¹⁰³ Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa: “Aliás, **não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tanto é que há processos julgados em única instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um triplo grau!**” (op. cit., p. 1144, grifos do autor).

3.3.2.3 O período de relativa estabilidade

Após o julgamento do HC n.º 84.078/MG, inaugurou-se um período de estabilidade na jurisprudência do STF, em respeito à orientação fixada pelo Plenário.

No dia 12 de fevereiro de 2009, na semana seguinte à da decisão paradigmática, o órgão máximo do tribunal tornou a analisar o assunto no **RHC n.º 93.172/SP** (BRASIL, 2011) e, ao solucionar uma questão de ordem, autorizou os relatores a proferirem decisões monocráticas concessivas de *habeas corpus* para obstar a execução provisória da pena de prisão¹⁰⁴. No tocante ao mérito desse julgamento, interessante notar que a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito, embora integrantes da corrente minoritária, votaram de modo a preservar a orientação firmada pelo Plenário, apenas ressaltando seus posicionamentos pessoais.

Assim, o novo entendimento passou a ser pacificamente adotado, tanto pelas duas turmas do STF¹⁰⁵ quanto pelos ministros em suas decisões monocráticas¹⁰⁶. Aliás, como já relatado, os Ministros do Supremo disseram ter sido ele a inspiração para que a Lei n.º 12.403 de 2011 incluísse o art. 283 no Código de Processo Penal, demonstrando, assim, o apoio do Poder Legislativo à novel posição do tribunal (WEBER, 2019, p. 30; MENDES, 2019e, p. 9).

Cabe ressaltar, entretanto, que, logo após o histórico julgamento de 2009, Cezar Peluso, Presidente do STF desde o início de 2010, idealizou a proposta de emenda constitucional conhecida como “PEC dos recursos” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 485-486). Tal proposta consistia em antecipar o trânsito em julgado para o momento em que proferida a decisão de segunda instância, possibilitando, assim, a execução definitiva da pena de forma imediata e independente da análise e julgamento dos recursos extraordinários. O objetivo seria reduzir o número de recursos protelatórios e acelerar o trâmite processual (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011). A proposta foi defendida perante o Senado Federal e, após sofrer grande alteração em seu conteúdo, transformou-se na PEC n.º 15/2011, que acabou arquivada em 2018 (SENADO FEDERAL, 2019).

¹⁰⁴ Além da execução provisória da pena, a autorização decorrente da questão de ordem abrangia também outros casos já apreciados pelo Plenário: a prisão civil por dívida e o acesso do defensor a procedimento investigatório.

¹⁰⁵ A título de exemplo: Brasil (2013; 2014a).

¹⁰⁶ Como exemplos, a medida cautelar no HC n.º 131.610, de relatoria do Min. Celso de Mello (BRASIL, 2015b) e a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes que negou seguimento ao RE 820.050/DF (BRASIL, 2014b).

De todo modo, a vedação à execução provisória da pena foi a orientação que prevaleceu até o ano de 2016¹⁰⁷.

3.3.3 *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP: a segunda virada jurisprudencial

3.3.3.1 Os rumos inesperados do processo

O trâmite do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP deu-se de forma muito mais célere do que aquele ocorrido em 2009.

Referido remédio constitucional foi impetrado em benefício de M.R.D., sob o argumento de que sua prisão, decretada de ofício pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e mantida pelo STJ (com simples oposição de jurisprudência defensiva), seria ilegal e contrária ao entendimento pacífico do STF, porquanto anterior ao trânsito em julgado e sem demonstração das condições da cautelaridade (STRECK, 2018, p. 371-372).

Em fevereiro de 2015, o Ministro Teori Zavascki deferiu o pedido liminar para suspender o encarceramento, acolhendo os fundamentos apresentados pela defesa (2015a)¹⁰⁸. Ao final desse mesmo ano, a Segunda Turma afetou o julgamento ao Plenário.

Importa salientar, desde já, que o caso versava sobre um crime de roubo qualificado praticado por dois indivíduos pobres (M.R.D. e outro). Considerado de forma isolada, seria difícil compreender a sua eleição como espaço para a revisão jurisprudencial. Até porque se tratava de um processo subjetivo, sem urgência no provimento de mérito (M.R.D. estava em liberdade por força da liminar), e o STF não sofrera qualquer provocação para rediscutir sua posição sobre a execução provisória da pena a partir de segunda instância.

No entanto, a questão de fundo parecia interessar à grandiosa operação “Lava Jato”, que, ao tempo, já havia tomado proporções inéditas, alcançara o Supremo e experimentava seu auge. Em meio ao forte clamor público pelo combate à corrupção, as disputas políticas foram internalizadas pelo tribunal, provavelmente influenciando o desfecho do HC n.º 126.292/SP, que sobreveio em 17 de fevereiro de 2016, um ano após a concessão

¹⁰⁷ A pesquisa quantitativa de julgados, descrita no capítulo metodológico, revelou que, no período compreendido entre 05/02/2009 e 16/02/2016, apenas 03 dos julgados selecionados admitiram a execução provisória da pena, contra 66 julgados que não a admitiram.

¹⁰⁸ Veja-se o seguinte trecho da decisão monocrática de Zavascki: “A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade [...]. Vê-se, pois, que o Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente [...]. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078 [...], a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar [...]” (BRASIL, 2015a).

da liminar (STRECK, 2018, p. 373; MELLO, 2018b, p. 18; RECONDO; WEBER, 2019, p. 71-72, 77)¹⁰⁹.

3.3.3.2 O julgamento pelo Plenário

O resultado, como já se antecipou, foi *a revisão do entendimento pacífico da corte, com retomada da tese prevalente antes de 2009: a compatibilidade da execução provisória do acórdão penal condenatório de segundo grau com o princípio da presunção de inocência*¹¹⁰.

Na ocasião, o STF estava com sua composição amplamente modificada em relação ao julgamento do HC 84.078/MG. A maioria dos participantes de 2009 havia deixado o tribunal¹¹¹ (ASSIS, 2018, p. 144) que, agora, era integrado pelos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (então presidente). Estando todos eles presentes na data do julgamento, o retorno da execução provisória deu-se por um placar de sete votos contra quatro (foram vencedores os sete primeiros ministros citados¹¹² e vencidos os quatro últimos).

Veja-se que o próprio Teori Zavascki, que havia antes concedido a liminar, voltou atrás e votou com a maioria. De fato, Zavascki era também relator dos processos da “Lava Jato”, o que não parece mera coincidência. Sob sua relatoria, a argumentação por detrás da nova tese foi construída a partir de pontos já explorados na jurisprudência da corte, embora desenvolvidos e acrescidos de novos elementos.

¹⁰⁹ O contexto da decisão será abordado no capítulo 5, subseção 5.4.5.3.2, à qual se remete à leitura.

¹¹⁰ Veja-se a ementa do HC 126.292/SP: “CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.”(BRASIL, 2016a).

¹¹¹ Seis dos onze ministros (Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito).

¹¹² Registre-se que não foi possível analisar os argumentos do Ministro Dias Toffoli, pois ele não proferiu voto escrito na ocasião.

3.3.3.2.1 Argumentos em debate: a ascensão do pragmatismo

Nesse sentido, com inspiração na corrente que havia sido minoritária em 2009, um dos argumentos principais para a virada foi o caráter exauriente do exame fático e probatório realizado em segunda instância, assentado na precípua finalidade de unificação jurisprudencial dos recursos extraordinários. A ele somou-se a ausência de efeito suspensivo desses recursos que, em última medida, seria decorrência lógica do esquema recursal delineado pela Constituição (BRASIL, 2016a, p. 9-10, 25, 41, 68).

Outra questão que apareceu nos votos foi a singular opção do constituinte brasileiro, se comparada às normas internacionais ou de sistemas jurídicos de outros Estados, por especificar o trânsito em julgado como o marco para a formação da culpa (op. cit., p. 12-15 e 69-70).

Mas o que mais chama a atenção é a *retórica de ordem pragmática que, desta vez, foi muito marcante na decisão do tribunal*. Inclusive, Fabiana Alves Rodrigues e Rodrigo Bastos Arantes apontaram, a partir de criteriosa pesquisa¹¹³, que argumentos baseados em “dispositivos e princípios constitucionais”, invocados em 2009, cederam lugar a argumentos pragmáticos (o que os autores denominaram de “questões práticas externas ao Judiciário” e “questões práticas institucionais”) (2020, p. 33-34). Não é que em 2009 a argumentação dos ministros fora integralmente jurídica; como já dito, houve menção, por parte da corrente derrotada, às consequências que seriam geradas pela mudança que se estava a operar. Contudo, esse tipo de discurso foi bastante intensificado em 2016.

Com efeito, os ministros alegaram que o recurso especial e o recurso extraordinário raramente têm o condão de modificar a situação do acusado condenado em segunda instância, já que, além de não se prestarem a discutir a culpa, na maioria das vezes, não são providos ou nem mesmo conhecidos (op. cit., p. 15-16).

Ainda na perspectiva prática, o condicionamento da execução ao trânsito em julgado estaria a favorecer interposição de recursos protelatórios, com o único propósito de alcançar a prescrição das penas, consagrando, assim, a inefetividade e o sentimento de impunidade em relação à justiça penal. Sobretudo para acusados de melhores condições econômicas, incrementando o seletivismo do sistema (op. cit., p. 17 e 51-52). E estaria também a fomentar a decretação abusiva de prisões preventivas, argumento bem visível na seguinte afirmação do Ministro Barroso: “acho que parte do número excessivo de prisões

¹¹³ A pesquisa envolveu as seguintes etapas: (I) leitura de todos os votos do HC n.º 84.078/MG e do HC n.º 126.292/SP, (II) classificação dos argumentos e (III) agrupamento dos argumentos em 6 classes gerais.

provisórias que nós temos no Brasil é pela percepção de que, se você não pune no início, não consegue punir no final.” (op. cit., p. 64).

Por esses e outros motivos, os adeptos da tese arguíram a necessidade de relativização do princípio da presunção de inocência frente a outros princípios, tais como a razoável duração do processo e a efetividade da lei penal (op. cit., p.18, 21-22 e 41-43).

Alguns destaques devem ser feitos. O primeiro, aos Ministros Barroso, Zavascki e Fux, que demonstraram clara preocupação com a proteção dos interesses da sociedade no processo penal (2016a, p. 27-54, 4 e 59). Nas palavras deste último, “se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer [...]” (op. cit., p. 59).

O segundo, especificamente ao Ministro Barroso, que, para superar a literalidade do art. 5º, LVII, da CF/88, com argumentos pretensamente jurídicos, disse ter-se operado a mutação constitucional do referido dispositivo, com a transformação do sentido do texto, pois o novo contexto fático do sistema processual penal exigiria a execução antecipada da pena (op. cit., p. 31-35). Ademais, o ministro dedicou uma parte de seu voto ao que chamou de “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”, na qual ressaltou a inegável “dimensão política” da jurisdição constitucional, em função da “atuação criativa” do intérprete e das “consequências práticas de suas decisões” (op. cit., p. 49). O caráter predominantemente pragmático do voto em geral é passível de percepção pelo número de menções às palavras impunidade (12), efetividade (7) e credibilidade (9) (RODRIGUES; ARANTES, 2019, p. 39).

O terceiro, a Gilmar Mendes, cujo voto significou uma mudança radical de posicionamento: ele passou a defender a tese que havia publicado num artigo acadêmico anos antes, segundo a qual a regra de tratamento não integra o núcleo essencial da presunção de inocência e, assim, admite a responsabilização progressiva do acusado (op. cit., p. 67)¹¹⁴. A mudança representa, entretanto, certa coerência em relação à argumentação exposta em 2009, pois, nesta ocasião, Mendes afirmara que o conteúdo da presunção de inocência seria moldável à realidade. Contudo, se antes o ministro discorrera sobre a falência do sistema prisional e o cabimento da prisão preventiva para a tutela do processo, novas constatações, de inadequação do sistema recursal, impunidade e excesso de prisões provisórias (op. cit., p. 64-65), estariam agora a justificar a adaptação.

¹¹⁴ Referida tese foi abordada em detalhes na subseção 2.5.2.2, do capítulo2.

No bloco dos ministros vencidos, vale o destaque à retórica de Rosa Weber, uma vez que o mesmo argumento central foi retomado nas decisões subsequentes para justificar uma posição diversa. Tal argumento é o princípio da segurança jurídica, utilizado pela ministra para defender a preservação da jurisprudência pacificada pelo Plenário a partir de 2009 (op. cit., p. 57).

Por fim, ressalta-se que os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski mantiveram-se fiéis à posição que compartilhavam desde o julgamento de 2009. Reafirmaram, assim, a clareza da redação do art. 5º, LVII e o seu caráter de direito fundamental, atributos que inviabilizariam qualquer interpretação em favor da execução da pena antes do trânsito em julgado (op. cit., p. 77-78, 84 e 97)¹¹⁵.

3.3.4 Em busca de efeito vinculante para a orientação do Supremo

A nova virada da jurisprudência não colocou ponto final no capítulo da execução provisória da pena; justo ao contrário, fomentou o seu desenvolvimento.

Em especial, havia polêmica sobre a força vinculante da decisão revolucionária tomada no *habeas corpus*, em função da natureza subjetiva da ação. Com o intuito de consagrar a necessária observância do precedente pelos demais órgãos do Poder Judiciário, afastando eventuais questionamentos, o STF procedeu, ainda no ano de 2016, ao julgamento de dois outros processos sobre a temática (LIMA, 2020, p. 52; ASSIS, 2018, p. 145).

3.3.4.1 Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44: o início de um processo objetivo

Em maio de 2016, aportou no STF a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF, ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), cujo pedido principal era a declaração de constitucionalidade do art. 283, do CPP, com consequente condicionamento da execução penal ao trânsito em julgado da sentença condenatória, vez que o dispositivo revelaria a extensão do princípio da presunção de não culpabilidade (BRASIL, 2016c, p. 6-9).

¹¹⁵ Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “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” (op. cit., p. 77-78).

Subsidiariamente, o autor requeria, nesta ordem: (I) a sujeição da execução ao trânsito em julgado ao menos enquanto perdurasse o “estado de coisas inconstitucional”¹¹⁶ no sistema carcerário brasileiro; e, caso a ação fosse julgada improcedente, (II) a modulação dos efeitos da decisão para alcançarem apenas as condenações relativas a fatos posteriores às ADCs ou ao HC n.º 126.292/SP; e (III) a obstrução da execução até o julgamento do recurso especial pelo STJ (op. cit.). A ação continha também os pedidos liminares de não deflagração de novas execuções provisórias e de suspensão das que estivessem em curso, até o julgamento de mérito (op. cit.).

Pela primeira vez, a controvérsia tornara-se alvo de processo constitucional objetivo; eventual decisão de mérito teria propensão inequívoca de galgar eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, conforme o disposto no art. 102, §2º, da Constituição.

A ADC n.º 43 foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio e, poucos dias depois, apensou-se a ela a ADC n.º 44, proposta pelo Conselho Federal da OAB e com os mesmos pedidos principal e liminares (op. cit., p. 10). Dada a envergadura do feito, diversas entidades pleitearam o ingresso na forma de *amicus curiae*, intencionando contribuir para o amadurecimento dos debates.

No dia 20 de outubro de 2016, sobreveio a primeira decisão do Plenário, que, reafirmando o entendimento fixado no HC n.º 126.292/SP e valendo-se praticamente dos mesmos argumentos, indeferiu as medidas cautelares das ADCs¹¹⁷. E acabou já enfrentando o pedido principal para sedimentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, mas com interpretação conforme a Constituição – embora válido, o dispositivo não teria o condão de obstar o início da execução da pena após a condenação em segundo grau (op. cit., p. 2-3).

¹¹⁶ A tese do estado de coisas inconstitucional que, em apertada síntese, remete à existência de um litígio estrutural, com massiva violação de direitos fundamentais e omissão deliberada dos poderes públicos, foi objeto da ADPF n.º 347/DF. Essa ação almejava a intervenção do Poder Judiciário na política carcerária do país, ante as condições absolutamente degradantes dos estabelecimentos prisionais e a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo no tocante à questão (LAZARI, 2018).

¹¹⁷ Veja-se a ementa da decisão: “MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.” (BRASIL, 2016c).

Todavia, em cerca de oito meses, *houve mudança na votação que, nesta ocasião deu-se por uma apertada maioria de seis votos contra cinco*: o Ministro Dias Toffoli, até então aderente ao grupo majoritário, acolheu um dos pedidos subsidiários e passou a entender que a execução provisória da pena deveria ser condicionada ao julgamento pelo STJ.

Para o ministro, seria o STJ o tribunal responsável por consolidar a certeza na formação da culpa, valorando a tipicidade, a ilicitude da conduta e a culpabilidade do agente, dada a finalidade do recurso especial de garantir a higidez e a uniformidade de interpretação da lei penal e processual penal. O recurso extraordinário, por outro lado, restrito à configuração de ofensa direta à Constituição, teria caráter objetivo, inviabilizando a verificação da culpa (op. cit., p. 172-173). Tempos depois, a tese defendida por Toffoli retornou às discussões do tribunal e atraiu um novo adepto: o Ministro Gilmar Mendes.

Considerando a importância do tema e a aptidão das ADCs para pacificar a conturbada questão, seu período de tramitação foi longo, estendendo-se por mais de três anos após o indeferimento das liminares. Mais próximo ao julgamento de mérito, um novo processo foi apensado aos autos, a ADC n.º 54, proposta pelo Partido Comunista do Brasil.

3.3.4.2 Recurso Extraordinário com Agravo n.º 964.246/SP: a questão ganha repercussão geral¹¹⁸

Em 10 de novembro de 2016, cerca de um mês depois do julgamento das medidas cautelares, o tema da execução antecipada voltou ao Supremo no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 964.246/SP (tema 925). O resultado manteve-se outra vez inalterado: o Plenário – neste caso, o plenário virtual –, por maioria de votos, reafirmou a jurisprudência no sentido da admissibilidade da execução provisória a partir do esgotamento das vias ordinárias¹¹⁹.

Todavia, *a apreciação da questão em sede de recurso extraordinário demandou o reconhecimento de sua repercussão geral*, o que, para muitos, já seria suficiente para asseverar o caráter vinculante da tese em relação aos outros órgãos do Poder Judiciário¹²⁰, levando em conta que a decisão nas ADCs era um título provisório.

¹¹⁸ Embora não se olvide da importância do ARE n.º 964.246/SP para o desenvolvimento jurisprudencial da execução provisória, o julgado não foi considerado “paradigmático” na presente dissertação porque significou a manutenção do entendimento fixado no HC n.º 126.292/SP, sem qualquer alteração nas posturas individuais dos ministros. Nesse sentido, ver o item 1.3.2.1 do capítulo metodológico.

¹¹⁹ A tese foi fixada nos seguintes termos: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (BRASIL, 2016d).

¹²⁰ Muito se discute sobre os efeitos das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, tanto na doutrina, quanto no âmbito do STF. No sentido mencionado, o Ministro Alexandre de Moraes, por exemplo, ensina que o

Ademais, merece destaque o placar da votação que, desta vez, foi de seis votos contra quatro. Isso porque a Ministra Rosa Weber, antes contrária à prisão em segunda instância, não se manifestou no prazo regimental (BRASIL, 2016c, p. 1). E o Ministro Dias Toffoli, a seu turno, confirmou a posição que passara a defender no julgamento anterior (ASSIS, 2018, p. 145).

*As reiteradas manifestações do Pleno pela legitimidade da prisão a partir do esgotamento das vias ordinárias demonstram a consolidação da jurisprudência que se firmara em 2016*¹²¹.

3.3.5 A (in)observância da posição do Plenário

A orientação do STF passou a ser aplicada pelos tribunais ordinários, muitos dos quais consagraram a execução antecipada como um efeito automático da condenação em segunda instância. Emblemático nesse sentido o *Enunciado de Súmula n.º 122, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, cujo texto dizia: “encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”¹²².

Mas, nada obstante, os debates sobre a extensão do princípio da presunção de inocência não foram arrefecidos; nem externamente ao órgão, tendo em vista as críticas por parte da doutrina especializada e as frequentes aparições do tema na mídia e nas redes sociais, sobretudo em associação com a operação “Lava Jato”; nem mesmo entre os próprios ministros. Neste último sentido, os ministros contrários à tese firmada pela maioria aproveitavam para ressaltar seu entendimento nos casos que aportavam na corte sobre a matéria¹²³.

Mas merecem destaque algumas atuações isoladas. Em primeiro lugar, as dos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski que, insurgindo-se contra as decisões tomadas no HC n.º 126.292/SP e no ARE n.º 964.246/SP, proferiram diversas decisões

recurso extraordinário é dotado de efeitos vinculantes porque apresenta a repercussão geral como requisito de admissibilidade (MORAES, 2017, p. 412-413).

¹²¹ Um panorama dessa situação é fornecido pelos resultados da pesquisa quantitativa realizada neste trabalho (subseção 1.6.2.1): no período de 17/02/2016 até 06/11/2019 (dia anterior ao julgamento de mérito das ADCs), 215 acórdãos do STF admitiram a execução provisória da pena, enquanto apenas 03 acórdãos não a admitiram.

¹²² A súmula foi cancelada em 14 de abril de 2020.

¹²³ Costumavam agir dessa forma a Ministra Rosa Weber (ver, p. ex. Brasil, 2017c) e o Ministro Celso de Mello (ver, p. ex., Brasil, 2017b).

monocráticas para suspender a execução provisória de condenados em segunda instância¹²⁴ (ASSIS, 2018, p. 145; MELLO, 2018b, p. 18-19).

Em suas argumentações, Marco Aurélio emanava um inconformismo crescente para com a postura do tribunal de se furtar ao julgamento das ADCs e arguia o caráter não vinculante dos precedentes. A seu ver, o julgamento do ARE pelo plenário virtual ocorrera em total desconformidade com o devido processo legal e foi objeto de duas críticas suas¹²⁵.

E, em segundo, a de Gilmar Mendes, que, em *habeas corpus* apreciado pela Segunda Turma em maio de 2017, consignou, como questão *obiter dictum*, a sua “tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli”, no sentido de definir como o início para a execução da pena o julgamento pelo STJ (BRASIL, 2017a, p. 10). Isso porque, na visão de Mendes, a orientação fixada pelo Supremo em 2016 fora desvirtuada pelas instâncias ordinárias, que, ao invés de entenderem o cumprimento provisório como uma possibilidade, a ser justificada no caso concreto, tomaram-no como um fator de legitimidade para a decretação automática de prisões em segundo grau (MENDES, 2019e, p. 15).

Após tal manifestação, o ministro passou também a obstar monocraticamente a execução da pena imposta em segunda instância¹²⁶. Essa já era a segunda vez em que ele alterava o seu posicionamento pessoal sobre o tema, e, considerando a apertada maioria formada no julgamento das medidas cautelares nas ADCs, tal alteração sinalizava a probabilidade de uma terceira virada jurisprudencial (RECONDO; WEBER, 2019, p. 590).

3.3.6 Habeas Corpus n.º 152.752/PR: a manutenção da orientação do Supremo num polêmico processo subjetivo

3.3.6.1 O “caso Lula” e a marcha acelerada do processo

Com o avançar da operação “Lava Jato”, as investigações chegaram ao ex-Presidente Lula, que foi acusado da prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de

¹²⁴ Como exemplos de decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, ver: Brasil (2016b, 2018a). Pelo Ministro Lewandowski, ver: Brasil, 2017g.

¹²⁵ Nas palavras do ministro: “O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos [...], haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo relator [...], a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e ‘confirmado a jurisprudência’, assentada em processo único [...], não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ [...]. Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante.” (BRASIL, 2016b, p. 5-6).

¹²⁶ Ver, a título de exemplo: Brasil (2017f).

dinheiro, sendo condenado em primeira instância à pena de 09 anos e 06 meses de reclusão em regime inicial fechado, num episódio conhecido como o “caso tríplex”. A defesa apelou e o processo foi encaminhado para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, 2018).

Em 05 de dezembro de 2017, cerca de um mês antes da data anunciada para o julgamento de Lula no TRF4, o Ministro Marco Aurélio liberou as ADCs n.º 43 e 44 para a apreciação definitiva em Plenário, com o provável objetivo de que o tema da prisão em segunda instância fosse definido em sede de controle abstrato, antes que o tribunal precisasse lidar com o “caso Lula” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 584-585).

À época, o STF encontrava-se sob a presidência de Cármen Lúcia, que, nessa função, tinha total discricionariedade para a formação da pauta de julgamento e já havia declarado que não iria incluir o tema da execução provisória, pois a matéria já fora decidida pelo tribunal em sede de repercussão geral (CÁRMEN..., 2018).

De outro lado, alguns ministros, como Marco Aurélio e Gilmar Mendes, pressionavam para que as ações abstratas fossem pautadas, revelando à mídia o seu descontento com a atitude protelatória da presidente (CANÁRIO, 2018; BARROSO..., 2018).

Em meio ao cenário insuflado do “caso Lula”, a pressão que a opinião pública exercia sobre o STF era crescente e o tribunal encontrava-se dividido num conflito interno. A situação agravou-se ainda mais quando sobreveio a condenação de Lula pelo TRF4, em 24 de janeiro de 2018, majorando a pena de reclusão para 12 anos e 01 mês e determinando o início da execução provisória (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, 2018). Mesmo assim, Cármen Lúcia manteve-se firme em sua postura de postergar o julgamento das ADCs, optando por outro caminho: a inclusão em pauta do HC n.º 152.752/PR – um processo subjetivo, ajuizado pela defesa do ex-Presidente Lula em função da ordem de prisão expedida pelo TRF4 e que já havia sido mantida pelo STJ¹²⁷ (RECONDO; WEBER, 2019, p. 486-496).

O HC chegara ao Supremo em 02 de fevereiro de 2018 e, a partir daí, tramitou de forma aceleradíssima: uma semana depois, o Ministro Edson Fachin já indeferira a liminar e afetara o caso ao Plenário¹²⁸, sendo que o agendamento pela presidente deu-se em 21 de março, com início marcado para o dia seguinte. Nessa lógica apressada, a decisão sobreveio em pouco mais de dois meses (BRASIL, 2018c).

¹²⁷ Os aspectos contextuais do HC n.º 152.752/PR, tais como a formação da pauta no STF e a conduta da Ministra Cármen Lúcia, bem como a fragmentação do tribunal, serão tratados em detalhes no capítulo 5, nas subseções 5.3.2.3.2, 5.3.2.4 e 5.4.5.4.

¹²⁸ A afetação do processo ao Plenário pelo relator foi criticada, em meio aos debates, pelo Ministro Marco Aurélio: “É o mais interessante é que, se este *habeas* fosse julgado no órgão fracionado, como ocorreria normalmente, a ordem seria concedida. A perplexidade é grande” (BRASIL, 2018c, p. 217).

3.3.6.2 O julgamento pelo Plenário

A composição da corte sofrera uma importante alteração no início de 2017, devido ao falecimento de Teori Zavascki, relator da “Lava Jato” e do HC n.º 126.292/SP. Após o fato, o cargo foi ocupado pelo Ministro Alexandre de Moraes e a relatoria da operação passou ao Ministro Edson Fachin (RECONDO, 2018a, p. 31).

A divergência instaurou-se logo no exame de admissibilidade, sendo o *writ* conhecido por maioria de votos¹²⁹. Em seguida, o Pleno deliberou pela suspensão do julgamento e concedeu a liminar para a expedição de salvo-conduto em favor de Lula até o dia 04 de abril de 2018¹³⁰, quando o feito deveria ser retomado.

Chegada essa data, Fachin iniciou o seu voto dispondo que, tratando-se de um *habeas corpus*, não haveria espaço para eventual revisão da jurisprudência consolidada pelo tribunal, tão somente para a averiguação do ato apontado como coator. Dessa afirmação, concluiu pela legalidade da decisão do STJ que mantivera a prisão de Lula, porquanto em conformidade com o entendimento firmado pelo STF em 2016 (BRASIL, 2018c, p. 84-88).

No restante de seu voto, o relator arguiu a possibilidade de execução antecipada da pena, que, a seu ver, seria um “desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva [...]”, dispensando motivação (op. cit., p. 94). Ademais, rebatendo outros argumentos da defesa de Lula, asseverou que inexistiria *reformatio in pejus* na ordem de prisão expedida pelo TRF4, pois o pedido de início da execução seria inerente ao conteúdo da pretensão acusatória (op. cit., p. 95-96). Mencionou, ainda, que o caráter vinculante ou não dos precedentes do STF não seria relevante para a resolução do caso (op. cit., p. 94).

Ao final da votação em Plenário, estava consagrada, mais uma vez, a execução provisória da pena a partir do esgotamento da via em segunda instância, por um placar de seis votos contra cinco. Os argumentos apresentados pelo relator constituíram a ementa do julgado¹³¹. Contudo, *os grupos majoritário e minoritário sofreram alterações, referentes à troca de posições de Rosa Weber e Gilmar Mendes*¹³².

¹²⁹ Foram vencidos nesse ponto o relator Edson Fachin e os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

¹³⁰ A suspensão do julgamento e a concessão da liminar também foram decisões tomadas por maioria de votos. A última deixou vencidos Fachin, Alexandre de Moraes, Barroso, Fux e Cármen Lúcia.

¹³¹ Veja-se a ementa: “*HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA.*”

3.3.6.2.1 Troca na composição dos polos de votação

Para o Ministro Gilmar Mendes, não haveria distinção, quanto aos efeitos, entre julgar as ADCs ou o HC impetrado por Lula, dada a necessária equiparação entre o controle de constitucionalidade concreto e o abstrato. Assim, importaria apenas a relevância do tema discutido e o fato de se chegar a uma decisão proferida pelo Plenário (op. cit., p. 99).

Nesse contexto, o ministro salientou o que já vinha dizendo em decisões monocráticas anteriores: o entendimento firmado em 2016 fora mal compreendido pelos tribunais, que passaram a aplicar a prisão em segunda instância de forma automática, independentemente da natureza e gravidade do crime e da quantidade de pena (op. cit., p. 109). Assim, visando combater a anomalia gerada, reafirmou a sua adesão à tese do início da execução a partir da decisão do STJ¹³³, compatível com aquela sua ideia da progressiva formação da culpa. Para Mendes, não haveria um rompimento com o entendimento de 2016, mas apenas uma mudança do marco autorizador da prisão (op. cit., p. 112-117).

O voto de Rosa Weber foi baseado em pressuposto diametralmente oposto ao de Gilmar Mendes: a ministra sacrificou a sua posição pessoal sobre o tema em prol de um alegado respeito ao valor da segurança jurídica e ao princípio da colegialidade. Pelo primeiro, haveria de se ter cautela na alteração de jurisprudência consolidada, não bastando a simples mudança de composição ou fatores de ordem pragmática como motivos idôneos para tanto (op. cit., p. 196). Pelo segundo, posturas individuais deveriam ceder diante da formação de uma vontade coletiva, correspondente à “razão institucional revelada no voto majoritário da Corte” (op. cit., p. 198).

Segundo Weber, poder-se-ia apreciar em sede de *habeas corpus* tão somente a decisão do STJ mantenedora da prisão – se ilegal, abusiva ou teratológica. Assim, a via não comportaria espaço para a revisão do entendimento consolidado pelo Plenário em 2016, inclusive, reafirmado em sede de repercussão geral (op. cit., p. 191).

Conquanto tenha denegado a ordem, a ministra não deixou de ressaltar o seu posicionamento pessoal pela necessidade do trânsito em julgado, apontando que o tema deveria ser revisitado nas pendentes ações de controle concentrado (op. cit., p. 212).

FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA [...]” (op. cit.).

¹³² Votaram pela denegação da ordem de *habeas corpus* os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia; pela concessão, os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Leandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.

¹³³ Mendes elencou algumas situações excepcionais, em que a execução poderia ser antecipada ao momento da condenação em segunda instância (op. cit., p. 117-124).

[...] **não tenho como reputar ilegal**, abusivo ou teratológico, **acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de *habeas corpus***, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o **locus** apropriado para revisitar tais temas. Hoje, todavia, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 [...] (op. cit., p. 206, grifos da autora).

E, dessa forma, considerando o apertado quórum formado neste *habeas corpus*, Weber deixou transparecer a alta probabilidade de uma nova virada jurisprudencial no futuro julgamento das ADCs n.º 43, 44.

A despeito do discurso jurídico da ministra, muito se questionou sobre as reais razões que teriam motivado a sua posição, pois, em atenção ao contexto que pairava sobre o STF antes do julgamento, inflamado pela perspectiva da prisão de Lula, o voto de Weber era o mais incerto e aguardado de todos¹³⁴ (PEREIRA, 2018).

Em meio à sessão, a ministra sofreu duras críticas de Lewandowski e Marco Aurélio (BRASIL, 2018c, p. 217-219). Este último chegou ao auge de seu inconformismo para com a opção tomada pela Presidente Cármen Lúcia e, após enfático discurso sobre a literalidade do art. 5º, LVII, e seu caráter de direito fundamental (op. cit., p. 348, 351), consignou que as ADCs já deveriam ter sido pautadas para julgamento. A envergadura da controvérsia e a grande probabilidade de se ter um resultado diferente no processo objetivo, levando em conta as posições de Weber e Mendes, seriam, a seu ver, provas nesse sentido (op. cit., p. 353).

3.3.6.3 Anotações finais

Encerrada a votação sobre o mérito, o Plenário indeferiu o novo pedido de medida liminar suscitado pela defesa e cassou o salvo-conduto que fora concedido ao réu na sessão anterior. No dia seguinte, o então Juiz Sergio Moro expediu o mandado de prisão, e, em 07 de abril de 2018, Lula se entregou à Polícia Federal para iniciar o cumprimento da pena (LULA..., 2018).

A enorme carga político-ideológica que acompanhava o “caso Lula”, provocadora de profunda cisão na opinião pública, fez do julgamento algo muito complexo: além de submeter o STF, enquanto instituição, à pressão de forças externas antagônicas, acirrou ainda

¹³⁴ Para uma análise comparativa da justificativa apresentada pela ministra e as circunstâncias do julgamento, ver a subseção 5.2.2.2, do capítulo 5.

mais a oposição entre blocos de ministros com interesses diversos dentro da corte. Por essa razão, é fácil compreender que se trata de excelente objeto para a investigação da influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF, notadamente, de fatores de ordem estratégica. Isso será realizado no capítulo 5.

3.3.7 Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54: a terceira virada jurisprudencial

3.3.7.1 A retomada do processo objetivo

Poucos dias após o julgamento do HC de Lula, uma nova ação foi apensada ao processo objetivo pendente: a ADC n.º 54, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil. O pedido principal mantinha-se o mesmo – a declaração de constitucionalidade do art. 283, do CPP – mas acrescido de um novo fundamento: para o autor, os membros do STF haviam sinalizado a formação de maioria para vedar ao menos a execução provisória e automática da pena, que vinha sendo adotada por alguns tribunais de segunda instância, o que tornava necessária uma nova manifestação do Plenário, agora em sede de controle concentrado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d, p. 12-13). A ADC n.º 54 também adicionava um novo pleito liminar: a cessação dos efeitos de todas as ordens de cumprimento de pena automático, suspendendo-se o Enunciado de Súmula n.º 122, do TRF4.

Em setembro de 2018, o Ministro Dias Toffoli assumiu a presidência do Supremo Tribunal Federal e acabou se tornando um dos protagonistas dos eventos que “movimentaram” o mês de dezembro no tocante à controvérsia. No dia 17 desse mês, ele anunciou o julgamento das ADCs n.º 43, 44 e 54 para abril de 2019.

Dois dias depois, o Brasil foi surpreendido com uma liminar do Ministro Marco Aurélio na ADC n.º 54, que, justificada pela urgência da situação, determinava a suspensão da execução da pena nas condenações sem trânsito em julgado e a libertação de todos os indivíduos presos nessas condições, apenas ressalvando o encarceramento preventivo (BRASIL, 2019b)¹³⁵.

¹³⁵ Decisão: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA ACAUTELADORA – RELATOR – ATUAÇÃO – EXCEPCIONALIDADE VERIFICADA – DEFERIMENTO [...] 3. Convencido da urgência da apreciação do tema, [...] defiro a liminar para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, **determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos**, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no

Em pouco mais de uma hora, a requerimento da Procuradoria Geral da República, a liminar foi sustada por Toffoli, que justificou a medida de contracautela como uma forma de “evitar grave lesão à ordem e à segurança públicas” e de proteger a jurisprudência consolidada do Plenário (BRASIL, 2019c). A atitude causou a indignação de Marco Aurélio, que, tempos depois, referiu-se a ela como um ato de “autofagia” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d, p. 12-13).

Mas as conturbações que antecederam a análise de mérito do processo constitucional objetivo não pararam por aí. Chegando próximo à data marcada, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formulou pedido para adiar o julgamento, alegando que a diretoria recém-empossada do órgão precisava de tempo para se inteirar de todo o caso. O presidente atendeu ao pedido e retirou as ações da pauta, sendo outra vez objeto de duras críticas de Marco Aurélio (STF: TOFFOLI..., 2019). Foi em outubro de 2019 que as ações retornaram à pauta do Supremo.

3.3.7.2 O julgamento pelo Plenário

O tão esperado julgamento iniciou-se no dia 17 de outubro, mas apenas seria concluído dali a cerca de 20 dias. De todo modo, o tema da prisão em segunda instância, como ficou mais conhecido, ganhou novo destaque na mídia desde o princípio e conquistou a atenção da população¹³⁶.

A primeira sessão foi aberta com o relatório do Ministro Marco Aurélio. Em seguida, a palavra foi conferida aos advogados dos autores. Interessante destacar que o Partido Patriota, antigo Partido Ecológico Nacional e autor da ADC n.º 43, alterou diametralmente o seu pedido inicial, assumindo posição em favor da execução a partir da condenação em segunda instância. O partido justificou a mudança pela necessidade de se atender aos anseios da sociedade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

Por fim, foram ouvidos os representantes da maioria das entidades admitidas como *amici curiae*¹³⁷, encerrando-se a sessão logo após.

artigo 312 do mencionado diploma processual. 4. Submeto este ato ao referendo do Plenário [...]” (BRASIL, 2019b, grifo nosso).

¹³⁶ Para o exame detalhado do contexto do julgamento, consultar o capítulo 5, item 5.4.5.5.

¹³⁷ Dada a relevância da questão discutida, o julgamento das ADCs contou com a presença de nove entidades admitidas como *amici curiae*. Na primeira sessão, falaram os representantes do Instituto de Garantias Penais – IGP, da Defensoria Pública da União, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD.

Na manhã do dia 23 de outubro, o julgamento foi retomado com as manifestações de outros dois *amici curiae*¹³⁸ e prosseguiu com as falas do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República. Estas duas autoridades argumentaram em favor da execução da pena a partir do esgotamento das vias ordinárias, dando-se interpretação conforme à Constituição ao art. 283, do CPP (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019e).

Nessa mesma sessão, teve lugar o voto de Marco Aurélio que, mantendo-se firme à tese da inconstitucionalidade da execução provisória da pena desde os idos de 1990, julgou procedentes as ações de controle concentrado, pugnando a suspensão das execuções provisórias em curso e a libertação dos presos nessa condição.

Como sempre, a sua argumentação foi baseada na literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição, que não admitiria outra interpretação, nem mesmo lastreada em “argumentos metajurídicos”, se não a de que “a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”. E, porquanto o art. 283, do CPP, tenha servido para concretizar a garantia da presunção de inocência no âmbito processual, sua constitucionalidade seria inequívoca; não haveria de ser declarada se não fossem os “tempos estranhos” (MELLO, 2019, p. 20-21).

O relator também asseverou a importância da opção do constituinte pelo trânsito em julgado, pois, dada a possibilidade de alteração da condenação pelas instâncias superiores, seria esse o único momento seguro para a privação definitiva da liberdade, ressaltou a hipótese de prisão preventiva nos casos “verdadeiramente enquadráveis” e afastou a sugestão de uma saída “meio termo”, consistente na definição da decisão do STJ como o marco inicial (op. cit., p. 24-25).

Após o voto de Marco Aurélio, houve nova suspensão, e o caso foi retomado na sessão da tarde no mesmo dia, quando o Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência. Para ele, seriam as instâncias ordinárias o juízo natural para a análise da culpabilidade, motivo pelo qual as decisões de segunda instância proferidas em observância ao devido processo legal já seriam executáveis (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019f; MORAES, 2019).

Logo após, votaram os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, ambos também favoráveis à execução provisória da pena.

Este último desenvolveu extensa argumentação no sentido de que o art. 283, do CPP, admitiria mais de uma interpretação possível e declarou a sua constitucionalidade, mas com interpretação conforme a Constituição para excluir a leitura de que a norma impede a

¹³⁸ Na segunda sessão, falaram os representantes do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

execução provisória da pena (BARROSO, 2019a, p. 1-2). Segundo Barroso, a CF/88 distinguiria a prisão da culpabilidade, condicionando apenas esta ao trânsito em julgado. Aquela, por outro lado, seria justificável a partir da condenação em segundo grau, quando há “sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal”, ideia reforçada pela previsão legal sobre a ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais (op. cit., p. 18-20).

Ademais, o ministro revestiu o seu voto com fundamentos pragmáticos, reiterando o discurso que já vinha proferindo desde 2016, em prol da diminuição do manejo abusivo de recursos, da morosidade e do seletivismo do sistema processual penal, da valorização das instâncias ordinárias e da “quebra do paradigma da impunidade” (op. cit., p. 7-10, 17-18). Em reforço a tais colocações, apresentou dados estatísticos sobre o baixo percentual de recursos providos nos tribunais superiores e sobre o número de acordos de colaboração premiada celebrados (op. cit., p. 23).

Dadas as diferentes linhas argumentativas, a constitucionalidade do artigo 283 tornara-se questão tão complexa que Moraes, Barroso e Fachin foram todos favoráveis à prisão em segunda instância, mas, enquanto os dois primeiros julgaram as ações parcialmente procedentes, para dar ao dispositivo interpretação conforme, o último julgou-as improcedentes. Com esses votos, operou-se nova suspensão.

No dia seguinte, o julgamento foi reaberto com o voto da Ministra Rosa Weber, sobre o qual pendia grande especulação da mídia e da sociedade¹³⁹, em função de sua curiosa postura no “caso Lula”¹⁴⁰.

Diante das críticas que viera sofrendo, Weber discorreu longamente sobre o respeito à vontade do Plenário e à equidade na prestação jurisdicional como os motivos determinantes de sua atuação. E, já que na visão da ministra, o controle abstrato seria a única via adequada para a “cognição plena da questão de fundo em debate” (e não o *habeas corpus*), haveria agora espaço para retomar aquela que disse ter sido sempre a sua convicção pessoal sobre o tema: a impossibilidade de iniciar o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado (WEBER, 2019, p. 36-41)¹⁴¹.

Segundo Weber, no tocante à questão de fundo, a Constituição definiria, “com todas as letras, queiramos ou não”, a presunção de inocência de forma atrelada ao marco do

¹³⁹ Ver, por exemplo, a matéria publicada na página *on line* do jornal “Estadão” horas antes do julgamento (MOURA; PUPO, 2019).

¹⁴⁰ Sobre o voto da ministra no “caso Lula”, consultar o item 3.3.6.2.1.

¹⁴¹ Nas palavras da ministra: “Não se diga, portanto, que alterei na oportunidade o meu entendimento quanto ao tema de fundo, que hoje volta à análise. Minha leitura constitucional sempre foi a mesma” (op. cit., p. 41).

trânsito em julgado, não competindo ao Supremo decidir se a norma do art. 283, do CPP, seria ou não a mais desejável para os escopos do sistema processual penal; tão somente se seria compatível com a Carta Magna (op. cit., p. 11-12, 31).

Além da ministra, votaram também os Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, o primeiro favorável à prisão em segunda instância e o segundo contrário, totalizando, ao final da sessão, um placar de quatro votos contra três pela admissibilidade.

Ao tempo, o tema era manchete nos principais veículos midiáticos do país, objeto de uma cobertura que, por vezes, extrapolava os aspectos objetivos do caso e dos votos para dar destaque a frases de efeito dos ministros e gráficos comparativos de suas posições¹⁴².

O Plenário apenas se reuniu novamente em 07 de novembro de 2019, naquela que foi a quinta e derradeira sessão voltada ao julgamento das ADCs. A primeira a se pronunciar foi a Ministra Cármen Lúcia, que manteve o seu entendimento de sempre, pela admissão da execução antecipada (ROCHA, 2019).

Então, teve vez o aguardado voto de Gilmar Mendes, assim tido em razão da oscilação pessoal do ministro ao longo do tempo – ele já havia expressado ao menos três opiniões distintas sobre a questão¹⁴³.

Um dos temas centrais do discurso do ministro foi justamente a evolução de seus posicionamentos, motivada por “alterações no contexto normativo e fático subjacentes ao debate” (MENDES, 2019e, p. 10), em cotejo com a evolução da jurisprudência do Supremo, tida por ele como “um experimentalismo institucional em torno dessa matéria” (op. cit., p. 5). E, nesse contexto, Mendes salientou que sua primeira mudança de entendimento, em 2016, tivera a finalidade pragmática de combater a inefetividade do sistema recursal penal. A segunda mudança, operada a partir de 2017, já havia sido explicada por ele em diversas oportunidades anteriores: fundara-se na má-compreensão que as instâncias ordinárias teriam feito da orientação fixada pelo Plenário em 2016, consagrando, de forma abusiva, o automatismo da prisão em segundo grau (op. cit., p. 11-14).

Por ocasião do julgamento das ADCs, o ministro entendeu por necessário novo “exercício de reflexão de aderência à realidade institucional” e, constatando que o STJ e o STF desempenhariam papel ativo na proteção de direitos fundamentais no plano subjetivo, concluiu que o “marco seguro de início do cumprimento da pena” seria mesmo o trânsito em

¹⁴² Ver, a título, de exemplo, as reportagens exibidas no portal de notícias “G1” (D’AGOSTINO; OLIVEIRA, 2019), na “Folha de São Paulo” (APÓS..., 2019) e no “Migalhas” (STF SUSPENDE..., 2019), todas do dia 24 de outubro de 2019.

¹⁴³ Lembre-se que, em 2009, Gilmar Mendes posicionou-se pela inconstitucionalidade da execução antecipada. Modificou o seu entendimento em 2016, admitindo o cumprimento provisório a partir da segunda instância. Por fim, em 2018, entendeu que o marco inicial deveria ser a decisão do STJ.

julgado (op. cit., p. 16-19). Mendes também destacou a possibilidade de alteração do próprio conceito de trânsito em julgado como forma de mitigar os prejuízos de um sistema moroso e ineficiente, o que, contudo, deveria partir de uma atuação do legislador (op. cit., p. 19-20).

Logo após, foi dada a palavra ao Ministro Celso de Mello, que julgou procedentes as ações, apontando que o princípio da presunção de inocência elegeria o trânsito em julgado como condição inafastável para a imposição de pena ao condenado. E o fez salientando que, a despeito das oscilações do tribunal, esse sempre fora o seu juízo, durante mais de trinta anos (MELLO FILHO, 2019a, p. 30).

Ainda, o decano aproveitou a oportunidade para criticar a atuação da corte como um todo, afirmando que seus julgamentos deveriam primar pela imparcialidade e independência exigidas pelo regime constitucional, afastando-se de pressões externas, como as resultantes do clamor popular e da pressão das multidões (op. cit., p. 10).

Por fim, o julgamento foi concluído com o voto do Ministro Dias Toffoli, que também representou outra inovação individual: antes defensor da execução a partir do esgotamento da jurisdição do STJ, o presidente entendeu que a prisão penal apenas poderia ser decretada com o trânsito em julgado. Justificando a alteração, explicou que a análise pretendida em sede de ADC seria restrita ao plano abstrato, para aferir a compatibilidade ou não entre o art. 283, do CPP, e a Constituição Federal.

Ademais, em concepção próxima à expressada por Gilmar Mendes, defendeu que o momento da prisão poderia ser alterado, desde que a reforma fosse feita pelo legislador (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019g; TOFFOLI, 2019b).

Ao final de cinco sessões e mediante o apertado quórum de seis votos contra cinco, *estava novamente consagrada a inadmissibilidade da execução provisória da pena, naquele que se reputa um dos julgamentos mais importantes do ano de 2019*¹⁴⁴.

3.3.7.3 A repercussão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade

O julgamento das ADCs não encerrou as discussões sobre o princípio da presunção de inocência e a prisão após a condenação em segunda instância. Várias questões sobre a amplitude e os efeitos da decisão do STF passaram a ser suscitadas.

¹⁴⁴ Assim foi considerado numa retrospectiva de 2019 do próprio setor de comunicação do STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019i).

Na esteira da ideia defendida por Mendes e Toffoli – de que seria possível alterar o momento inicial da execução por iniciativa do Congresso – ganharam destaque algumas *propostas de emenda constitucional*.

A mais antiga de todas era a PEC n.º 410/2018, originária da Câmara dos Deputados e já em tramitação ao tempo do julgamento. Ela concedia nova redação ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição, a saber: “ninguém será considerado culpado até a confirmação da sentença penal condenatória em grau recursal”. Contudo, justamente pela polêmica ínsita à possibilidade de alteração do dispositivo, o projeto foi arquivado em dezembro de 2019 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Paralelamente a ela, outra proposta havia surgido no Senado Federal (PEC n.º 05/2019), com pretensão de inserir o inciso XVI, no art. 93 da CF/88, com a seguinte disposição: “a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos”. Apesar de não interferir diretamente no princípio da presunção de inocência, a PEC visa contorná-lo para permitir a execução provisória (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2019).

Por fim, o arquivamento da PEC n.º 410/2018 na Câmara levou os deputados a apresentarem a PEC n.º 199/2019, um projeto que visa transformar os recursos extraordinário e especial em ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, antecipando, assim, o momento do trânsito em julgado (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Ainda no âmbito do Legislativo, o ex-Juiz da “Lava Jato” e então Ministro da Justiça, Sergio Moro, apresentou, no início de 2019, o seu “*Projeto de Lei Anticrime*”, que tinha dentre seus objetivos o de consagrar a execução provisória automática a partir da segunda instância, mediante a modificação dos artigos 283 e 637 do Código de Processo Penal e inclusão de um novo dispositivo, o artigo 617-A¹⁴⁵.

Todavia, o anteprojeto de Moro teve a maior parte de suas propostas rejeitada pela Câmara, inclusive as medidas que autorizavam a execução antecipada. O desfecho deu-se com a promulgação da Lei n.º 13.964, em 24 de dezembro de 2019 que, conforme mencionado, empreendeu verdadeira revolução no processo penal brasileiro.

Apesar de apelidada de “Pacote Anticrime”, a lei apresenta caráter bastante heterogêneo, uma vez resultante da reunião de propostas atinentes a projetos de lei distintos

¹⁴⁵ No anteprojeto de lei proposto por Moro, a redação do art. 617-A seria a seguinte: “Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.” (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

(LIMA, 2020, p. 104-105). Basta verificar, por exemplo, que, se por um lado, o art. 283 teve seu conteúdo preservado, por outro, a lei alterou o art. 492, inciso I, “e”, do CPP, para instituir a execução provisória automática da pena igual ou superior a 15 anos de reclusão imposta pelo Tribunal do Júri (op. cit., p. 1541).

Para além dos próprios ministros e do Poder Legislativo, a doutrina também se debruçou – e ainda se debruça – sobre a plausibilidade de implantação da prisão em segundo grau por meio de emenda constitucional. A questão gira em torno da natureza da norma insculpida no art. 5º, LVII, da Constituição; se seria ou não uma cláusula pétrea¹⁴⁶.

À guisa de uma conclusão para o capítulo, cabe ressaltar que, até a data de término deste trabalho, o tema da execução provisória da pena mostrava-se bastante instável. No campo legislativo, as PECs n.º 05/2019, do Senado, e n.º 199/2019, da Câmara, ambas referentes à segunda instância, ainda estavam em tramitação nas respectivas casas iniciadoras. A última delas foi, inclusive, noticiada pela imprensa no mês de julho de 2020, devido a uma mobilização de alguns deputados a respeito de seu alcance (GRUPO..., 2020). Já no campo do Judiciário, a discussão em evidência passara a ser a possibilidade ou não da execução provisória da pena no caso de condenação pelo Júri, sobretudo em função do princípio da soberania dos veredictos (LIMA, 2020, p. 1539-1541). E, a título de projeção, o tema está longe de ser pacificado.

¹⁴⁶ Em oposição ao entendimento de Toffoli e Mendes, Marco Aurélio afirmou tratar-se o princípio da presunção de inocência de uma garantia individual do cidadão e que, portanto, gozaria do atributo da imutabilidade inerente às cláusulas pétreas (CANÁRIO, 2019). A posição do ministro, que já o acompanhava há muito tempo, sempre foi compartilhada por Lewandowski (2019a, p. 3). E, no âmbito da doutrina, foi defendida também pelos juristas Lenio Luiz Streck e Marcelo Cattoni (2019) e Aury Lopes Jr. (2019), por exemplo. Na linha oposta, convergindo ao entendimento de Toffoli e Mendes, Luiz Flávio Gomes mostrou-se favorável à “prisão após 2º grau implantada por meio de emenda constitucional, que defina o que é coisa julgada”, chegando, inclusive, a apresentar aquela que seria a sua PEC (2019). E também Renato Brasileiro de Lima reconheceu a possibilidade de reforma da Constituição para alterar a natureza jurídica dos recursos extraordinário e especial e transformá-los em sucedâneos recursais (2020, p. 55).

4 MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL: da clássica tripartição a uma abordagem inter-relacional

4.1 Nota introdutória

Este capítulo orienta-se à exposição do marco teórico da pesquisa (os modelos comportamentais aplicados aos processos decisórios do Supremo Tribunal Federal em casos difíceis) para introduzir o leitor à sua parte essencial – a análise comportamental do caso da execução provisória da pena. Com efeito, desempenha uma espécie de transição entre os dois capítulos anteriores, um de caráter dogmático e o outro histórico-evolutivo, ambos mais afeitos à tradição da pesquisa em direito, e o capítulo subsequente, com proposta predominantemente interdisciplinar e baseada em métodos empíricos.

Assim, o capítulo 4 percorre os trabalhos sobre os modelos de comportamento judicial, desde as clássicas obras abrangentes da doutrina americana até alguns estudos empíricos mais especializados, inclusive brasileiros, e traz um exame detalhado dessas ferramentas de análise – sua origem e natureza, a forma mais tradicional de classificação, as sugestões integrativas e a aplicação para os processos decisórios do STF.

4.2 Análise comportamental aplicada ao direito: uma perspectiva de superação do dogmatismo jurídico

A cultura jurídica tradicional sempre esteve preocupada em consagrar a autonomia do direito como ramo das ciências humanas, em afirmá-lo como um campo específico, determinado e autossuficiente, regido pela lógica do “império da lei” (TUMONIS, 2012, p. 1364).

Nessa tradição, as regras e princípios constituem um ordenamento completo e coerente que, associado às técnicas de interpretação aceitas pela comunidade jurídica, é capaz de fornecer soluções para todas as situações concretas (IGREJA, 2017, p. 11; TUMONIS, 2012, p. 1363; BARROSO, 2013, p. 421-422, 424). O Poder Judiciário, por sua vez, atua conforme a lógica do “império da lei”, na medida em que seus membros estão condicionados a desempenhar uma tarefa quase que mecânica, meramente silogística, de descobrir a norma adequada e aplicá-la à situação (TUMONIS, 2012, p. 1363-1365). Assim, os juízes exercem suas funções de forma racional e imparcial, alheios à influência de fatores externos ao

ordenamento. E, na perspectiva institucional, porquanto seja o Judiciário independente, há condições para um “governo de leis”, e não “de juízes” (BARROSO, 2013, p. 422).

Difundida na academia, essa forma convencional de tratar o direito repercutiu nas produções científicas e doutrinárias (e, de um modo geral, na própria formação dos juristas), dando origem a um padrão jurídico pautado em abordagens abstratas, dogmáticas e prescritivas – o mundo do “dever ser” –, com priorização de métodos teóricos em detrimento dos empíricos (IGREJA, 2017, p. 11).

De todo modo, a concepção tradicional – denominada neste contexto de formalismo jurídico – foi desafiada por um movimento reativo, que surgiu nos Estados Unidos no século XX: o realismo Jurídico (SCHAUER, 2013, p. 752, CESTARI; NOJIRI, 2015, p. 144-146). Apesar de seu arrefecimento, ao menos na condição de movimento organizado e atuante, algumas das proposições realistas constituíram um legado que até hoje marca presença nos estudos em direito, responsável por instigar pesquisas interdisciplinares (em conjunto com a ciência política, a sociologia, a psicologia e a neurociência, dentre várias áreas) e também inspirou o desenvolvimento de uma série de teorias adeptas ao modelo cético¹⁴⁷ (TUMONIS, 2012, p. 1378; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 178-179).

A referência a proposições remete à impossibilidade de se resumir o realismo a uma única teoria, sem incorrer em distorções, devido a seu caráter bastante heterogêneo. Na verdade, trata-se de várias teses que buscaram explicar o conceito de direito e/ou a natureza da atividade judicial, mas agregadas por um núcleo comum de ideias: (I) as normas e a dogmática jurídica não determinam o resultado dos julgamentos, pois há fatores estranhos ao ordenamento que exercem influência preponderante ou até exclusiva nas decisões judiciais; (II) os juízes frequentemente decidem antes de consultar o material jurídico e (III) a justificação das decisões ocorre em momento posterior à sua tomada, visando conferir-lhes uma adequada roupagem jurídica¹⁴⁸, e é desempenhada com facilidade pelos juízes, pois o ordenamento jurídico é complexo, indeterminado e até contraditório (CESTARI; NOJIRI,

¹⁴⁷ Luís Roberto Barroso utiliza a expressão “modelo cético” para se referir aos movimentos e teorias que se contrapõem à ideia de direito como ramo autônomo, independente da política e dos fenômenos sociais em geral (2013, p. 430). Como exemplos de movimentos compreendidos nesse modelo, Tumonis aponta os *critical legal studies* e a análise econômica do direito (2012, p. 1378).

¹⁴⁸ Oliver Wendell Holmes Jr., justice da Suprema Corte norte-americana e uma das principais referências do movimento realista, considerava que a lógica nas decisões judiciais seria apenas ilusória. Em suas palavras: “Por detrás da forma lógica reside um julgamento quanto ao valor relativo e importância de fundamentos legais concorrentes, frequentemente um julgamento inarticulado e inconsciente, é verdade, e ainda a própria raiz e nervo de todo o processo” (2009, p. 18, tradução nossa). Texto original: “*Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding.*”

2015, p. 144-146; TUMONIS, 2012, p. 1367, 1378; SCHAUER, 2013, p. 754; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 174-175; POSNER, 1990, p. 1656-1658).

A heterogeneidade reside principalmente na divergência, dentre os autores realistas, sobre quais seriam esses fatores estranhos ao ordenamento e com capacidade para influenciar as decisões judiciais: valores ideológicos e políticos, palpites gerados a partir do contato com o caso, preconceitos e idiosincrasias incorporados à personalidade do julgador, determinantes sociais, dentre outros (SCHAUER, 2013, p. 754-756; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 175-176).

Todavia, a credibilidade do movimento foi colocada em xeque pelas críticas direcionadas à sua metodologia, que estaria muito mais próxima da observação e da retórica de que propriamente dos métodos científicos.

E também sofreu um duro golpe pela difusão da teoria positivista de Herbert L. A. Hart (POSNER, 1990, p. 1659; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 178). Valendo-se da filosofia analítica da linguagem, o autor traçou considerações sobre a existência de casos fáceis e casos difíceis no direito, distinção essa que foi sendo aprimorada pela doutrina. De uma forma geral, aponta-se que, enquanto para os casos fáceis, a solução é clara e inequívoca, ditada a partir da aplicação direta de uma norma jurídica ou de um entendimento firmado em precedente vinculante¹⁴⁹, para os casos difíceis, não há uma única solução adequada facilmente extraível do ordenamento, demandando, assim, maior esforço interpretativo por parte do julgador (STRUCHINER; BRANDO, p. 2014, p.181-182). Estes – os casos difíceis – estariam atrelados (I) à ausência de norma ou entendimento a ser aplicado; (II) à colisão entre duas ou mais normas em tese passíveis de incidência; (III) à textura aberta da linguagem nos textos jurídicos, marcados por enunciados vagos e ambíguos e (IV) aos desacordos morais razoáveis que decorrem da subjetividade inerente à interpretação (BARROSO, 2013, p. 425-426; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p.182-183).

Dada a ausência de uma margem de discricionariedade nos casos fáceis, apenas os casos difíceis comportariam as explicações realistas sobre a interferência de fatores não jurídicos nos julgamentos¹⁵⁰. Portanto, levando a distinção em consideração, a crítica que surgiu com Hart e, posteriormente, ganhou contornos mais sólidos, relaciona-se ao chamado “efeito seletivo” das ideias realistas. Ocorre que, na prática, a maior parte dos conflitos não

¹⁴⁹ Na atual “cultura dos precedentes”, que vem ganhando força no cenário brasileiro, várias espécies de decisões judiciais são de observância obrigatória pelo Poder Judiciário (artigo 927 do Código de Processo Civil) e, assim, equiparam-se às normas jurídicas.

¹⁵⁰ Interessante destacar aqui as considerações de Frederick Schauer no sentido de que o realismo jurídico não se resumiria às situações de lacuna na lei, pois, mesmo havendo uma norma clara aplicável ao caso, não seria incomum que o juiz dela se afastasse ao tomar sua decisão (SCHAUER, 2013, p. 779).

chega a ser judicializada, mas é resolvida a partir da autocomposição informal praticada pelos indivíduos (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p.181-182). E, dentre os casos que efetivamente aportam no Poder Judiciário, uma maioria pode ser classificada como caso fácil (MELLO, 2018a, p. 693). Os casos difíceis seriam, assim, apenas uma pequena parcela das demandas judicializadas.

De todo modo, as várias conjecturas realistas sobre os elementos extrajurídicos incidentes nas decisões judiciais, isoladas ou combinadas entre si, serviram como hipóteses para posteriores investigações científicas, de cunho interdisciplinar e desenvolvidas com rigor metodológico. Tais investigações são ligadas por uma premissa comum: *a natureza criativa da atividade judicial, presente, ao menos, nos casos difíceis*¹⁵¹ – que, apesar de quantitativamente minoritários, são extremamente relevantes, pois atraem os olhares da mídia e da sociedade e influem nos rumos de um direito em permanente construção. E, assim, elas revelam a insuficiência da posição formalista.

Esse é justamente o *contexto de inserção dos modelos comportamentais*, formas de abordagem para a análise do processo de decisão judicial (OLIVEIRA, 2012a, p. 91) que, com exceção do modelo legalista “puro” (original), foram concebidas a partir de estudos empíricos inspirados pela descrença realista no “império da lei” (MELLO, 2018a, p. 691). Os modelos visam, assim, fornecer explicações para o comportamento de juízes e tribunais com base na observação e apreensão do fenômeno, superando o dogmatismo da convencional pesquisa em direito.

4.3 A clássica tripartição dos modelos comportamentais

Existem, na literatura, diversas formas de classificar os modelos de comportamento judicial¹⁵². Contudo, a mais recorrente é a tradicional divisão entre três modelos principais: *(I) o legalista, (II) o atitudinal* (também conhecido como *ideológico*) e *(III) o estratégico*, cada qual com o conjunto de elementos que considera fundamental e predominante para explicar as decisões judiciais¹⁵³.

¹⁵¹ Alguns autores denominam de “novo realismo jurídico” as várias linhas de estudo mais modernas que têm o escopo de buscar alguma confirmação para as hipóteses realistas, valendo-se, para tanto, de metodologia empírica e relações de interdisciplinaridade com outros ramos do conhecimento humano (MILES; SUSTEIN, 2007, p. 1-5; MACAULAY, 2005, p. 383, 392). Nesse sentido, a análise do processo de decisão judicial na perspectiva dos modelos comportamentais pode ser considerada uma tendência do “novo realismo jurídico”.

¹⁵² A título de exemplo, Sustain et al. (2006), Gibson (1983) e Oliveira (2012a).

¹⁵³ A divisão que compreende os modelos legalista, atitudinal (ideológico) e estratégico é referida por Baum (2008) e adotada, dentre outros, por Segal e Spaeth (2002), que se dirigem a este como “modelo da escolha racional”. No Brasil, aponta-se Mello (2018), Barroso (2013) e Arguelhes e Ribeiro (2013).

Situado no campo da análise comportamental, o presente trabalho não poderia deixar de abordar essa clássica tripartição, a qual funcionou como ponto de partida para a estruturação da abordagem empírica do capítulo seguinte. Todavia, conforme se verá mais à frente, optou-se pela não utilização da referida divisão de forma rígida, com o aproveitamento de suas considerações em eixos de análise mais dinâmicos, porquanto se entenda que elementos tidos como preponderantes em cada um dos três modelos incidiram de forma inter-relacionada no caso em estudo, sendo mais adequado tratá-los de maneira conjunta¹⁵⁴.

Para enfatizar essa escolha, pertinente a ressalva feita por Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, expoentes do modelo atitudinal. Logo no início de sua obra mais famosa – “*The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*” –, os autores alertam para o fato de que os modelos são “representações simplificadas da realidade” e, assim, “propositalmente ignoram alguns aspectos da realidade e focam, no lugar, numa seleção de fatores cruciais, normalmente relacionados” (2002, p. 45, tradução nossa¹⁵⁵). Segundo Segal e Spaeth:

Como os modelos simplificam a realidade, não podemos julgá-los como verdadeiros ou falsos; em sentido estrito, todos os modelos são falsos, pois propositalmente excluem fatores idiossincráticos e triviais que podem influenciar lateralmente o comportamento em questão. Ao invés disso, julgamos os modelos pela sua utilidade ou não para nos auxiliar a entender esse comportamento (2002, p. 46, tradução nossa¹⁵⁶).

Ressalvas desse tipo não são exclusivas dos autores, mas estendem-se a importantes teóricos filiados a algum dos modelos tradicionais e também a defensores de perspectivas mais diversificadas. Incluído neste último grupo, Lawrence Baum, por exemplo, observou que “os modelos intencionam simplificar a realidade para propósitos analíticos, e muitos estudiosos que os adotam aceitariam concepções mais amplas de motivação judicial” (2008, p. 5, tradução nossa¹⁵⁷).

Reconhece-se, assim, que há limitações que permeiam a técnica da definição de modelos, inerentes a seu objeto de estudo – o comportamento humano. Limitações essas que

¹⁵⁴ Para a presente pesquisa, uma “abordagem inter-relacional” é aquela que se desenvolve em perspectiva complementar, sobreposta e fluida dos elementos que compõem os modelos tradicionais de comportamento judicial. A justificativa para essa opção poderá ser encontrada na subseção 4.5.

¹⁵⁵ Texto original: “*A model is a simplified representation of reality; it does not constitute reality itself. Models purposefully ignore certain aspects of reality and focus instead on a select and often related set of crucial factors*”.

¹⁵⁶ Texto original: “*Because models simplify reality, we cannot judge them as true or false, for, strictly speaking, all models are false in that they purposefully exclude idiosyncratic and trivial factors that may marginally influence the behavior in question. Rather, we judge models by whether they are useful in helping us understand that behavior*”.

¹⁵⁷ Texto original: “*Models are intended to simplify reality for analytic purposes, and many scholars who adopt those models would accept broader conceptions of judicial motives.*”

não são elididas com a proposta de um estudo inter-relacional sobre as abordagens da tradicional tripartição. Contudo, espera-se que tal proposta possa ao menos reduzir as perdas inerentes à catalogação, bem como evitar que aspectos relevantes do comportamento decisório dos tribunais sejam ignorados.

De todo modo, os modelos, dos mais puros aos mais complexos, são capazes de fornecer hipóteses explicativas valiosas quando fundados em dados empíricos e interpretações sólidas do desenho institucional¹⁵⁸ vigente (ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 87).

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo dos três modelos clássicos, tarefa imprescindível para situar a análise empírica e justificar a sua estruturação em eixos que relacionam componentes legalistas, atitudinais (ideológicos) e/ou estratégicos, ainda que, pela própria natureza do caso em apreço, os dois últimos sejam merecedores de maior destaque.

4.3.1 O modelo legalista

Associado à cultura tradicional, que enxerga o direito como um sistema determinado, pré-existente e autossuficiente, o modelo legalista, em sua formulação mais básica, enuncia que *as decisões judiciais são tomadas com base no “material jurídico ortodoxo”*¹⁵⁹ – o conjunto formado por regras, princípios e entendimentos firmados em precedentes vinculantes, aplicados de acordo com as técnicas compreendidas na dogmática tradicional¹⁶⁰ (BARROSO, 2013, p. 445, MELLO, 2018a, p. 692).

Dentro desse quadro, os juízes desempenhariam um simples papel de “boca da lei”, responsáveis por analisar o caso concreto e procurar, no universo jurídico, a norma ou o entendimento que ditaria a sua solução. Seriam, assim, imparciais em seus julgamentos, imunes a qualquer ingerência ideológica ou contextual (OLIVEIRA, 2012a, p. 91; EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 2; BAUM, 2008, p. 8).

Nas palavras de Sergio Nojiri, o tradicional modelo legalista

[...] parte do pressuposto de que as decisões judiciais são substancialmente definidas à luz do significado claro e indiscutível das leis da Constituição e dos precedentes. Dessa forma, haveria pouco espaço para fatores extrajudiciais (com o p. ex. preferências pessoais) no ato de decidir, uma vez que juízes e juízas devem se basear

¹⁵⁸ O desenho institucional compreende os elementos contextuais que viabilizam a atuação política do Judiciário e os instrumentos de que dispõem os julgadores para tanto (OLIVEIRA, 2012a, p. 90).

¹⁵⁹ A expressão foi importada da obra de Mello (2018a).

¹⁶⁰ A título de exemplo, aponta-se os métodos tradicionais de interpretação de Savigny (gramatical, lógico, sistemático e histórico), as lições sobre hermenêutica constitucional e a técnica da ponderação de princípios de Robert Alexy.

única e exclusivamente nas fontes oficiais do direito, principalmente na lei (2017, p. 314-315).

Contudo, Segal e Spaeth apontam que o referido modelo não compreende apenas a ideia de mecanicidade da atividade judicial (ora tratada como a sua formulação básica), mas apresenta também variações mais sofisticadas, concebidas por alguns teóricos do modelo da escolha racional e da área da Política. Para os primeiros, a aplicação do “material jurídico ortodoxo” poderia constituir um dos possíveis objetivos buscados pelos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos; para os segundos, tais membros seriam influenciados pela crença de que haveria expectativas externas sobre sua vinculação à lei (2002, p. 48, 52-53).

Ademais, o aprimoramento legalista pode ser verificado a partir da incorporação de algumas de suas premissas por adeptos de outros modelos (BAUM, 2008, p. 9). Howard Gillman, por exemplo, explora a evolução do diálogo entre behavioristas e legalistas, indicando a controvérsia existente sobre a natureza da influência da lei (em sentido amplo) nas decisões – se seria ela (I) um constrangimento externo, uma espécie de moldura para a atuação judicial; ou (II) um fator incorporado ao “estado de espírito” (“*state of mind*”) dos julgadores, um “senso de obrigação” (“*sense of obligation*”) para nortear a busca da melhor decisão (2001, p.469, 485-486).

No contexto dessas sofisticções, questiona-se se o comportamento judicial que resulta na aplicação direta de uma norma ou precedente, quando motivado por razões outras que não o comprometimento do magistrado com o direito positivo, poderia ser realmente classificado como uma postura legalista. Na visão crítica de Segal e Spaeth, essas razões outras estariam sempre presentes nas decisões tomadas pela Suprema Corte norte-americana e, assim, o modelo legalista serviria apenas para racionalizá-las, mascarando a realidade do processo decisório (2002, p. 53).

Por outro lado, concorda-se com Patrícia Perrone Campos Mello no sentido da importância do modelo legalista para explicar os casos fáceis, presentes também em cortes superiores¹⁶¹. Tratando-se do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a grande maioria das decisões é proferida de forma monocrática, com base na mera reiteração de jurisprudência ou em critérios formais de (in)admissibilidade¹⁶², fato que evidencia a existência, nesses casos,

¹⁶¹ Uma análise que vai ao encontro das considerações de Mello, embora focada nas decisões de cortes inferiores, é a que consta da obra de Charles A. Johnson (1987). De forma geral, o autor concluiu pela validade do modelo legalista especialmente para a atividade das cortes inferiores, que, em grande parte de suas decisões, vinculam-se aos entendimentos firmados pela Suprema Corte norte-americana, notadamente, quando há grande similaridade de fatos e litigantes entre o caso em questão e o precedente (op. cit., p. 338-339).

¹⁶² A título de exemplo, o artigo 21, §1º, do Regimento Interno do STF, dispõe que o ministro relator poderá, monocraticamente, “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou

de respostas jurídicas claras e objetivas, as quais dificultariam uma atuação discricionária por parte do ministro (MELLO, 2018a, p. 693; ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 113-114).

De todo modo, há certa convergência entre os estudiosos acerca da insuficiência das explicações legalistas para os casos difíceis, o que faz descartar a adesão a um modelo legalista “puro”, capaz de teorizar sozinho sobre a atividade judicial em geral (MELLO, 2018a, p. 693; ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 114-115; NOJIRI, 2017, p. 321).

Nesse sentido, aponta-se que o modelo legalista não é capaz de explicar as decisões (I) proferidas em casos que apresentam peculiaridades fáticas, cuja temática principal, posta de tal forma, nunca fora decidida; (II) que demandam o esforço do intérprete para aplicar cláusulas abertas, preencher conceitos jurídicos indeterminados ou solucionar colisões de normas, principalmente normas-princípios; (III) que se distanciam da interpretação mais óbvia das normas jurídicas ou dos entendimentos firmados em precedentes; ou (IV) que denotam uma oscilação jurisprudencial do órgão julgador sobre determinada matéria.

Essa insuficiência torna-se ainda mais evidente quando o foco de análise recai sobre tribunais superiores, que, em geral, são os maiores responsáveis pela apreciação – e solução, com certo grau de estabilidade – de casos difíceis. Isso em função de uma série de fatores: tais órgãos lidam com questões envolvendo valores fundamentais da ordem político-social de um Estado, têm acesso dificultado aos jurisdicionados e maior facilidade para selecionar os casos que irão julgar (ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 113), submetem-se a poucos mecanismos de controle formal (BARBOSA, 2018, p. 58) e produzem decisões que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário.

Veja-se, contudo, que apontar a insuficiência do modelo legalista para a explanação de casos difíceis não significa adotar uma perspectiva extremada de que as normas jurídicas não interferem de forma alguma nos resultados de tais casos¹⁶³. Significa, na verdade, afastar a ideia de “jurisprudência mecânica” e atentar-se para a coparticipação – e até para o protagonismo – de elementos extrajurídicos nos processos decisórios, mas sem descartar a presença de elementos jurídicos, ainda que se conclua pela sua atuação secundária – meramente conformadora – das decisões judiciais (NOJIRI, 2017, p. 316). É essa a concepção que foi incorporada na pesquisa.

contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente [...]”

¹⁶³ Gillman aponta que visões desse tipo foram propagadas por autores ligados a uma versão mais radical do realismo jurídico e, posteriormente, por certas vertentes do modelo atitudinal. Nelas, a total rejeição da influência de fatores jurídicos teria surgido como uma reação ao formalismo e suas premissas de “império da lei” e “jurisprudência mecânica” (2001, p. 471).

4.3.2 O modelo atitudinal

O modelo atitudinal (ou ideológico) foi desenvolvido nos Estados Unidos a partir de conceitos-chave do realismo jurídico, da psicologia behaviorista e da economia. Em sua concepção mais tradicional, formulada por Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, sustenta que *os juízes tomam decisões com base em suas atitudes – crenças sobre determinado objeto ou situação – e valores ideológicos, à luz dos fatos que compõem o caso* (2002, p. 86 e 81).

Segal e Spaeth dedicaram-se a compreender o comportamento da Suprema Corte norte-americana e, sobretudo, a mensurar a influência da ideologia nas decisões de seus membros. Para os autores, os *justices* da Suprema Corte buscariam sempre expressar, nos resultados dos julgamentos, uma maximização de suas preferências pessoais, e não encontrariam resistência para tanto (ao menos no que tange às decisões finais de mérito), uma vez que as regras e estruturas institucionais¹⁶⁴ propiciariam ampla liberdade para sua atuação (op. cit., p. 92-97). Concluem, assim, que o modelo atitudinal é o mais adequado para explicar o seu objeto de estudo, sem, no entanto, descartar as ponderações de ordem estratégica para juízes pertencentes a cortes inferiores (op. cit., p. 111-112).

Com efeito, a inclusão do pensamento estratégico na teoria dos autores, ainda que secundária, foi consequência do desenvolvimento de estudos que concluíram pela presença de tal elemento na tomada de decisão, apontando a falta de coerência de explicações ideológicas “puras” e aplicadas indiscriminadamente ao comportamento judicial (BAUM, 2008, p. 7).

De todo modo, a abordagem atitudinal serviu como paradigma para diversos estudos empíricos que eclodiram nas décadas de 1970 e 1980¹⁶⁵, ligados entre si pela ideia de que *a ideologia do julgador – ainda que compreendida de formas diversas – exerce papel central em suas decisões*. O cenário político-social norte-americano, marcado por um dualismo ideológico entre progressismo e conservadorismo, que remete ao regime político de predomínio bipartidário (Partido Democrata *versus* Partido Republicano)¹⁶⁶, foi um contexto muito propício ao seu desenvolvimento.

¹⁶⁴ Segal e Spaeth se referem à hierarquia da corte no sistema de justiça, que não tem suas decisões revistas por qualquer outra instituição, ao poder que ela tem de definir a sua própria agenda e à ausência de responsabilidade política em relação ao presidente, ao Congresso ou mesmo à opinião pública (2002, p. 93- 96).

¹⁶⁵ A abordagem atitudinal é uma das variantes inseridas no modelo sociopsicológico, este predominante para explicar o comportamento judicial na década de 1980, quando comparado às teorias baseadas na perspectiva da escolha racional (como é a estratégica). Essa predominância deu-se principalmente pela existência de evidências empíricas compatíveis com as teorias sociopsicológicas, em contraposição à ausência de variáveis sistêmicas que pudessem servir de prova para atuações estratégicas (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 632-633, p. 638-639).

¹⁶⁶ Costuma-se referir ao sistema político norte-americano como bipartidário porque, embora existam outros partidos políticos além do Democrata e do Republicano, estes dois sempre constituíram um verdadeiro

De uma forma geral, tais estudos visavam construir padrões preditivos dos votos dos magistrados com base em seu perfil ideológico. A título de exemplo, Segal e Albert. D. Cover criaram uma medida independente para a ideologia dos *justices* da Suprema Corte (consistente no grau de progressismo ou conservadorismo) a partir de análises realizadas por editoriais de jornais, testando-a nos votos proferidos em determinado período (1989, p. 559-560)¹⁶⁷.

Posteriormente, Cass Sustein *et al.* desenvolveram uma série de pesquisas que associavam a ideologia dos juízes de cortes federais de apelação ao partido político do presidente responsável pela sua nomeação – denominada de “ideologia política” (“*political ideology*”) –, buscando aferir sua influência nos julgamentos de casos difíceis (2006, p. 4-5).

Além de confirmarem a hipótese de que juízes nomeados por presidentes republicanos seriam mais conservadores do que juízes nomeados por presidentes democratas (ao menos no julgamento de determinadas matérias), os autores concluíram também pela existência de modulações da inclinação ideológica em função da composição de determinada corte – os “efeitos colegiados” (“*panel effects*”)¹⁶⁸. Nesse sentido, em colegiados formados por dois magistrados relacionados a determinada ideologia, e um magistrado relacionado à ideologia oposta, haveria uma grande disposição deste a aderir ao padrão de voto esperado dos demais, mitigando sua própria inclinação política. Por outro lado, uma composição uniforme, com três magistrados indicados por um mesmo partido político, geraria o chamado “efeito de amplificação” (“*amplification effects*”) sobre as inclinações ideológicas, resultando em votos ainda mais liberais ou mais conservadores (2006, p. 8-11).

Na mesma esteira, Lee Epstein e Segal produziram detalhado trabalho sobre o processo de nomeação de juízes para a composição das cortes americanas, a partir do estudo das regras formais e informais que o disciplinam e do papel exercido por atores-chave (em especial, o presidente) combinado com uma revisão histórica (2005, p. 4-5). Os autores argumentaram o caráter eminentemente político do processo, uma vez que juízes também são atores políticos e tendem a expressar as preferências dos responsáveis por sua nomeação.

De fato, com algumas exceções, as decisões dos juízes, e especialmente as decisões dos membros da Suprema Corte, tendem a refletir seus próprios valores políticos. Mais indiretamente, essas decisões também refletem a filiação partidária dos juízes,

“duopólio”; foram raras as raras as ocasiões em que um terceiro partido chegou perto de ganhar as eleições (TOTA, 2008, p. 70).

¹⁶⁷ A pesquisa foi posteriormente atualizada por Segal e Spaeth (2002, p. 322).

¹⁶⁸ Conforme será exposto na próxima subseção, os “efeitos colegiados”, quando decorrentes de um comportamento consciente do julgador, expressam, em certa medida, também atitudes estratégicas (MELLO, 2018, p. 703).

que frequentemente coincide com a filiação partidária do presidente que os nomeou (2005, p. 3, tradução nossa¹⁶⁹).

Parte das críticas dirigidas ao modelo atitudinal reside no mesmo “efeito seletivo” reputado às teses realistas¹⁷⁰. Considerando os vários órgãos do Poder Judiciário, existe uma predominância muito alta de casos fáceis, com pouquíssimo ou nenhum espaço para a manifestação da ideologia do magistrado (SUSTEIN et al., 2006, p. 5). Nesse sentido, os estudos empíricos teriam sido produzidos por meio de amostras seletivas, relacionadas a casos difíceis, não comportando generalização para a tomada de decisão (MELLO, 2018a, p. 696; ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 106-107). Ademais, mesmo entre os casos difíceis, a acurácia das previsões seria muito dependente do tema em debate (NOJIRI, 2017, p. 318). A influência da ideologia fora, assim, superestimada pelos defensores do modelo.

Outra leva de críticas advém de teóricos do modelo estratégico. Para estes, o modelo atitudinal teria concentrado sua atenção demasiadamente nos votos judiciais, desconsiderando a dinâmica da atividade judicial em seu todo¹⁷¹, que, submetida a constrangimentos internos e externos, deixaria pouco espaço para escolhas orientadas à maximização de preferências sinceras e exigiria a adoção de posturas estratégicas (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 637-638).

Mas, ainda que restrito a uma quantidade pequena de casos e mais adequado aos órgãos do Judiciário dotados de maior autonomia¹⁷², ainda que não baste para esclarecer o comportamento judicial em sua inteireza, o modelo atitudinal é dotado de grande valor. Já disseram Sustain *et al.* que “quando a lei não é clara, seres humanos falíveis [os juízes] podem muito bem estar inclinados a entender a lei de uma forma que se harmoniza com suas

¹⁶⁹ Texto original: “*In fact, with scattered exceptions here and there, the decisions of judges, and especially the decisions of Supreme Court justices, tend to reflect their own political values. More indirectly, these decisions also reflect the judges’ partisan affiliation, which just so happens to coincide often with that of their appointing president.*”

¹⁷⁰ Sobre o “efeito seletivo” das teorias realistas, consultar o tópico 4.2.

¹⁷¹ O argumento foi construído da perspectiva da Suprema Corte norte-americana, cujo processo decisório é bem mais complexo do que o do Supremo Tribunal Federal. Em síntese, tal processo inicia-se por uma conferência realizada logo após o relato do caso, quando os membros da corte apresentam suas posições iniciais. Em seguida, um dos membros é designado para redigir uma “opinião” provisória, que circulará para todos os demais. Estes, por sua vez, podem aderir a ela, esperar a manifestação dos colegas, abrir divergência ou sugerir modificações, valendo-se, para tanto, de memorandos. Ao final, há uma nova votação, que resultará na “opinião final”, a qual será publicada. Nesse sentido, ver Epstein e Knight (1995, p. 17-27).

¹⁷² Na obra “*The Behavior of Federal Judges*”, Epstein, Landes e Posner apresentam resultados de pesquisas sobre a influência da ideologia nas três instâncias do Poder Judiciário federal norte-americano e concluem que decisões ideológicas dependem, além da personalidade do julgador, da estrutura do Judiciário. Assim, quanto maior a hierarquia do órgão julgador, menor a possibilidade de utilização dos parâmetros legalistas para a solução do caso e, conseqüentemente, maior o papel da ideologia na decisão (2013, p. 231, 237).

predileções e compromissos” (2006, p. 78, tradução nossa¹⁷³). E, conforme alerta Mello, essa inclinação pode se dar de forma consciente ou mesmo inconsciente (2018a, p. 713).

Assim, esta abordagem assume e apresenta substrato empírico para uma ideia fundamental, mas apenas levada mais a sério¹⁷⁴ em tempos modernos: a ideia de um julgador falível e parcial, dotado de racionalidade limitada e permeável aos mecanismos cognitivos que simplificam e viciam o processo decisório. A ideia de um julgador “de carne e osso”¹⁷⁵ (SUSTEIN et al., 2006, p. VIII).

4.3.3 O modelo estratégico

Referências na matéria, Lee Epstein e Jack Knight afirmam que teorias cunhadas sobre o paradigma da escolha racional¹⁷⁶, como é o modelo estratégico, têm origem em estudos da ciência política do final da década de 1950, fortalecendo-se nos anos subsequentes. Entretanto, devido a seu caráter predominantemente abstrato¹⁷⁷, tais teorias foram ofuscadas, nas décadas de 1970 e 1980, por uma proliferação de pesquisas de índole sociopsicológica em matéria de comportamento judicial – com destaque para as relacionadas ao modelo atitudinal. Finalmente, readquiriram espaço a partir dos anos 1990 (2000, p. 627-630, 635-636).

Para os autores, o ressurgimento do paradigma da escolha racional fora proporcionado pela obtenção de dados sobre o comportamento judicial que, exprimíveis em variáveis sistêmicas, seriam consistentes com a narrativa da interação estratégica, capazes de

¹⁷³ Texto original: “*when the law is unclear, fallible human beings might well be inclined to understand the law in a way that fits with their predilections and commitments.*”

¹⁷⁴ Uma concepção idealizada de julgadores imparciais, extremamente comprometidos com a aplicação das normas jurídicas encontra pouco ou nenhum apoio entre os juristas já há algum tempo, e mesmo a opinião pública questiona as interferências externas nas decisões judiciais. Contudo, as pesquisas científicas que buscam superar o padrão legalista são mais recentes, sobretudo no Brasil.

¹⁷⁵ Expressão original: “*flesh-and-blood judges*”.

¹⁷⁶ De acordo com Jon Elster, a teoria da escolha racional tradicionalmente compreende três diferentes aspectos do processo decisório: (I) a elaboração de uma “lista” de alternativas de ações tidas como viáveis para satisfazer à situação, (II) a consideração dos possíveis resultados de cada uma das ações elencadas, o que pressupõe a existência de sólida base de informações a respeito (III) a classificação das alternativas viáveis de acordo com os resultados a que se espera que elas levem. Nesse sentido, agir racionalmente significaria “simplesmente escolher a ação melhor classificada dentre o rol de alternativas viáveis” (1986, p. 4, tradução nossa). Texto original: “*To act rationally, then, simply means to choose the highest-ranked element in the feasible set.*” Essa teoria apresenta-se como um dos fundamentos da economia neoclássica, na qual impera a presunção do comportamento racional por parte dos indivíduos e das empresas (op. cit., p. 4).

¹⁷⁷ Falou-se no caráter predominantemente abstrato porque as teorias estavam desacompanhadas de estudos empíricos de olhar generalista. Nesse sentido, Epstein e Knight afirmam que os precursores da abordagem estratégica “ofereceram pouco apoio sistemático a essa premissa subjacente e, em vez disso, (1) assumiram a existência de interação estratégica e desenvolveram seus modelos de acordo com tal premissa ou (2) invocaram casos muito particulares para demonstrar sua plausibilidade empírica” (2000, p. 638-639, tradução nossa). Texto original: “*They offered little in the way of systematic support for this underlying premise, and instead either (1) assumed the existence of strategic interaction and developed their models accordingly or (2) invoked highly stylized facts to demonstrate its empirical plausibility.*”

fazer frente, assim, às metodologias utilizadas pelos adeptos ao modelo sociopsicológico (op. cit., p. 638-639).

De todo modo, aponta a doutrina que os modelos estratégico e atitudinal não são completamente distantes. Apresentam, sim, um importante ponto de convergência: a ideia de que os juízes fazem escolhas para alcançar determinados objetivos, de modo a influenciar os rumos do direito no sentido que consideram o mais adequado (BAUM, 2008, p. 9-10).

A diferença está no conteúdo dessas escolhas. Assim, enquanto teóricos do modelo atitudinal afirmam que as decisões são principalmente tomadas de forma sincera, como um simples reflexo das preferências sinceras dos juízes, *adeptos do modelo estratégico concebem o comportamento judicial em feições mais sofisticadas, já que, além da motivação ideológica, os juízes levariam em conta também as possíveis escolhas e reações de outros atores políticos*¹⁷⁸ atuantes num mesmo contexto institucional (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 626, 632; MELLO, 2018a, p. 699; OLIVEIRA, 2002a, p. 91-92). Isso porque, conforme explica Nojiri, esses outros atores políticos seriam capazes de interferir, positiva ou negativamente, nas metas profissionais dos juízes (2017, p. 319).

Ao tratarem dos *justices* da Suprema Corte norte-americana, Epstein e Knight, afirmam que eles

[...] não são personagens simples que fazem escolhas baseadas apenas em preferências pessoais. Ao invés disso, os *justices* são atores estratégicos que percebem que sua capacidade de atingir seus objetivos depende de uma consideração das preferências de outros atores, das escolhas que eles esperam que outros atores façam e do contexto institucional em que atuam (1998, p. xiii, tradução nossa¹⁷⁹).

Ou seja, na abordagem estratégica, as decisões judiciais têm natureza marcadamente racional, porquanto dependentes das interações estratégicas existentes no meio sociopolítico.

Tais interações podem ser **(I) de ordem interna**, quando referentes às relações entre magistrados de um mesmo órgão colegiado, ou **(II) externa**, quando consideram as dinâmicas existentes entre magistrados e/ou órgãos colegiados e atores externos, como outras

¹⁷⁸ O termo “atores políticos” foi utilizado em conotação ampla, para se referir a todas as pessoas e instituições que participam da esfera de debate público, notadamente, os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo e seus membros, a mídia e a sociedade (sobretudo pela formação de uma opinião pública). As relações desenvolvidas entre os atores políticos será tema da subseção 5.4, do cap. 5 (eixo III).

¹⁷⁹ Texto original: “[...] they are not unsophisticated characters who make choices based merely on their own political preferences. Instead, justices are strategic actors who realize that their ability to achieve their goals depends on a consideration of the preferences of others, of the choices they expect others to make, and of the institutional context in which they act”.

instâncias do próprio Poder Judiciário, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a mídia e a sociedade civil (MELLO, 2018a, p. 701-702; EPSTEIN; KNIGHT, 1998, p. 79-98).

De uma forma geral, o modelo em questão descreve o comportamento judicial como decorrência de um *“cálculo estratégico”*: ao ter contato com o caso, o magistrado se esforça para prever como serão os votos de seus colegas (dimensão interna) e/ou quais serão as escolhas e possíveis reações de outros agentes políticos (dimensão externa), então, realiza uma espécie de projeção para verificar se há condições para que seu entendimento sincero possa prevalecer.

Esse “cálculo” pode resultar numa modulação da preferência sincera do magistrado que, seja para participar do desfecho de determinado caso, seja para preservar a autoridade das suas decisões ou do órgão ao qual pertence, evitando/diminuindo custos políticos, adota posição mais moderada, capaz de formar maioria no colegiado e/ou de agradar (ou desagradar menos) os atores externos. Tal moderação é convencionalmente chamada de *“second best decision”* que, de forma simplificada, consiste numa opção estratégica não pela alternativa mais apazível, mas por outra, também aceitável e capaz de melhor acomodar os interesses dos demais atores (MELLO, 2018a, p. 699).

Por outro lado, o “cálculo” também pode fazer com que o magistrado opte por sustentar uma divergência, consignando o seu ponto de vista para alimentar uma imagem a ser exibida a entidades externas (em especial, à mídia e à opinião pública).

Uma boa definição do paradigma estratégico pode ser encontrada na síntese de Segal e Spaeth:

Quando um ator considera as possíveis consequências de suas ações em uma situação de teoria dos jogos e adota a melhor resposta para a situação considerando a informação disponível, pode-se dizer que esse ator comportou-se estrategicamente. Isso pode envolver uma atuação conforme suas preferências sinceras, ou pode envolver uma atuação mais sofisticada que, contrariando suas preferências sinceras, visa obter um melhor resultado (2002, p. 98, tradução nossa¹⁸⁰).

Seguindo o raciocínio, os autores afirmam que o objetivo do “cálculo estratégico” é encontrar um resultado equilibrado e estável, representado pela “melhor resposta à melhor resposta do outro ator” (op. cit., p. 99).

¹⁸⁰ Texto original: *“When an actor considers the ramifications of his or her actions in a game-theoretic situation and makes the best response to that situation given available information, that actor may be said to have behaved strategically. This may involve acting in accordance with one's sincere preferences, or it may involve acting in a sophisticated manner, that is, against one's sincere preference in order to obtain a better result.”*

Os adeptos do modelo aludem para a presença de atitudes estratégicas em todos os órgãos do Poder Judiciário, desde juízes de primeira instância até cortes superiores. Em relação aos primeiros, afirma-se que as explicações legalistas e estratégicas se confundem, porquanto haja maior vinculação às normas jurídicas e à jurisprudência dominante, mas possivelmente motivada por constrangimentos, como o desejo do julgador de não ter as suas decisões reformadas pelas instâncias superiores e o anseio por uma promoção (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 65, 337)¹⁸¹.

Tratando-se de órgãos colegiados, ganha relevo a dimensão interna do modelo e o fenômeno dos “efeitos colegiados” (“panel effects”) que, sob o olhar estratégico, podem ser compreendidos como as influências e moderações conscientes que os membros de um mesmo órgão exercem no posicionamento dos demais, uma vez que as decisões normalmente são tomadas por maioria (MELLO, 2018a, p. 703).

Nesse sentido, Sustain *et al.* apresentam três fatores que seriam representativos dos “efeitos colegiados”: a “polarização do grupo” (“group polarization”), a “conformação” (“conformity”) e o “efeito alerta” (“whistleblower effect”) (2006, p. 64). Dentre eles, acredita-se que os dois últimos possam estar associados também ao “cálculo estratégico”¹⁸².

A “conformação” consiste na adesão de um julgador ao posicionamento de outros membros do grupo, ocasionada ou pela capacidade persuasiva destes (quando o julgador analisa a informação trazida pelos demais membros e assume que o posicionamento deles é mais adequado) ou pela manifestação da “aversão ao dissenso”. Este mecanismo, por sua vez, é reflexo dos altos custos de uma opinião divergente que, além de não alterar o resultado final e exigir maior esforço para a fundamentação, poderia gerar constrangimentos às relações duradouras que se estabelecem entre os componentes do colegiado (op. cit., p. 64-66)¹⁸³.

Já o “efeito alerta” ocorre quando há diversidade ideológica entre os membros do grupo. Assim, em certos casos difíceis, os membros detentores de aspectos subjetivos mais destoantes da opinião majoritária podem trazer informações importantes a um debate que já

¹⁸¹ Os autores citados partem do modelo atitudinal para explicar o comportamento de órgãos das três instâncias do Judiciário, mas agregando-lhe outros fatores. Assim, consideram a atuação dos juízes de primeira instância sob a perspectiva de que haveria maior conformidade aos parâmetros de decisão legalista, a refrear a ideologia (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 237).

¹⁸² Cabe mencionar que os “efeitos colegiados” são referidos na obra de Sustain *et al.* (2006) como fenômenos capazes de modular a ideologia dos julgadores, não propriamente como elementos de atuação estratégica. Aliás, é por essa razão que eles foram mencionados no item anterior, referente ao modelo atitudinal. Neste trabalho, contudo, assume-se que tais efeitos podem ser associados tanto às explicações de um modelo atitudinal mais complexo, quanto às explicações do modelo estratégico (desde que pautados na atuação consciente dos magistrados, neste último caso).

¹⁸³ Quando a matéria tratada no caso for capaz de acionar firmes convicções por parte dos julgadores, superando a “aversão ao dissenso”, há menor chance de ocorrência da “conformação” (SUSTEIN *et al.*, 2006, p. 69-70).

lhes é afeito, informações essas que passam a ser consideradas pela maioria e podem alterar o resultado da decisão (op. cit., p. 79).

Nos estudos de Sustain *et al.*, o papel de “*whistleblower*” é exercido por um juiz que fora nomeado por partido político diferente do que nomeou a maioria (op. cit., p. 81). Mas poderia ser exercido também, por exemplo, por um juiz negro num colegiado formado predominantemente por brancos, por uma juíza mulher num colegiado onde há mais homens¹⁸⁴ ou por um juiz ligado a determinados movimentos sociais.

Contudo, é em cortes superiores com atuação de relevo, como a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, que se verifica a maior incidência de atitudes estratégicas, o que, para os defensores do modelo, está diretamente relacionado com as regras institucionais que disciplinam o seu funcionamento interno e repercutem em sua participação no jogo político (GREENHOUSE, 1996, p. 1538; MELLO, 2018a, p. 702; HORTA; COSTA, 2017, p. 281).

No âmbito interno, tais regras seriam incentivos para que os membros da corte se lançassem em cálculos, ponderações e negociações (oficiais e extraoficiais) envolvendo os interesses e preferências dos demais.

Já no âmbito externo, o desenho institucional, ao mesmo tempo em que proporcionaria às cortes autonomia e poder político, traçaria relações de interdependência entre elas e os demais poderes do Estado. Veja-se: por um lado, tribunais como os referidos são os órgãos máximos do Judiciário, não têm suas decisões revistas no âmbito desse poder e incumbem-se da prerrogativa do controle de constitucionalidade sobre atos normativos emanados das outras esferas (ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 107-108). Por outro, os Poderes Executivo e Legislativo têm capacidade de reagir às decisões judiciais¹⁸⁵, potencialmente gerando custos à autoridade e à legitimidade política da corte. No caso brasileiro, podem fazê-lo, por exemplo, por meio de simples desobediência à decisão ou, ainda, pela elaboração de emenda constitucional tendente a superá-la (op. cit., p. 109).

Por fim, as regras institucionais podem influenciar atuações estratégicas voltadas à sociedade civil, orientadas a alcançar uma unanimidade que seja bem vista aos olhos do público, ou, ainda, a agradar determinados grupos com os quais um ou mais ministros se identifique(m) (HORTA; COSTA, 2017, p. 281).

¹⁸⁴ Nesse sentido, há interessantes estudos de Boyd, Epstein e Martin sobre o efeito do gênero nos julgamentos, nas dimensões individual e colegiada. Ao analisarem casos envolvendo discriminação de gênero julgados pelas Cortes Federais de Apelação norte-americanas, os autores verificaram que a presença de uma juíza mulher nos colegiados influenciava os juízes homens a votarem de maneira mais favorável às vítimas (2010, p. 406-407).

¹⁸⁵ Segal e Spaeth aludem à existência de outro modelo comportamental, que focaliza as relações interdependentes entre a Suprema Corte e o Congresso: o “*separation of powers model*” (2002, p. 103-109).

Da mesma forma que o modelo atitudinal, a doutrina também aponta várias limitações no modelo estratégico, a iniciar pelo seu pressuposto teórico – a teoria da escolha racional. Com efeito, o tradicional dogma econômico de que os seres humanos são dotados de forte racionalidade, capazes de optar pelas alternativas que esperam proporcionar a maior utilidade, foi amplamente descreditado pelo desenvolvimento da economia comportamental e seu novo paradigma – o da racionalidade limitada (RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 462).

Nesse sentido, autores como Daniel Kahneman e Amos Tversky dedicaram-se a demonstrar as imperfeições inerentes ao processo decisório, que frequentemente resulta em escolhas “não ótimas”, sobretudo quando se desenrola em contextos de incerteza ou déficit informacional. Imperfeições decorrentes do acionamento de certos mecanismos cognitivos – as heurísticas¹⁸⁶ e os vieses¹⁸⁷ (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1124) –, da maneira como a questão é apresentada ao indivíduo (“*framing*”) (op. cit., 1986, p. 123) e da influência contextual de alguns sentimentos, como o grau de aversão ao risco (op. cit., p. 124, 132).

Ademais, é comum encontrar nessa literatura constatações de que nem o maior grau de escolaridade do sujeito e nem mesmo a conscientização sobre a existência de distorções cognitivas são capazes de evitar a ocorrência destas nos processos decisórios (HORTA; COSTA, 2017, p. 282).

Assim, ao transportar as considerações da economia comportamental para o processo decisório de um tribunal, os críticos afirmam que, além de não ser possível esperar que os magistrados sempre façam escolhas no intuito de maximizar seus objetivos, também não é viável presumir que eles tenham informação suficiente para prever como se dará a atuação dos outros atores políticos.

Lawrence Baum é um desses críticos. O autor sistematiza duas categorias de condições normalmente apontadas pela doutrina como capazes de favorecer uma atuação voltada a maximizar objetivos: (I) a capacidade de identificar e seguir a melhor estratégia em qualquer situação e (II) a força dos incentivos ao comportamento estratégico (2008, p. 15).

Em seguida, questiona a incidência dessas condições no âmbito do Judiciário, pois, em primeiro lugar, os juízes não seriam dotados de tamanha capacidade preditiva sobre as expectativas e reações do Congresso, da opinião pública ou mesmo de seus colegas. E o autor vai além. Para ele, os incentivos também não seriam fortes, já que um juiz sozinho teria reduzida capacidade de afetar o desfecho de um caso diante das escolhas de outros atores

¹⁸⁶ Heurísticas são procedimentos simplificados para responder a perguntas complexas, úteis até certo ponto, mas capazes de levar a distorções (KAHNEMAN, 2012, p. 110).

¹⁸⁷ Vieses são erros sistemáticos que tendem a se repetir em determinados contextos (KAHNEMAN, 2012, p. 10).

políticos, não se compensando o grande nível de esforço exigido pelo “cálculo estratégico” (que pode nem obter sucesso) (2008, p. 15-18). Nas palavras do autor: “Juízes que agem estrategicamente não asseguram nenhum benefício tangível que seja negado aos juízes que agem sinceramente”¹⁸⁸ (op. cit., p. 16).

Outra leva de limitações converge para o problema da comprovação empírica do modelo. Em primeiro lugar, porque existe grande dificuldade na elaboração de pesquisas quantitativas envolvendo variáveis de mensuração estratégica, seja na demarcação de tais variáveis, seja no processo de coleta de dados (MELLO, 2018a, p. 701; EPSTEIN; KNIGHT, 2002, p. 186; EPSTEIN; KNIGHT, p. 16).

Em segundo, porque quando se recorre à pesquisa qualitativa, a classificação de certas atitudes como estratégicas pressupõe um processo interpretativo que tem tendência a se desenrolar de forma enviesada. Ou seja, primeiro se assume a perspectiva estratégica para depois se buscar, na jurisprudência das cortes, exemplos de comportamentos estratégicos que se amoldem à narrativa (MELLO, 2018a, p. 701; ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 86-87).

Tais críticas revelam que o modelo estratégico, assim como o legalista ou o atitudinal, não é passível de uma generalização que o eleve à condição de esquema geral sobre o comportamento judicial. Conforme já mencionado, o comportamento humano é complexo, incompatível, em certa medida, com a objetivação e a categorização (BAUM, 2008, p. 20).

Todavia, não se pode olvidar a relevância do modelo em questão. Com efeito, na tentativa de superar as críticas metodológicas e aumentar a sua credibilidade, Epstein e Knight empreenderam esforços em pesquisas quantitativas, identificando manifestações de comportamento estratégico na Suprema Corte norte-americana e mensurando-as a partir de certas variáveis (1995, p. 4, 16). Os autores indicaram as seguintes manifestações: modificação de preferências sinceras (“*misrepresentation of preferences*”), persuasão estratégica (“*persuasion/updating*”), barganha¹⁸⁹ (“*bargaining*”) e acomodação (“*accomodating*”), todas elas norteadas pelo “cálculo estratégico” (op. cit., p.17-26) e estudadas até hoje.

Ademais, a importância da abordagem estratégica fica muito evidente numa perspectiva qualitativa, ante a frequência de decisões judiciais, sobretudo advindas de

¹⁸⁸ Texto original: “*Judges who act strategically do not secure any tangible benefits that are denied to judges who act sincerely*”.

¹⁸⁹ Para Sustain et al., a barganha (ao menos numa modalidade informal) estaria relacionada ao mecanismo da “aversão ao dissenso”, na medida em que, por vezes, “os juízes aceitam resultados com os quais não concordam verdadeiramente, esperando e recebendo um nível de reciprocidade [...]” (2006, p. 66, tradução nossa). Texto original: “*Sometimes judges go along with results with which they do not really agree, expecting and receiving a degree of reciprocity [...]*”.

tribunais superiores, que não podem ser esclarecidas pela vinculação às normas jurídicas ou pela influência determinante da ideologia. É o que ocorre, por exemplo, quando se verifica a oscilação jurisprudencial de uma corte em relação a determinado tema, dentro de curto período de tempo e sem que tenha havido qualquer alteração normativa ou mudança significativa em sua composição.

Pensando no caso do Supremo Tribunal Federal, discorda-se de Baum a respeito dos reduzidos incentivos ao comportamento estratégico, já que, conforme será explorado mais à frente, a Constituição e o Regimento Interno são interpretados de modo a conferir amplos poderes à instituição e aos ministros. Isso sem falar no papel de destaque que o Supremo conquistou nos meios políticos (VIEIRA, 2008, p. 447, 450; ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 20, 26). Portanto, em algumas situações, os estímulos à estratégia são vigorosos; possibilidades mais concretas de intervir nos rumos do direito parecem compensar os esforços gastos nos cálculos preditivos.

Isso posto, recomenda-se que o estudo casuístico de decisões que levam a cogitar a estratégia seja feito em paralelo com a análise das regras de funcionamento da corte e da dinâmica que rege o sistema político em determinado momento histórico, de modo a fortalecer tais hipóteses (ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 108, 112-113). E, pensando na proposta deste trabalho (de uma abordagem inter-relacional), sem deixar de lado a influência da ideologia e o potencial constrangedor do material jurídico.

Por fim, não se questiona o paradigma da economia comportamental; a compreensão de que a racionalidade humana é limitada foi realmente uma evolução. Contudo, como bem afirma Mello, os juízes (leia-se também os *justices* e os ministros) e as pessoas em geral, embora não sejam ilimitadamente racionais, intentam maximizar seus objetivos e, para tanto, consideram os objetivos dos demais atores que a eles se relacionam, de acordo com a informação que têm a seu dispor (2018a, p. 701).

4.4 Realidade brasileira: dificuldades de um estudo baseado nos modelos comportamentais e necessárias adaptações

Foi apenas na década de 1990 que pesquisadores brasileiros, sobretudo do direito, da ciência política e da sociologia, começaram a se interessar pelo estudo do comportamento judicial e, inspirados também por pesquisas americanas no campo dos modelos atitudinal e estratégico, lançaram-se a analisar o Supremo Tribunal Federal – seus processos decisórios e

sua capacidade para regular a vida social e política (OLIVEIRA, 2012b, p. 4; ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 406; VIERA, 2008, p. 442).

Ademais, o interesse pelo STF aumentou com o tempo, o que se pode atribuir, em parte, ao crescente protagonismo que o tribunal adquiriu ao longo dos anos, passando da periferia ao centro dos debates morais e políticos¹⁹⁰. Hoje, diante da incapacidade dos poderes majoritários de atender às demandas da sociedade, combinada com uma propensão que os próprios ministros têm à interpretação proativa da Constituição, a corte não raramente é a instância responsável por proferir a “última palavra oficial” sobre determinado tema¹⁹¹ (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 406-407; BARROSO, 2013, p. 446; HORTA; COSTA, p. 281).

Todavia, tratando-se da análise comportamental, a transposição das metodologias desenvolvidas nos Estados Unidos não se deu de forma fácil. Isso porque, em todas as suas alternativas, os modelos são construções teóricas pensadas para explicar o comportamento de juízes e tribunais norte-americanos, sendo cada órgão julgador dotado de especificidades que não se verificam em outros contextos institucionais, como o brasileiro (ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, P. 87).

No tocante ao modelo atitudinal, os principais trabalhos norte-americanos valeram-se da bipolarização ideológica entre progressismo e conservadorismo, que prepondera no âmbito político-social para desenvolver suas variáveis de análise¹⁹². Alguns, inclusive, optaram por explorar diretamente o sistema político bipartidário (com predomínio da oposição Partido Democrata x Partido Republicano) que representa essa bipolarização, elegendo como variável, por exemplo, o partido político do presidente responsável pela nomeação do juiz¹⁹³.

Por outro lado, o ambiente político-social brasileiro¹⁹⁴ é marcado por um alto grau de diversidade, com ausência de ideologias estáveis e claramente definidas (GONZÁLEZ, 2012, p. 9-10; MELLO, 2018a, p.697). Tratando-se da política partidária, há um elevadíssimo número de partidos, dos quais a ampla maioria sequer pode ser classificada definitivamente

¹⁹⁰ Numa análise sobre o período de vigência da Constituição Federal de 1988, Mello distingue três fases diversas de desempenho institucional do Supremo, assim classificadas: “(I) fase autorrestritiva (1988 a 2000), (II) fase expansiva (2000 a 2014) e (III) fase reversa (a partir de meados de 2014)” (2018b, p. 3).

¹⁹¹ Essas considerações remetem aos temas da judicialização da política e do ativismo judicial, que serão estudados no item 5.4.1, do capítulo 5.

¹⁹² Ver: Segal e Spaeth (2002); Segal e Cover (1989).

¹⁹³ Ver: Susteain et al. (2006); Epstein; Segal (2005).

¹⁹⁴ Conforme será explorado mais à frente, no capítulo 5, quando se fala em “ambiente político” ou “político-social”, está-se referindo a algo que vai além das disputas partidárias.

como progressista ou conservadora, e, além disso, alianças políticas são formadas e extintas a todo tempo¹⁹⁵.

Essa ausência de demarcações político-ideológicas reflete no comportamento do Supremo Tribunal Federal: embora os ministros sejam nomeados pelo Presidente da República, não é possível identificar padrões de voto minimamente generalizáveis a partir da ideologia política do partido responsável pela nomeação¹⁹⁶.

De todo modo, o modelo atitudinal é sim dotado de valor explicativo para o comportamento judicial no Brasil, sobretudo quando observado em acepção mais ampla, relacionada não apenas à influência da ideologia política (ou ideologia decorrente das divisões políticas), mas de *todo um conjunto de aspectos que compõem a personalidade do magistrado*¹⁹⁷ – os valores, as crenças, as experiências passadas e as relações com grupos de identificação¹⁹⁸ – formando a sua própria visão de mundo (op. cit., p. 694, 697).

Inclusive, já entre os anos de 1994 e 1996, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) patrocinou uma pesquisa intitulada “O perfil do magistrado brasileiro”, desenvolvida a partir da aplicação de questionários a membros da magistratura nacional, contendo perguntas biográficas, funcionais e também sobre temas voltados às relações do Poder Judiciário para com os demais poderes e a sociedade. A pesquisa foi recriada no ano de 2018 (“Quem somos. A magistratura que queremos”) com o escopo de investigar eventuais mudanças no perfil dos magistrados, mediante a atualização dos questionários e ampliação da amostra. Ambos os relatórios – de 1996 e de 2018 – serviram de base para outros trabalhos voltados a explorar o Judiciário e seus membros, sobretudo num contexto de crescente judicialização da política (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 23-26).

Em 2012, Fabiana Luci de Oliveira publicou uma obra de caráter semelhante, que, dentre outros resultados, trouxe um levantamento do perfil biográfico dos ministros que compuseram o STF no período de transição democrática e uma revisão dos discursos públicos desses ministros (2012c, p. 165).

¹⁹⁵ Sérgio Abranches aponta que a formação de grandes coalizões políticas no Brasil, motivada por uma incompatibilidade institucional em relação ao perfil heterogêneo e desigual da ordem social, é necessária até mesmo como forma de sustentar a autoridade do Poder Executivo, o que consiste numa singularidade do sistema de governo brasileiro, denominada por ele de “presidencialismo de coalizão” (1988, p. 21-22).

¹⁹⁶ De fato, conforme se verá na subseção 5.3.2.1 do capítulo 5, o tema da execução provisória é bastante ilustrativo nesse sentido.

¹⁹⁷ Veja-se que o modelo atitudinal de Segal e Spaeth não se restringe à ideologia política, pois enuncia que os “*justices* tomam decisões considerando os fatos do caso à luz de suas crenças ideológicas e valores” (2002, p. 110, tradução nossa). Texto original: “[...] *we present the attitudinal model, which holds that justices make decisions by considering the facts of the case in light of their ideological attitudes and values*”

¹⁹⁸ Os grupos de identificação dos magistrados podem ser exemplificados pela família, os amigos, a religião e a ligação com determinados movimentos sociais (MELLO, 2018, p. 697).

Segundo Luís Roberto Barroso, tratando-se do Supremo, a origem profissional dos ministros é um fator relevantíssimo para sua atuação profissional junto à corte¹⁹⁹. Ele exemplifica o argumento indicando que ministros oriundos do Ministério Público têm uma visão mais rigorosa em matéria penal do que os ministros provenientes da advocacia privada ou da academia (2013, p. 434).

No mesmo sentido, Oliveira, dessa vez em estudo sobre a jurisprudência do STF nas ações declaratórias de inconstitucionalidade julgadas entre 1999 e 2006, concluiu que uma maior proporção de ministros provenientes da magistratura contribuíra para atuações mais restritivas e contidas da corte. Ademais, a autora apontou que a origem e o tema da norma impugnada, o autor da ação e o momento de julgamento (se durante o mesmo governo responsável pela edição da norma ou não) são variáveis que também influenciaram no comportamento do STF, bem como destacou o peso que o voto do relator exerceu nas decisões²⁰⁰ (2012a, p. 112).

Ampliando o foco para os três modelos que reportam à clássica tripartição, outras dificuldades são apontadas por Diego W. Arguelhes e Leandro M. Ribeiro. Elas residem basicamente nas distinções entre os desenhos institucionais da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, a possibilidade que o STF tem de anular eventuais emendas constitucionais responsivas do Congresso e a inexistência de voto único como resultado de uma construção coletiva – o que se tem é a compilação de vários votos que nem sempre falam a mesma linguagem (2013, p. 108-112).

Sobre a última, na medida em que a elaboração definitiva do voto vencedor – seu texto e sua ementa – é atribuída ao relator (salvo se ele restar vencido), que os outros ministros concentram-se em redigir seus próprios votos individuais e que, normalmente, não há total convergência entre os votos vencedores, questiona-se a índole verdadeiramente deliberativa do processo decisório (op. cit.).

Dessa forma de proceder do tribunal, surgem duas levas de hipóteses na doutrina, que serão debatidas ao longo das subseções 5.3.1 e 5.3.2 do capítulo 5: (I) a ausência de espaço para a barganha, ou, ao menos, para uma forma institucionalizada de barganha, tal como ocorre na Suprema Corte norte-americana, por meio, por exemplo, da troca de

¹⁹⁹ Um estudo completo sobre a trajetória jurídico-profissional dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pode ser encontrado em Fontainha, Santos e Oliveira (2017).

²⁰⁰ Resultados como os obtidos por Oliveira podem ser associados tanto ao modelo atitudinal quanto ao estratégico e, assim, servem como argumento para uma abordagem inter-relacional.

memorandos entre os *justices*²⁰¹ e (II) a predominância de atitudes personalistas dos ministros, em detrimento da vontade colegiada do tribunal.

Essas dificuldades na transposição dos modelos tradicionais não devem ser encaradas como impedimentos; elas apenas evidenciam *especificidades que merecem adaptações*, sobretudo quando o assunto é a agenda de pesquisa a respeito do Supremo Tribunal Federal. A literatura brasileira já demonstrou que a ideologia é verificável a partir do próprio discurso público dos ministros²⁰². Também demonstrou que a origem profissional dos ministros, a temática e os propositores das ações de controle concentrado são fatores que podem influenciar nas decisões²⁰³, e que, em certas circunstâncias, existe uma tendência à formação de blocos de votação²⁰⁴.

Ademais, diversos são os estudos que se prestam a relacionar as regras institucionais do STF – regras formais e regras decorrentes da “práxis” judiciária – com a facilitação do comportamento estratégico²⁰⁵. E esses são apenas exemplos de pesquisas quantitativas e qualitativas envolvendo o tema do comportamento judicial no Brasil.

4.5 Em defesa de uma abordagem inter-relacional

Além das limitações relacionadas à transposição dos modelos comportamentais para a realidade brasileira, há outras, inerentes à própria natureza desse tipo de abordagem, as quais foram brevemente mencionadas quando se apresentou a clássica tripartição. Retomando, pois, aquele raciocínio, *lida-se com construções teóricas que buscam sistematizar o comportamento humano e são incapazes de capturar toda a sua complexidade* (NOJIRI, 2017, p. 322-323).

Assim, para além das inúmeras causas desconhecidas que interferem nas decisões, em muitos casos, uma mesma manifestação de comportamento, apreendida pela observação ou expressa em dados empíricos, comporta diferentes hipóteses explicativas, complementares ou até contraditórias entre si. Portanto, não há como ignorar a participação da subjetividade

²⁰¹ Para uma noção do processo deliberativo na Suprema Corte dos EUA, ver Epstein; Knight (1995, p. 17-27).

²⁰² Vide Mello (2018).

²⁰³ Além de Oliveira (2012a), são também exemplos: Ferreira (2013); Costa e Benvindo (2013). Este último trabalho, intitulado “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?”, concluiu que o controle concentrado é seletivo, presta-se muito mais a discutir temas atinentes à estrutura administrativa do que a direitos fundamentais e que, nessa toada, as decisões do STF acabam por fortalecer as competências da União, controlando a autonomia dos Estados, e por garantir interesses corporativos (op. cit., p. 80).

²⁰⁴ A título de exemplo: Oliveira (2012b, 2017); Silva (2018).

²⁰⁵ Vide Arguelhes e Ribeiro (2013, 2018); Mello (2018).

do pesquisador no processo de interpretação de dados (BAUM, 2008, p.20; ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 88-90).

A despeito de tais limitações, o mapeamento de possíveis motivações de órgãos julgadores, representadas em variáveis quantitativamente aferíveis ou identificadas em casos da jurisprudência, tem grande relevância para a obtenção de *percepções* sobre o comportamento judicial. Percepções essas – ou “*insights*”, como diz Mello (2018a, p. 701) – que, embora não se afigurem como diagnósticos seguros e completos, são capazes de atender à constatação de que o direito não se resume à aplicação das normas e precedentes jurídicos.

Uma boa forma de mitigar as deficiências inerentes à adoção das lentes da análise comportamental é a não filiação a um único modelo – legalista, atitudinal (ideológico) ou estratégico – em sua forma pura (OLIVEIRA, 2012a, p. 92; BARROSO, 2013p. 445). De maneira simplificada, porém oportuna, Barroso afirma que “a vida real é feita de uma combinação dos três” (op. cit.).

Assim, acredita-se que uma *abordagem inter-relacional*, capaz de levar em conta não apenas a ideologia ou a estratégia, mas ambas, associadas ao potencial restritivo do ordenamento jurídico, seja mais fidedigna. Uma abordagem que, repita-se, trabalha com a *complementariedade, a sobreposição e a fluidez* dos componentes desses três modelos.

Isso principalmente quando se almeja a análise detalhada de um caso difícil cuja complexidade envolve a indissociável ligação entre direito e política, atrelada a diferentes perspectivas sobre o processo penal, tal como é o caso da execução provisória da pena. Considerando a oscilação da jurisprudência do tribunal num episódio com essas características, *os acontecimentos provavelmente foram frutos da combinação entre a visão de mundo dos ministros e os seus cálculos e moderações num dado contexto sociopolítico, sujeitos ao papel conformador do ordenamento jurídico* (ainda que tal papel tenha se limitado a alguns ministros, ainda que tenha se verificado como mera desincumbência do dever de fundamentação).

Ademais, aposta-se que essa aproximação inter-relacional possa *contornar o problema da possibilidade de simultâneas interpretações distintas, atitudinais e estratégicas*, sobre um mesmo conjunto de dados (obtidos a partir de análises quantitativas e também da observação de casos concretos). Isso porque a proposta não se preocupa em isolar aspectos que tradicionalmente estariam ligados a um dos três modelos, mas considera a sua coexistência em determinados contextos.

4.5.1 Inspirações na literatura norte-americana

Essa ideia da complementariedade não é nova. Na doutrina norte-americana, Baum, por exemplo, reconhece o valor dos modelos tradicionais como base para a investigação do comportamento judicial e, embora não se refira explicitamente a uma abordagem inter-relacional, sugere uma perspectiva baseada nas “audiências dos juízes” (*“judges audiences”*²⁰⁶) como forma de expandi-los:

Assim, os principais modelos de comportamento judicial nos ensinam muito sobre por que os juízes fazem o que fazem, mas sua perspectiva é restrita. Essa restrição limita o que os modelos, em sua forma predominante, podem nos dizer. Ao expandir o escopo desses modelos, podemos obter uma compreensão mais completa das bases para as escolhas dos juízes. Um meio para alcançar esse objetivo é ver o comportamento judicial por outras perspectivas, e essa é a abordagem que adoto neste livro²⁰⁷ (2008, p. 21).

Aliás, em 1964, muito antes do desenvolvimento de elaboradas teorias norte-americanas relativas aos modelos, Martin Shapiro já havia dito que múltiplas pressões políticas e institucionais modulam a atuação das cortes (KAPISZEWSKI, 2011, p. 472). O cientista político prosseguiu nessa linha argumentativa em posterior obra de direito comparado, quando concluiu que essas múltiplas pressões políticas e institucionais influenciam na atividade das cortes em geral, contribuindo para a adoção de posturas que se afastam do ideal de independência e manifestam interesses diversos – desde o reforço à legitimidade do regime político até a alocação de recursos econômicos ou a acomodação das principais preferências sociais (SHAPIRO, 1986, p. 167-168).

No mesmo sentido, porém já tratando especificamente dos modelos comportamentais, James Gibson afirmou que importantes teorias comportamentais norte-americanas seriam demasiadamente simplistas, aplicáveis apenas a contextos específicos, e que poderiam ser combinadas em alguma medida para alcançar uma maior capacidade explicativa e preditiva (1983, p. 8). Embora não tenha articulado um novo modelo abrangente, o autor indicou que a análise comportamental deve se iniciar pelo indivíduo tomador de decisões e, a partir daí, estender-se para outros níveis, ponderando que

²⁰⁶ O autor explica que as audiências abrangem tanto os outros membros de um mesmo tribunal quanto também – e principalmente – o público externo. Em sua visão, os juízes são influenciados pelo interesse em obter aprovação e estima dos indivíduos e grupos que lhes são importantes (2008, p. 22).

²⁰⁷ Texto original: *“Thus the leading models of judicial behavior teach us a great deal about why judges do what they do, but their perspective is narrow. That narrowness limits what these models in their current form can tell us. By expanding the scope of those models, we can gain a fuller comprehension of the bases for judges’ choices. One means to this end is viewing judicial behavior from other perspectives, and that is the approach I take in this book.”*

As decisões dos juízes são uma função do que eles preferem fazer, moduladas por o que eles pensam que deveriam fazer, mas constrangidas por o que eles percebem que é possível fazer. Indivíduos tomam decisões, mas fazem isso no contexto de restrições de grupo, institucionais e ambientais. Desse modo, para entender o processo de tomada de decisões, não é necessário apenas que os modelos apresentem múltiplas variáveis, mas também que eles sejam capazes de incorporar efeitos operantes em vários níveis de análise (op. cit., p. 32, tradução nossa²⁰⁸, grifo nosso).

Tempos depois, houve uma proliferação de estudos norte-americanos voltados a superar a tradicional visão dos modelos como abordagens competitivas e a introduzir propostas de complementariedade, baseadas no argumento de que tanto fatores jurídicos quanto extrajurídicos interferem no processo decisório (KAPISZEWSKI, 2011, p. 475).

Nesse contexto, vale o destaque à *“teoria do equilíbrio tático”* (*“tactical balancing”*) de Diana Kapiszewski (2011). Em síntese, a autora afirma que, nas decisões de “casos políticos cruciais”²⁰⁹, os magistrados de cortes superiores ponderam seis diferentes “considerações” – relacionadas aos modelos atitudinal, estratégico, institucional²¹⁰ ou legalista –, fazendo-o à luz do conteúdo do caso em apreço, do contexto decisório e da interação entre ambos esses elementos (op. cit., p. 475).

Tais considerações são: (1) ideologia do ministro; (2) interesses corporativos/institucionais do ministro, (3) opinião pública; (4) preferências dos representantes eleitos; (5) potenciais repercussões políticas e econômicas da decisão; e (6) normas, doutrina e precedentes (op. cit., p. 476). Elas assumem maior ou menor importância a cada ponderação *in concreto*, gerando variadas combinações de motivação que levam as cortes a alternarem entre decisões que confirmam ou desafiam os poderes do governo (op. cit., p. 475).

²⁰⁸ Texto original: *“Judges’ decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do. Individuals make decisions, but they do so within the con-text of group, institutional, and environmental constraints. Thus, in order to understand decision making, not only are multivariate models necessary, but the models must also be capable of incorporating effects operative at varying levels of analysis”*.

²⁰⁹ Kapiszewski justifica o recorte nos “casos políticos cruciais” porque tais julgamentos conferem oportunidades para as cortes afetarem o jogo político e, ainda, são guiados por uma lógica decisória particular (2011, p. 474). Por ora, é válida a seguinte reflexão: os “casos políticos cruciais” são espécies de casos difíceis, já que o tipo de conflito envolvido – atinente aos interesses e poderes de atores diversos (o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e a sociedade civil) – provavelmente não será solucionado pela aplicação direta das normas jurídicas.

²¹⁰ Note-se que, diferentemente deste trabalho, a autora parte de uma classificação em quatro modelos comportamentais, que contempla a abordagem institucional como algo autônomo. Para os estudiosos que assumem essa organização, tal abordagem ressalta o papel determinante do contexto institucional nas decisões dos magistrados e divide-se em (I) comportamento institucional sincero – atuação resultante da internalização, pelo magistrado, dos valores e regras do órgão em que atua – e (II) comportamento institucional estratégico – atuação decorrente do “cálculo estratégico”, em que os valores e regras institucionais constituem restrições às preferências sinceras do magistrado (OLIVEIRA, 2012a, p. 92; MELLO, 2018, p. 692). Veja-se que, na classificação trinária, as explicações do modelo institucional são absorvidas ou pelo modelo atitudinal (comportamento institucional sincero) ou pelo modelo estratégico (comportamento institucional estratégico).

A “teoria do equilíbrio tático” assume que os ministros (os *justices*, nas palavras da autora) realizam um constante processo de ponderação e priorização das funções que podem ser desempenhadas por uma corte superior num regime democrático – funções essas que vão “[...] desde servir como instância de representação política, até garantir a observância da Constituição pelos líderes políticos ou facilitar a governança” (op. cit., p. 473, tradução nossa²¹¹). Por esse motivo, a autora a considera muito aplicável para democracias em desenvolvimento, onde, por força da instabilidade das instituições representativas e das frequentes crises políticas e econômicas, há grande incentivo à judicialização, com assunção de poderes pelas cortes superiores e por seus membros. Nesse contexto, a judicialização se estabelece em marcha acelerada e não resulta na construção de jurisprudência estável, mas sim na oscilação de comportamento – as cortes decidem e se posicionam conforme os interesses envolvidos no caso e a conjuntura momentânea (op. cit., p. 480-481).

O estudo de Kapiszewski foi muito relevante para a confecção do capítulo seguinte desta dissertação. Em primeiro lugar, porque a autora induziu suas formulações a partir do exame de “casos políticos cruciais” decididos pelo próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Em segundo, porque a teoria concebe a instabilidade do comportamento das cortes superiores, moldado, sobretudo, pelo jogo político. E, nessa perspectiva, o caso da execução provisória da pena pode ser tido como um “caso político crucial”, pois sua evolução oscilante é indissociável da evolução do contexto sociopolítico e dos interesses postos e contrapostos no debate público.

Em terceiro, porque a indicação de seis considerações relevantes para os magistrados evidencia a premissa de que o processo decisório do STF não pode ser simplesmente explicado pela predominância de fatores apontados por um ou outro modelo, porquanto seja guiado por motivações diversas, ponderadas à luz do conteúdo do caso e da conjuntura sociopolítica. Evidencia, assim, uma proposta de tratamento inter-relacional.

Aliás, as seis considerações de Kapiszewski serviram de base para a estruturação de três diferentes eixos de análise da atuação do STF (e de seus ministros) no caso da execução provisória da pena, os quais serão apresentados no capítulo 5.

²¹¹ Texto original: “*This tactical balancing reflects justices' weighing, prioritizing, and re-prioritizing of the different roles high courts can play in a democracy—from serving as a venue for political representation, to holding elected leaders constitutionally accountable, to facilitating governance.*”

4.5.2 Inspirações na literatura brasileira

Nessa linha, há trabalhos brasileiros que sugerem a adoção de perspectivas mais abrangentes e dinâmicas sobre o comportamento judicial. Um bom exemplo é o artigo de Ricardo de Lins e Horta e Alexandre Araújo Costa, que, após percorrer o estado da arte das teorias sobre a decisão judicial, recomenda a superação da dicotomia entre processo de descoberta e contexto de justificação, adotando-se uma visão realista que eleve ao mesmo patamar elementos estratégicos, reputacionais e psicológicos, juntamente com a produção discursiva. Os autores denominam essa visão de “teoria integrada” (2017, p. 290-291).

Uma proposta semelhante é encontrada no trabalho de Arguelhes e Ribeiro, o qual sugere a operacionalização do comportamento judicial em duas dimensões interpretativas: (I) a sinceridade/estratégia e (II) a motivação jurídica/extrajurídica do comportamento observado (2013, p. 87).

Com inspiração nos estudos apresentados nesta subseção e também na anterior, a abordagem inter-relacional de elementos estratégicos, atitudinais e legalistas será o norte para o capítulo 5.

5 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: uma abordagem inter-relacional

5.1 Nota introdutória e apresentação dos eixos de análise

O derradeiro capítulo desta pesquisa é também o seu coração. Todos os outros que o antecederam serviram para prover o leitor das ferramentas necessárias para a compreensão do caso da execução antecipada da pena – as normas em debate e o panorama evolutivo da jurisprudência – e da perspectiva ora adotada – a análise comportamental –, viabilizando, assim, o ingresso na presente investigação sobre as motivações por trás processos decisórios do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o seu objetivo é construir uma representação com potencial explicativo para o comportamento oscilante e instável do STF no caso, aferível não apenas pelas três viradas jurisprudenciais dentro de um curto espaço de tempo, mas também pelo alto nível de fragmentação interna do tribunal – com decisões desarmônicas provenientes das diferentes instâncias decisórias, muitas vezes colidentes com a posição fixada pelo Plenário.

No desempenho dessa tarefa, vale-se da relação interdisciplinar do direito com o conhecimento produzido na ciência social, na ciência política e na psicologia, especialmente para a incorporação de noções metodológicas e de determinados conceitos e explicações melhor explorados nestes ramos. Assim, predomina o caráter empírico, aferível pela combinação do método da pesquisa em julgados com a pesquisa documental e a entrevista.

E, no tocante à interpretação e sistematização dos dados, opta-se pela abordagem inter-relacional, capaz de conciliar, de maneira dinâmica, os componentes dos modelos clássicos. Desta escolha, deriva a estruturação em três eixos de análise, cada um responsável por considerar uma possível ordem de motivações, e com seu próprio viés interpretativo.

A divisão dá-se da seguinte forma: (I) Normas, precedentes, interpretação e dogmática jurídica; (II) “Radiografia” do Supremo: composições, preferências pessoais e coalizões e (III) “Panorama” com o Supremo: diferentes contextos sociopolíticos e pragmatismo decisório. Tais eixos estão dispostos nos itens subsequentes, sempre com a mesma organização: digressão à teoria pertinente, exposição dos dados empiricamente coletados e interpretação dos dados e elaboração da narrativa.

5.2 Normas, precedentes, interpretação e dogmática jurídica²¹² (eixo I)

O primeiro eixo de análise do comportamento do STF em relação à execução provisória da pena remete ao *papel que as regras, princípios e entendimentos firmados em precedentes – aplicados conforme categorias dogmáticas de interpretação²¹³ – exercem nas decisões dos magistrados.*

À primeira vista, pensando nesse papel como um papel de destaque, realmente determinante para o processo de escolha, associa-se o eixo I ao *modelo legalista*. Por outro ângulo, ao resumir a participação do “material jurídico ortodoxo” a uma função de constrangimento, a um potencial restritivo da margem decisória do julgador, apõe-se também, além da legalista, a possível *leitura estratégica*.

5.2.1 Noções gerais

Inicialmente, há de se frisar uma ideia que vem sendo bastante mencionada nesta dissertação: a inviabilidade de explicações legalistas “puras” (ligadas à ideia de “jurisprudência mecânica”) para o comportamento judicial em casos difíceis, sobretudo em cortes superiores²¹⁴. E, especificamente a respeito do caso em apreço, a inexistência de uma total vinculação dos ministros ao direito positivado – no sentido de ser ele a única motivação das decisões – é verificável, de plano, pela oscilação do posicionamento da corte durante a vigência de um mesmo conjunto de regras e princípios. Na verdade, cogita-se que fatores não jurídicos, relacionados à ideologia e à estratégia, tenham desempenhado encargo fundamental.

Mas isso não significa negar a possibilidade de que, mesmo tratando do Supremo Tribunal Federal, as normas e precedentes exerçam (assim como exerceram nos acontecimentos analisados) alguma influência sobre o processo decisório – ainda que mínima, coadjuvante, e talvez restrita à atuação de alguns ministros. Também já foi dito no capítulo anterior que vários estudiosos do comportamento judicial reconhecem a importância das contribuições legalistas, incidentes em maior ou menor grau, ainda que se distanciem da

²¹² A dogmática jurídica – ou ciência do direito – corresponde à tradicional teoria que centra sua atenção na estrutura do ordenamento jurídico e das normas que o compõe (BARROSO, 2013, p. 251-252).

²¹³ Dentre as categorias de interpretação vinculadas à dogmática jurídica, destacam-se (I) as regras de hermenêutica previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e (II) os elementos de interpretação tradicionais (tais como os métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico e as figuras da interpretação extensiva ou restritiva) (BARROSO, 2013, p. 296).

²¹⁴ Essa ideia foi explorada principalmente no capítulo 4, subseção 4.3.1.

tradicional formulação do modelo (BAUM, 2008, p. 9; GILLMAN, 2001, p.469; SEGAL; SPAETH, 2002, p. 48, 52-53; TAMANAHA, 2010, p. 6, 194-195).

Brian Z. Tamanaha, por exemplo, atribui grande peso ao papel que o material jurídico desempenha nas decisões judiciais. Sua teoria, denominada “realismo balanceado” (“*balanced realism*”), pretende superar a tradicional dicotomia formalismo-realismo²¹⁵ com a concepção de que, embora o ato de julgar seja indissociável da subjetividade do julgador – que, consciente ou inconscientemente, sofre influência de suas preferências pessoais, valores morais e políticos, preconceitos, temperamento, posição social etc., além das distorções cognitivas inerentes à capacidade humana – os “fatores sociais” ingressam no direito dentro de um contexto estruturado por fatores jurídicos, os quais, por sua vez, são determinantes para as decisões (TAMANAHA, 2010, p. 194).

Todos os juízes e advogados foram doutrinados em princípios, conceitos jurídicos, regras jurídicas, *standards* legais, métodos de interpretação jurídica e métodos de julgamento, inculcados no curso da educação e prática jurídica. Ao subir à bancada, os juízes também ficam imersos nas práticas jurídicas existentes. Isso cria o contexto de profunda infusão de ideias dentro do qual a argumentação jurídica e o ato de julgar tomam lugar (op. cit., tradução nossa²¹⁶).

Para o autor, apesar do necessário “ceticismo” quanto à atividade judicial, as normas jurídicas funcionam e as decisões judiciais frequentemente guardam conformidade com o direito (op. cit., p. 6). O raciocínio é válido mesmo quando o assunto é a Suprema Corte dos EUA, onde há mais uma “[...] tomada de decisão jurídica com influências políticas do que uma tomada de decisão política com influências jurídicas” (op. cit., p. 198, tradução nossa²¹⁷).

Howard Gillman, por sua vez, ao realizar extensa revisão sobre o estado da arte, trata dos fatores jurídicos na condição de fatores limitadores, concebida em duas diferentes acepções: (I) como constrangimento externo, na medida em que as escolhas judiciais devem guardar ao menos certa conformidade com o direito positivado; ou (II) como “estado mental” (“*state of mind*”), um “senso de obrigação legal” (“*sense of obligation*”) do juiz pela busca

²¹⁵ O autor não caracteriza sua teoria como um modelo de comportamento judicial, até porque entende que os três tradicionais modelos foram erguidos sob a antítese formalismo-realismo (op. cit., p. 115-119).

²¹⁶ Texto original: “All judges and lawyers have been indoctrinated in legal principles, legal concepts, legal rules, legal standards, modes of legal interpretation, and modes of judging, inculcated in the course of legal education and legal practice. Upon ascending to the bench, judges also become immersed in existing judicial practices. This creates the thick meaning-infused context within which legal argumentation and judging take places.”

²¹⁷ Texto original: “[...] this is legal decision making with political influences more so than political decision making with legal influences.”

da melhor decisão para o caso à luz do ordenamento, proporcionado pelos valores da profissão e pelo treinamento jurídico (2001, p. 485-486).

Em se tratando da atuação do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis, constata-se o quão complicada seria uma separação entre as duas leituras da influência legalista (como constrangimento externo ou “senso de obrigação legal”), pois a principal norma em questão – o art. 5º, inciso LVII, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – gera divergências quanto à sua natureza (se integralmente principiológica ou também provedora de regras) e conteúdo.

Assim, por um lado, é possível cogitar que alguns ministros defenderam a possibilidade da prisão em segunda instância pela crença sincera no teor indeterminado, relativizável e ponderável de uma norma-princípio²¹⁸, engajando naquela que lhes pareceu a melhor decisão à luz de seu “senso de obrigação legal”, enquanto outros, adeptos à ideia de que o mandamento constitucional principiológico traria consigo também uma regra de tratamento com claros ditames, tomaram por melhor decisão a de proibir a execução antes do trânsito em julgado.

Mas, por outro, também se pode interpretar ambas as posturas (de admitir ou vedar a execução antecipada) como decorrentes da preponderância de motivações ideológicas e estratégicas, tendo a influência legalista funcionado – quando muito – como mero constrangimento externo. Neste segundo sentido, em maior ou menor grau, a norma do art. 5º, inciso LVII, teria atuado para gerar o descarte de resultados com ela inconciliáveis (ao menos na visão do próprio julgador), e/ou para permitir que o magistrado se desincumbisse de seu dever de fundamentação jurídica. E, assim, reflete-se sobre a aproximação dessa ponderação envolvendo um elemento jurídico também ao modelo estratégico.

Portanto, a avaliação empírica das contribuições legalistas nas decisões é muito complicada. Conforme alertam Diego W. Arguelhes e Leandro M. Ribeiro, o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, com diversas técnicas e possibilidades de resultado, dificulta em muito a separação entre interpretação constitucional e preferência política (2013, p. 115).

Esbarra-se ainda noutro problema, desta vez quanto à franqueza da fonte utilizada para a aferição de possíveis indicadores de vinculação jurídica: os discursos dos próprios ministros, expressos em seus votos. Quer dizer, não parece ser possível discernir os argumentos jurídicos presentes nas fundamentações das decisões como fatores incidentes

²¹⁸ Para a diferenciação entre princípios e regras como espécies do gênero norma, ver Moraes (2010, p. 351-353).

numa análise prévia, ainda que ponderados junto a elementos extrajurídicos (por exemplo, as consequências políticas e econômicas da decisão), ou como mera retórica de racionalização, mera “roupagem jurídica”, no sentido da crítica realista, muito bem colocada por Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth²¹⁹ (2002, p. 53).

Ademais, Ricardo de Lins e Horta e Alexandre Araújo Costa apontam que essa tentativa de separação entre os momentos da descoberta e da justificação é artificial e improdutiva. Os autores propõem uma teoria integrada da decisão judicial, que considere a incidência de fatores ideológicos e estratégicos em correlação com a argumentação jurídica, uma vez que a descoberta e a justificação não são etapas sucessivas de um mesmo processo, mas se articulam de forma dinâmica²²⁰. Ou seja, ainda que o gatilho para a decisão seja um elemento extrajurídico, a necessidade de justificação pode ser ponderada já no contexto da descoberta, na forma de um constrangimento estratégico (2017, p. 290-291).

Portanto, ressalta-se o caráter nada absoluto ou definitivo das reflexões obtidas neste tópico; não se sabe ao certo qual a natureza e o momento da participação do material jurídico nas decisões. Pode-se afirmar apenas que, *no que tange aos casos difíceis resolvidos pelo Supremo, essa participação passa longe de ser predominante*.

5.2.2 Conformação legalista no caso da execução provisória da pena

A par de tudo isso, a análise do eixo I considera a influência do material jurídico em seu *papel geral de limitar os resultados possíveis* – indiferentemente de se tratar de constrangimento externo ou estado mental – e sem classificá-la como relativa ao modelo legalista ou estratégico, atentando, ainda, para a possibilidade de se estar diante de mera retórica de racionalização (assumindo que é possível separar os contextos da descoberta e da justificação). Esse papel foi denominado de “*conformação legalista*”.

Ademais, tomando por base uma leitura exploratória dos julgados paradigmáticos²²¹, definiu-se o “*material jurídico ortodoxo*” atinente ao caso como abrangendo: (I) as normas jurídicas relacionadas à presunção de inocência e às modalidades

²¹⁹ A crítica dos autores foi trabalhada no item 4.3.1 do capítulo anterior e, em síntese, consiste na afirmação de que o modelo legalista não explica as decisões da Suprema Corte norte-americana; seus componentes servem apenas para racionalizá-las.

²²⁰ A proposta dos autores foi brevemente mencionada na subseção 4.5.2, do capítulo 4.

²²¹ Conforme explicado no capítulo metodológico (item 1.3.2.1), tem-se como paradigmáticas as decisões provenientes do Plenário do STF que representam a fixação da posição inicial sobre o tema ou as viradas jurisprudenciais, ou ao menos indicam alterações na postura individual de um ou mais ministros. São elas: HC n.º 68.726/DF, de 1991; HC n.º 84.078/MG, de 2009, HC n.º 126.292/SP, de 2016; ADCs n.º 43 e 44 – medidas cautelares, de 2016; HC n.º 152.752/PR, de 2018; e ADCs n.º 43, 44 e 54, de 2019.

de prisão (p. ex., art. 5º, LVII, da Constituição Federal, art. 283, do Código de Processo Penal e art. 105, da Lei de Execução Penal), bem como à ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário (p. ex., art. 637, do Código de Processo Penal e art. 1.029, §5º, do Código de Processo Civil); e (II) os principais precedentes do STF envolvendo a temática da execução provisória (em geral, os próprios julgados paradigmáticos).

A partir dessas considerações, foram estabelecidos *dois indicadores de possível conformação legalista* (ainda que essa não seja a única explicação plausível e nem a mais verossímil), para o caso em questão: (I) a predominância de interpretações mais óbvias (ditas “literais”) das normas em questão, associada ao menor uso de argumentos pragmáticos e (II) o respeito aos precedentes firmados pelo Plenário da corte.

5.2.2.1 Predominância de interpretações mais óbvias das normas pertinentes e menor uso de argumentos pragmáticos

O primeiro indicador da denominada conformação legalista é definido como a predominância de interpretações mais óbvias dos dispositivos mencionados – em especial, do que se tem por uma interpretação literal do princípio da presunção de inocência²²² – associada a um menor uso de argumentos pragmáticos²²³.

Para mensurá-lo, prefere-se focar nos discursos de ministros (I) que sempre se mantiveram firmes a um mesmo posicionamento e (II) que participaram de pelo menos quatro dos julgamentos paradigmáticos – Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

E, no tocante à apresentação de resultados, a explanação dá-se a partir de uma leitura geral do desenvolvimento das argumentações desses ministros, ilustrada com alguns excertos extraídos do HC n.º 84.078/MG, do HC n.º 126.292/SP e dos votos nas ADCs n.º 43, 44 e 54, julgamentos que representam as viradas jurisprudenciais da corte.

²²² Segundo aqueles que a defendem, a interpretação literal do princípio da presunção de inocência consiste em condicionar a constatação da culpa e, por conseguinte, a possibilidade de impor sanção, ao trânsito em julgado (MELLO FILHO, 2019a). Mesmo os adeptos à possibilidade de execução antecipada concordam sobre o conteúdo dessa interpretação literal, mas divergem quanto à necessidade de observá-la, já que não seria a melhor solução para o caso. Nesse sentido, ver o voto do Ministro Barroso na ADC n.º 43 (BARROSO, 2019a, p. 13).

²²³ O termo “argumentos pragmáticos” remete ao pragmatismo jurídico que, de acordo com Barroso, consiste na busca pelo “melhor resultado possível para a sociedade”, considerando especialmente a realidade concreta e os possíveis efeitos de uma decisão, mas dentro dos limites e possibilidades conferidos pelo ordenamento e pelos valores fundamentais (BRASIL, 2016a, p. 49-50). As inclinações de ordem pragmática e sua influência na tomada de decisão serão propriamente analisadas no eixo III, subseção 5.4.2.

Essas opções são devidas a três razões. A primeira delas é a ausência de tempo hábil para a realização de uma análise extensa, que percorresse com exatidão a integridade dos votos dos julgadores, porquanto o objetivo deste trabalho seja avaliar não apenas o aspecto legalista, mas também – e até principalmente – os outros dois eixos anteriormente descritos. Ademais, o capítulo 3 já contém uma exposição bastante ampla das principais teses e argumentos que foram arrolados durante todo o período.

A segunda é o fato de que, grosso modo, os ministros selecionados conservaram a mesma linha argumentativa ao longo da controvérsia e, assim, os trechos exibidos fornecem uma boa visão de seus posicionamentos.

Por fim, a terceira é a adoção da premissa de que mudanças de entendimentos individuais ocorridas diante de um mesmo arcabouço jurídico já denotam uma fraca vinculação às normas e precedentes em questão. Como consequência dessa premissa, houve a exclusão dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que, embora tenham participado de, ao menos, quatro dos julgamentos paradigmáticos, posicionaram-se de formas variadas ao longo do tempo. Nesse ponto, ressalva-se a situação examinada como o outro possível indicador, relativa à conduta da Ministra Rosa Weber.

Com essas considerações, divide-se a apresentação entre os ministros que sempre foram contrários à execução provisória da pena e aqueles que sempre foram favoráveis.

5.2.2.1.1 Os ministros contrários à execução provisória da pena

Os votos dos *Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski*, que sempre se mostraram contrários à execução provisória da pena, são marcados por argumentações centradas no devido respeito à Constituição Federal, a qual imporia a necessidade de interpretar o princípio da presunção de inocência de forma literal, ante a clareza inerente à opção do constituinte de estabelecer a inocência como verdade provisória, subsistente até o trânsito em julgado.

De modo geral, razões pragmáticas – como (I) os efeitos nefastos da privação indevida de liberdade, (II) a falência do sistema penitenciário, (III) as prisões decretadas de forma automática e sem fundamentação idônea, (IV) o possível aumento de impetrações de *habeas corpus* e o estreitamento da via de acesso ao STF para a tutela da liberdade – quando elencadas, o foram em caráter subsidiário (BRASIL, 2010, p. 132; BRASIL, 2016a, p. 98-102; MELLO FILHO, 2019a, p. 22-25; LEWANDOWSKI, 2019a, p. 4).

Os trechos expostos a seguir, extraídos de votos do *Ministro Marco Aurélio* em diferentes julgados, revelam o permanente destaque dado à supremacia da Constituição, ao dever do Supremo Tribunal Federal de respeitar os seus preceitos e à literalidade do princípio:

HC n.º 84.078/MG:

Mas, nessas horas em que se busca com afincos a persecução criminal, para não se descambar para o justicamento, **há de haver o apego às franquias constitucionais e legais** (BRASIL, 2010, p. 133, grifo nosso).

HC n.º 126.292/SP:

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 (BRASIL, 2016a, p. 77-78, grifo nosso).

Voto escrito nas ADCs n.º 43, 44 e 54:

Ao tomar posse neste Tribunal, há 29 anos, **jurei cumprir a Constituição** Federal, observar as leis do País e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. [...]

Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania (MELLO, 2019, p. 19 e 21, grifos nossos).

Os temas mencionados não apenas foram centrais, mas constituíram os enredos dos discursos de *Celso de Mello* em sua integralidade. Manifestando argumentação marcadamente legalista (ainda que, numa visão cética, tenha se tratado de mera retórica), seus longos votos constituíram, em síntese, análises detalhadas sobre o princípio da presunção de inocência – origem e evolução histórica, previsões semelhantes noutros ordenamentos, essencialidade ao regime democrático, natureza jurídica, amplitude e efeitos – quase que sem menções de ordem pragmática. Veja-se:

HC n.º 84.078/MG:

O postulado do estado de inocência [...] **encerra**, em favor **de qualquer** pessoa sob persecução penal, **o reconhecimento** de uma verdade provisória, com caráter probatório, **que repele** suposições **ou** juízos prematuros de culpabilidade, **até** que sobrevenha - **como o exige** a Constituição do Brasil - **o trânsito** em julgado da condenação penal.

Há, portanto, **um momento** claramente definido no texto constitucional, **a partir** do qual se descaracteriza a presunção de inocência [...] (BRASIL, 2010, p. 72-73, grifos do autor).

Ademais, essa postura legalista não se limitou à vinculação ao princípio constitucional, mas também – e como decorrência dele – estendeu-se a dispositivos infraconstitucionais:

HC n.º 126.292/SP:

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (*de caráter legal ou de índole constitucional*), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, *mesmo se se tratar de simples pena de multa*, pode ser implementada **sem a existência** do indispensável título judicial definitivo, **resultante, como sabemos, do necessário** trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2016a, p. 95, grifos do autor).

A forte ênfase na supremacia da Constituição e na existência de um dever inerente a todos os juízes e tribunais: de “servir” à Carta e às leis da República, bem como a adoção, pelo próprio Ministro Celso de Mello, desses primados, foi muito bem reportada nos trechos expostos a seguir:

Voto escrito nas ADCs n.º 43, 44 e 54:

Daí, Senhor Presidente, **a essencialidade** de Juízes e Tribunais que, **conscientes** de sua alta missão constitucional e de seu dever de fidelidade ao texto da Lei Fundamental do Estado, **ajam**, *com isenção e serenidade*, como membros de um Poder *livre de injunções marginais e imune a pressões ilegítimas*, **para que a magistratura** possa cumprir, *como já vem cumprindo*, **com incondicional** respeito ao interesse público e **com absoluta** independência moral, os elevados objetivos inscritos na Carta Política, **consistentes** em servir, *com reverência e integridade*, **ao que proclamam e determinam** a Constituição e as leis da República (MELLO FILHO, 2019a, p. 7, grifos do autor).

Vê-se, desse modo, **que há mais de 30 (trinta) anos tenho julgado** a controvérsia ora em exame **sempre** *no mesmo sentido* [...], **eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir e de comportar-se, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, **como se estes já houvessem sido condenados definitivamente** por sentença do Poder Judiciário (op. cit., p. 22, grifos do autor).

Por fim, o dever de cumprir a Constituição e as leis da República também foi reiteradamente abordado pelo **Ministro Ricardo Levandowski**:

HC n.º 126.292/SP:

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078 [...], eu quero reafirmar que **não consigo [...] ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional**, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado (BRASIL, 2016a, p. 97, grifo nosso).

Voto escrito nas ADCs n.º 43, 44 e 54:

[...] assumi o solene compromisso de cumprir a Constituição e as leis da República, sem concessões a opinião pública ou publicada e nem a grupos de pressão.

E desse compromisso jamais me desviei e não posso desviar-me agora, pois tenho o inequívoco dever - sob pena inclusive de prevaricação – **de dar estrito cumprimento à vontade do legislador constituinte e ordinário** - que vocalizam a vontade do povo soberano [...] (LEWANDOWSKI, 2019a, p. 2, grifos nossos).

É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no **incondicional respeito às normas constitucionais**.

Isso porque não se pode fazer política criminal contra o que dispõe a Constituição, mas sim - e sempre - com amparo nela! (op. cit., p. 7, grifo nosso).

5.2.2.1.2 Os ministros favoráveis à execução provisória da pena

A lógica é inversa nos votos dos *Ministros Barroso, Cármen Lúcia e Fux*: argumentos de ordem pragmática adquiriram posição nuclear, até com preponderância às justificativas jurídicas. Estas, por sua vez, são associadas a uma maior sofisticação e complexidade interpretativa como, por exemplo, o recurso a interpretações ditas sistêmicas (ou sistemáticas) do princípio da presunção de inocência e a decorrente necessidade de se ponderá-lo com outras normas e valores.

Nesse sentido, o *Ministro Luís Roberto Barroso* estruturou o seu voto no HC n.º 126.292/SP com base numa divisão explícita entre fundamentos jurídicos e fundamentos pragmáticos para a execução provisória. Nesta segunda categoria, apontou:

HC n.º 126.292/SP:

[...] a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, [...], produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial **pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos**, promovendo (i) **a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal**, (ii) **a redução da seletividade do sistema penal**, e (iii) **a quebra do paradigma de impunidade** (BRASIL, 2016a, p. 50-51, grifos nossos).

Ademais, no decorrer da extensa argumentação desenvolvida na primeira categoria, a permissão para a execução provisória foi justificada a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, da qual se extrairia a distinção entre os regimes da culpabilidade e da prisão, e da natureza de norma-princípio da presunção de inocência, a ser ponderada com o “interesse constitucional na efetividade da lei penal”.

Assim sendo, a partir de uma **ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos** e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, **a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.** (op. cit., p. 43).

A tal alegação, somou-se a da execução antecipada como “uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário” (op. cit., p. 48). Dela, decorreria a necessidade de combater o uso abusivo e procrastinatório de recursos, de primar pela razoável duração do processo e de valorizar as instâncias ordinárias, considerando, em especial, o “baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários”²²⁴ (op. cit., p. 45-47).

Note-se que vários dos argumentos arrolados pelo ministro a título de fundamentos jurídicos são, na verdade, focados nos efeitos da decisão.

Voto escrito nas ADCs n.º 43, 44 e 54:

O voto de Barroso nas ADCs n.º 43 e 44 foi praticamente uma reprodução do voto no HC de 2016, com ênfase ainda maior na necessidade de se admitir a execução provisória para suprir deficiências do sistema. Em sua visão, impor-se-ia a compatibilização do art. 283 do CPP com essa premissa, a partir da técnica da interpretação conforme a Constituição.

Apesar disso, penso que é **tanto necessário, quanto possível** extrair do dispositivo **interpretação que comporte a possibilidade de execução provisória da pena** antes do trânsito em julgado da condenação, de modo a compatibilizá-lo com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal (BARROSO, 2019a, p. 19, grifos nossos).

²²⁴ Em seu voto, o ministro afirma que, segundo dados da assessoria de gestão estratégica do STF, no período de 01/01/2009 a 19/04/2016, o índice de recursos extraordinários providos em favor do réu foi de 1,5%; no tocante a decisões absolutórias, o índice não chegou a 0,1% dos recursos. Ele próprio já chamou atenção para o fato de se tratar de pesquisa artesanal, sujeita a alguma margem de erro (BRASIL, 2016, p. 33).

É evidente o predomínio de razões de ordem pragmática nos discursos do ministro, ainda que tidas como pretensamente jurídicas, o que indica um constrangimento legalista muito menor em relação aos votos dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski. Ilustrativo disso é o seguinte trecho, reiterado em pelo menos dois julgados:

É necessário **conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal**, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica—todos com *status* constitucional (BRASIL, 2016a, p. 35; BARROSO, 2019a, p. 15, grifo nosso).

Em raciocínio semelhante ao do Ministro Barroso, a **Ministra Cármen Lúcia** adotou postura predominantemente pragmática ao centralizar suas palavras na eficácia do direito penal como norte interpretativo para o princípio da presunção de inocência:

Voto nas ADCs n.º 43, 44 e 54 (trecho obtido a partir de notícia da revista “Consultor Jurídico”²²⁵):

A eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade (ROCHA apud COELHO, 2019d).

O discurso acalorado do **Ministro Luiz Fux** parece expressar um auge desse pragmatismo, pois a concepção de que a Constituição permitiria a mitigação progressiva da presunção de inocência foi respaldada na premissa fulcral de que “o judiciário deve contas à sociedade” (FUX apud COELHO, 2019c).

Voto nas ADCs n.º 43, 44 e 54 (trecho obtido a partir de notícia da revista “Consultor Jurídico”²²⁶):

O direito vive para o homem, e não o homem para o direito. Se tiver em jogo uma razão pública ou valor moral, temos que ouvir a sociedade. Nós somos homens tirados da sociedade, nos submetemos a sabatina no Congresso nacional. Quem são os destinatários do direito? A sociedade, claro (op. cit., grifo nosso).

²²⁵ Não foi possível o acesso à íntegra do voto de Cármen Lúcia na ADC n.º 43, motivo pelo qual se recorreu à consulta de notícias, como a citada. O voto da ministra no HC n.º 126.292/SP foi lacônico, pautado na simples alegação de que “não ser considerado culpado” não significa “não ser condenado” (BRASIL, 2016a, p. 61).

²²⁶ Da mesma forma que em relação à Cármen Lúcia, também não foi possível o acesso à íntegra do voto de Fux.

HC n.º 126/292/SP:

[...] ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. **Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência** (BRASIL, 2016a, p. 58, grifo nosso).

De modo diverso, porém, o *Ministro Edson Fachin* desenvolveu suas argumentações em defesa da execução antecipada com base essencialmente em fundamentos jurídicos, pouco recorrendo ao contexto e às consequências da decisão, mas valendo-se, para tanto, de considerável esforço hermenêutico em relação à presunção de inocência.

As teses do ministro podem ser sintetizadas em duas linhas: (I) o princípio, quando sopesado com a disciplina constitucional dos recursos extraordinário e especial, tem como consequência lógica a execução provisória; e (II) o termo “ninguém será considerado culpado”, utilizado pelo constituinte, não pode ser interpretado no sentido de que “ninguém será preso” até o trânsito em julgado.

Voto escrito nas ADCs n.º 43, 44 e 54:

A interpretação que dá eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recursos com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias (FACHIN, 2019, p. 25).

Nas ADCs, o ministro procurou, inclusive, afastar a discussão do plano pragmático:

Registre-se que essa constatação nada diz sobre a chamada preocupação com a efetividade da norma penal e **nada tem a ver com o cognominado “pragmatismo da ordem penal”**. Trata-se, antes, de simplesmente reconhecer que a tarefa de elaboração legislativa atende a critérios mínimos de compatibilidade constitucional [...] (op. cit., p. 23, grifo nosso).

E, nesse sentido, votou pela inconstitucionalidade do art. 283, do CPP, por violação ao arcabouço normativo sobre a ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais (op. cit., p. 29).

5.2.2.1.3 Considerações sobre o primeiro indicador

Os exemplos expostos são representativos das ideias gerais defendidas pelos ministros que não mudaram de posicionamento ao longo da oscilação jurisprudencial. A partir deles, infere-se que *há maior possibilidade de conformação legalista nos votos dos ministros que sempre se mostraram contrários à prisão antes do trânsito em julgado*. Em contraposição, os votos dos ministros favoráveis à execução antecipada revelam um empenho hermenêutico para contornar a referida interpretação literal do princípio da presunção de inocência, normalmente recorrendo ao uso de argumentos contextuais ou consequencialistas.

De todo modo, não se pode olvidar a reserva que precedeu a exibição do indicador: a análise teve como objeto os discursos dos ministros e, assim, não há como definir a real influência que os fatores jurídicos exerceram nas escolhas – se dinâmica, incidente também como fator decisório (pois os contextos da descoberta e da justificação são indissociáveis), ou se restrita ao contexto da justificação, a servir como mera retórica de legitimação para as motivações extrajurídicas.

5.2.2.2 Respeito aos precedentes firmados pelo Plenário

O segundo indicador de conformação legalista remete à curiosa atuação da *Ministra Rosa Weber* ao longo do caso em estudo. Ocorre que a ministra, fortemente contrária à execução provisória da pena em 2016, opinou por denegar a ordem no HC n.º 152.752/PR, mantendo o decreto de prisão expedido em desfavor do ex-Presidente Lula. Nesse contexto, a possível conformação legalista diz respeito à *justificativa do comportamento* fornecida pela ministra, baseada em dois fatores principais: (I) o valor da segurança jurídica, do qual resultaria a estabilidade dos precedentes firmados pela corte e a necessidade de evitar rupturas injustificadas; e (II) o princípio da colegialidade, revelador da “razão institucional” da corte, soberana em relação à individualidade. Para Weber, esses fatores antecederiam as discussões sobre a amplitude da presunção de inocência (BRASIL, 2018c, p. 196-198).

Acerca do primeiro fator, cabe destacar os seguintes excertos do voto da ministra:

Embora a jurisprudência comporte, obviamente, evolução [...], a atualização do Direito operada pela via judicial – pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais – **há de evitar rupturas bruscas e ser justificada adequadamente**; [...] (op. cit., p. 197, grifo nosso).

Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o **Tribunal** como **instituição, a simples mudança de composição não** constitui fator suficiente para legitimar **a alteração da jurisprudência**, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntura (op. cit., p. 196, grifos da autora).

E, sobre o segundo fator, este trecho:

Nesse contexto normativo e institucional, **reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal**, no processo decisório, tem um momento delimitado, **a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte** (op. cit., p. 198, grifos da autora).

Em suma, segundo Weber, sua decisão no HC n.º 152.752/PR (assim como todas as decisões que vinha tomando desde 2016) respaldava-se no respeito aos precedentes anteriormente firmados pelo Plenário do STF, ainda que desprovidos de efeito vinculante, tendo em vista a manutenção da “integridade da jurisprudência”²²⁷ (op. cit., p. 201, 205).

Para concluir o raciocínio, a ministra ressaltou que o seu entendimento pessoal sobre o tema de fundo mantinha-se inalterado, mas que haveria de ser defendido em momento propício – o controle abstrato de constitucionalidade:

[...] enfrente este *habeas corpus* nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade [...], em que esta Suprema Corte [...] há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental (op. cit., p. 212).

Inclusive, foi o que aconteceu no posterior julgamento das ADCs n.º 43, 44 e 54, quando a ministra voltou a se manifestar no sentido da impossibilidade da execução provisória da pena.

5.2.2.2.1 Considerações sobre o segundo indicador

Especialmente em relação a este indicador, insiste-se nas ressalvas feitas por ocasião das “noções gerais” sobre o eixo I, até para não causar no leitor a errônea percepção de que se estaria a afirmar que Weber de fato agiu de maneira legalista. Trabalha-se com a

²²⁷ Cabe ressaltar que o Ministro Edson Fachin seguiu essa mesma linha da vinculação à jurisprudência majoritária da corte, o que, contudo, não representou o sacrifício de sua posição anterior em favor da execução provisória (BRASIL, 2018c, p. 88).

argumentação, a justificação do voto da ministra e, nesse ângulo, há a exteriorização de um constrangimento legalista.

Contudo, pelo ângulo da motivação, encara-se o discurso do respeito aos precedentes com bastante ceticismo, a despeito da aparente conformidade entre tal discurso e o comportamento de Rosa Weber que, quando o tema retornou ao Plenário no julgamento das ADCs, voltou a expressar aquele que disse ter sempre sido o seu entendimento pessoal.

Esse olhar é superficial; deve-se ir além para compreender que, às vésperas do julgamento do *habeas corpus*, a ministra estava submetida a fortes pressões internas e externas ao tribunal, associadas às conturbações político-sociais emergentes da operação “Lava Jato” e do “caso Lula”. Isso porque, dentre todos os ministros, o seu voto era tido como a “maior incógnita” (PEREIRA, 2018) e seria decisivo para o resultado num ou noutro sentido.

Ademais, a dita “razão institucional revelada no voto majoritário da Corte”, à qual ela estaria a se curvar, fora manifestada em 2016, também em sede de *habeas corpus*. E tal “razão institucional” já nem se sustentava mais, uma vez que os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, responsáveis por contribuir com a sua formação, haviam alterado seus posicionamentos – e isso era notório.

Por esses motivos, atribui-se grande relevância à hipótese de que Weber tenha agido de forma estratégica, possivelmente influenciada por alguns de seus colegas do colegiado e/ou pela opinião pública, adiando uma nova virada jurisprudencial que, no contexto específico do julgamento do ex-presidente, poderia ter impactos muito negativos em termos de legitimidade e credibilidade – e isso tanto em relação à instituição quanto à atuação da própria ministra²²⁸.

5.2.3 Considerações finais

Para encerrar este eixo, não é demais retomar que, na medida em que o trabalho se presta à análise do comportamento humano, uma área repleta de incertezas, há limitações que lhe são inerentes. Particularmente na investigação da conformação legalista, essas limitações foram intensificadas pelo manuseio dos próprios discursos dos ministros, manifestações que se prestam a corporificar o dever constitucional de fundamentação.

²²⁸ O HC n.º 152.752/PR e seu contexto sociopolítico serão propriamente analisados no eixo III, item 5.4.5.4.

Com efeito, *uma fundamentação mais legalista não necessariamente corresponde a uma motivação verdadeiramente legalista* (ainda que na forma de um constrangimento), mas pode servir para justificar atitudes ideológicas e/ou estratégicas. E, nesse contexto, ganha relevância a crítica realista no aspecto da facilidade que os magistrados têm para conferir roupagem jurídica a uma decisão, tendo em vista o complexo, abstrato e até contraditório ordenamento jurídico brasileiro (TUMONIS, 2012, p. 1367; HOLMES JR., 2009, p. 18; GILLMAN, 2001, p. 468-469).

Por esse motivo, os próximos dois eixos de análise apresentarão explicações para o comportamento judicial do STF com predomínio de componentes extrajurídicos, isto é, fatores que se distanciam das normas, precedentes e métodos tradicionais de interpretação.

5.3 “Radiografia” do Supremo: composições, preferências pessoais e coalizões (eixo II)

O segundo eixo da análise comportamental tem por objeto o *tribunal em sua dimensão interna*, considerando a atuação simultânea (e nem sempre coesa) de diferentes unidades decisórias²²⁹: os órgãos colegiados (as turmas e o Plenário) e os órgãos monocráticos (os próprios ministros).

Nesse sentido, adquire relevância o estudo de alguns aspectos do caso da execução provisória da pena que aludem à interação entre os níveis decisórios colegiado e monocrático, fatores indispensáveis à sua adequada narrativa: as *diferentes composições do Supremo* ao longo do episódio, os *perfis de alguns ministros* que se destacaram nos últimos tempos, *as expressões de poderes individuais, a formação de blocos de votação favorecidos pelas circunstâncias do momento* (as coalizões) e *as tratativas informais*.

Mas, previamente ao exame casuístico do funcionamento interno do tribunal, e até para fornecer subsídios a tal exame, serão genericamente abordadas a relação entre as unidades de atuação colegiadas e monocráticas e a questão das coalizões, com base na literatura sobre o tema.

²²⁹ A expressão “unidades decisórias” não deve ser compreendida aqui como relativa apenas à função dos órgãos de proferir decisões em casos jurídicos que são levados a sua apreciação, mas de forma mais ampla, abrangendo também as escolhas e atitudes adotadas fora dos processos.

5.3.1 Um tribunal personalista ou deliberativo?

Certa vez, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, querendo se referir à dinâmica interna do Supremo Tribunal Federal, notadamente, à falta de diálogo fora das sessões entre os ministros, disse uma frase que se tornou emblemática: “As pessoas acham que isso aqui é um grupo de amigos. Mas, na realidade, somos 11 ilhas. Não somos amigos.” (GALLUCCI, 2014; ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 80).

Com efeito, a metáfora das 11 ilhas serviu de base para o que por ora se denomina de *tese da primazia do personalismo decisório no Supremo*, amplamente defendida por Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes. Segundo ela, as decisões da corte, mesmo quando tomadas pelo colegiado, refletem não uma posição da instituição, mas sim uma somatória dos votos individuais dos ministros. São, assim, produzidas com pouca ou nenhuma deliberação, já que, sobretudo em casos de destaque, os ministros costumam levar os votos prontos para a sessão de julgamento e os debates não são efetivos – a vaidade, impulsionada pela exposição das audiências ao público, dificulta ou até elimina as chances de negociação e persuasão. Por consequência, as decisões do tribunal restam qualitativamente prejudicadas, carentes de clareza e unidade (SILVA, 2009, p. 217-219; MENDES, 2010; OLIVEIRA, 2017, p. 1874;).

No entanto, outros estudiosos apontaram que a tese do personalismo decisório não se aplica indiscriminadamente ao comportamento do Supremo, devendo ter seu alcance delimitado²³⁰.

Num de seus trabalhos, Fabiana Luci de Oliveira realizou estudos quantitativos sobre a jurisprudência do tribunal nas ações declaratórias de inconstitucionalidade julgadas no período de 1988 até julho de 2014, e chegou a algumas considerações interessantes: (I) a ampla maioria das decisões finais colegiadas foi tomada de forma unânime; (II) a composição dos blocos de votação em decisões não unânimes foi bastante fluida, embora certa previsibilidade possa ser atribuída a elementos como o tema em apreciação, a origem profissional do ministro e o presidente responsável por sua nomeação; (III) *o processo decisório do colegiado é sim deliberativo* – com consideráveis índices de mudanças de posicionamento, menções explícitas a argumentações de outros ministros, menções também a precedentes da corte e adesões diretas aos votos de outros ministros, além do papel de relevo que é desempenhado pelo relator (2017, p.1876-1902).

²³⁰ Nesse sentido, ver também Klafke e Pretzel (2013).

Oliveira já havia relativizado a metáfora das 11 ilhas em estudo anterior, quando concluiu que, no período analisado²³¹, *a corte frequentemente atuara a partir da formação de blocos e redes de votação*, norteadas pelo presidente responsável pela nomeação de cada um dos componentes do grupo (2012b, p. 141-142 e 147-152).

De todo modo, a autora não questiona a incidência do personalismo decisório no que tange aos poderes individuais dos ministros, manifestados, por exemplo, no elevado número de decisões monocráticas (op. cit., 2017, p. 1876).

Além das reflexões sobre a ocorrência do debate em meio às sessões de julgamento, há notícia de que os ministros frequentemente realizam “*conversas informais*”, prévias aos encontros oficiais, no intuito de conhecer a opinião alheia, persuadir, negociar e/ou alinhar posicionamentos.

A título de exemplo, o Ministro Teori Zavascki, quando entrevistado no contexto do projeto “O Supremo por seus ministros: a história oral do STF nos 25 anos da Constituição (1988-2013)”²³², afirmou existir uma “troca de ideias” entre colegas com maior afinidade, ainda que isso não fosse, até aquele momento, algo da cultura do tribunal (ZAVASCKI, 2014, p. 28). E, nesse sentido, Felipe Recondo e Luiz Weber²³³ narram que reuniões informais teriam sido realizadas entre ministros, por iniciativa de Teori, em ocasiões que antecederam decisões cruciais para a operação “Lava Jato” (2019, p. 73-78, 100-102).

Também Dias Toffoli, no contexto do referido projeto, contou sobre a prática de circular os votos antes da sessão, com objetivo de “tentar otimizar o julgamento, de facilitar até o convencimento dos colegas”. Ademais, Toffoli atribuiu importância ao momento do lanche, aos eventos sociais e aos congressos e seminários como espaços que possibilitariam o diálogo informal entre os ministros, com exteriorização de preferências (TOFFOLI, 2014/2016, p. 78-79).

Seja por conta das manifestações formais (votos em sessões de julgamento), seja pelas manifestações informais, há certa convergência de que, no Supremo, *coalizões – compreendidas como alianças provisórias para o alcance de objetivos comuns*²³⁴ – são

²³¹ Neste trabalho anterior, a autora havia analisado as ADIs julgadas entre 1999 e 2006, um período bastante peculiar, marcado pela transição do governo Fernando Henrique Cardoso para o governo Lula, com grande renovação da composição do Supremo.

²³² Projeto desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) que resultou na formação de uma vasta base de dados qualitativos sobre o Supremo Tribunal Federal, constituída por várias entrevistas com integrantes e ex-integrantes da corte.

²³³ Os jornalistas são autores da obra “Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises”, que contém uma narrativa bastante esclarecedora de recentes e relevantes eventos envolvendo o tribunal, elaborada a partir de diversas entrevistas com Ministros e ex-Ministros do STF, Ministros do STJ, outras autoridades públicas e profissionais da área do direito, além de extensa pesquisa documental. Tal obra é uma importante referência desta pesquisa.

²³⁴ Essa acepção das coalizões pode ser encontrada em Oliveira (2012b, p. 146).

formadas e desfeitas a todo tempo, a depender da conjuntura (RECONDO; WEBER, 2019, p.431; MARIANO SILVA, 2018, p. 43; OLIVEIRA, 2017, p. 1888).

Diante das evidências da formação de blocos de votação e das conversas informais, vários autores concentraram-se em explorar a tese do personalismo em contornos mais sofisticados – uma “nova dimensão da individualidade” – *com foco nos amplos poderes individuais* que os ministros atribuem a si próprios a partir da interpretação (por vezes questionável) do texto constitucional e das regras constantes no Regimento Interno do Supremo (ARGUELHES; RECONDO, 2018, p.80-81; MARIANO SILVA, 2018, p. 51).

Nesse sentido, Joaquim Falcão e Diego W. Arguelhes expõem que a fragmentação do tribunal revelou-se como estratégia política individual, expressa em duas facetas: (I) elevado número de decisões monocráticas em casos de extrema relevância, com claros objetivos de evitar a apreciação do Plenário, tornar custosa a reversão da decisão individual ou contrariar o Plenário; e (II) poder de interferir na agenda do STF, o que remete à possibilidade de retenção do processo na condição de relator, à formação discricionária da pauta pelo presidente e aos pedidos de vista interruptivos de julgamento (2017, p. 21-27). Num trabalho anterior, os autores já haviam diagnosticado a incapacidade do Supremo – mediante iniciativa da presidência ou da coletividade de ministros – de limitar as atuações individuais inadequadas e ineficientes (2016, p. 24).

Em raciocínio semelhante, Arguelhes e Ribeiro argumentam que em várias ocasiões relevantes, “a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada” (2018, p. 14). Os autores também se referem à definição da agenda como uma tarefa distribuída em esferas individuais distintas (relator, presidente e qualquer ministro por meio do pedido de vista) e às decisões monocráticas que acabam por substituir posicionamentos do Plenário. Ademais, dão ênfase ao fato de que vários ministros discursam em público com frequência, apresentando suas visões pessoais sobre casos pendentes (em detrimento de uma visão institucional) e até mesmo criticando seus colegas, sem que haja qualquer regulamentação dessa prática (2018, p. 21-23).

A partir da literatura, discernem-se, em suma, três dimensões de comportamento personalíssimo no STF: *(I) decisões monocráticas que substituem a apreciação do Plenário ou contrariam sua orientação; (II) interferências na agenda do tribunal e (III) discursos públicos que sinalizam preferências pessoais ou veiculam críticas sobre a atuação de outros ministros*. Em alguma medida, todas essas dimensões evidenciam um agir estratégico que se reporta aos amplos poderes concentrados nas mãos dos ministros, os quais se aproveitam da

flexibilidade das “regras do jogo” para maximizar suas preferências, sem se esquecer, é claro, das expectativas e possíveis reações de outros atores políticos.

Sobre a primeira dimensão, Arguelhes e Ribeiro afirmam que são frequentes as decisões liminares monocráticas que se estendem por longos períodos de tempo e não são submetidas à efetiva supervisão do Plenário, tornando, assim, quase que irrelevante a distinção prática entre decisões liminares e definitivas²³⁵ (2018, p. 23-24).

Mas a questão ultrapassa as medidas cautelares: no dia-a-dia do tribunal, em diversas situações, os ministros decidem individualmente já de forma definitiva e sobre o mérito do processo, extravasando também o mero juízo de admissibilidade. E, nesse contexto, há um elevado grau de discricionariedade na escolha do que será objeto de apreciação monocrática e do que será levado às turmas e ao Plenário (VIEIRA, 2008, p. 450).

Já a agenda do tribunal é construída a partir de interações individuais nas três esferas mencionadas. Por conseguinte, para que um processo tenha seu julgamento concluído pelo STF, é preciso, em primeiro lugar, que o relator o libere e peça a sua inclusão em pauta, sendo que não há prazos vinculantes para tanto. Desde então, já há margem à estratégia, no que diz respeito ao “*controle de tempo*” (“controle de *timing*”) do processo. Superada essa etapa, há de se considerar, em segundo lugar, a formação da pauta do tribunal, que é competência exclusiva e totalmente discricionária do ministro presidente – é ele quem escolhe, sem necessidade de se filiar a nenhum critério, as matérias que serão levadas a julgamento. E, uma vez agendado e iniciado o julgamento, o processo ainda está sujeito a possíveis interrupções por meio de pedidos de vista, que são facultados a quaisquer ministros, em teoria, para permitir o estudo dos autos e com duração máxima até a segunda sessão ordinária subsequente²³⁶. Mas, na prática, as vistas podem se alongar pelo tempo suficiente para adiar a definição do caso a um momento que se considera mais propício (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 20-21; MELLO, 2018, p. 707-708).

As diferentes perspectivas sobre a dinâmica e os processos decisórios do STF – dos poderes individuais dos ministros e da existência de diálogo, formal e informal – não são excludentes. Na verdade, pode-se concebê-las como ideias complementares, cada qual com seu potencial explicativo.

Esse raciocínio vai ao encontro da ideia exposta por Felipe Recondo: de que “o Supremo se fragmenta em duas turmas, um Plenário e mais onze ministros. Analisar o STF é,

²³⁵ As decisões cautelares monocráticas que se prolongam no tempo parecem estar em desacordo com o art. 21, inciso V, do RISTF, que dispõe sobre a necessidade de referendo do Plenário ou da Turma.

²³⁶ Conforme o art. 134, do RISTF.

portanto, ter de lidar com quatorze STFs” (2018c, p. 207). Com efeito, a frase pode ser interpretada como sendo referente a *três diferentes níveis de funcionamento dentro do tribunal*: (I) os onze ministros, com suas atitudes e decisões monocráticas; (II) as duas turmas, que podem conceder tratamento desigual a questões semelhantes; e (III) o Plenário. Níveis que, não raramente, atuam em completa desarmonia.

5.3.2 Personalismo e deliberação no caso da execução provisória da pena

O caso da execução provisória da pena ilustra muito bem a existência desses diferentes níveis de funcionamento do Supremo e da relação complementar entre personalismo e deliberação²³⁷ (formal e informal). Inclusive, o caso permite perceber que essa relação dá-se de maneira pendular, com preponderância ora do personalismo, ora da deliberação, havendo entre as configurações influências recíprocas.

Em primeiro lugar porque a *evolução jurisprudencial é atribuída, em certa medida, à oscilação da postura institucional do STF*, mas também – e principalmente – a *mudanças no comportamento individual de ministros tidos como “peças-chave” nas votações*.

Em segundo, porque, *mesmo durante a vigência de um determinado posicionamento firmado pelo Plenário, alguns ministros não foram subservientes, optando por agir conforme suas próprias preferências*.

Em terceiro, *porque se constata a polarização do tribunal que foi consolidada com a operação “Lava Jato”*, expressa na existência de dois blocos de votação, um contrário e outro favorável à operação, admitindo-se a hipótese de que essa divisão interna repercutiu, de algum modo, nos julgamentos sobre a prisão em segunda instância.

Para percorrer a relação pendular entre personalismo e deliberação no caso em apreço, as próximas subseções irão analisar os fatores elencados quando da introdução do eixo, que variam entre níveis coletivos e individuais: (I) as mudanças na composição do Supremo e a oscilação da jurisprudência; (II) as preferências pessoais de ministros que desempenharam papel de relevo; (III) as manifestações de poderes individuais que influíram no curso das decisões; (IV) as coalizões; e (V) as tratativas informais. Por motivos explicados

²³⁷ A palavra “deliberação” foi empregada para se referir a qualquer diálogo entre os ministros com intenção de indicar preferências, persuadir ou negociar, seja ele formal – propiciado durante as sessões de julgamento – seja informal – no sentido das conversas informais referidas na subseção anterior.

ao final do item subsequente, os quatro últimos serão focados nos magistrados que integraram a corte de 2016 em diante.

5.3.2.1 Mudanças na composição do STF e diferentes entendimentos

Ao fundamentar o seu curioso posicionamento no *habeas corpus* do ex-Presidente Lula, a Ministra Rosa Weber proferiu os seguintes dizeres: “compreendido o Tribunal como instituição, entendo que a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência [...]” (BRASIL, 2018c). Em que pese a colocação, vários estudos quantitativos sobre o comportamento judicial do STF esclarecem que alterações na composição do tribunal ao longo do tempo impactaram em suas decisões, tanto da perspectiva da resposta institucional quanto da dinâmica interna, com possível formação e remodelagem de blocos de votação (OLIVEIRA, 2012a, p. 109-110; MARTINS; MARIANO SILVA, 2017, p. 12-14; DESPOSATO; INGRAM; LANNES, 2015, p. 561.).

Em semelhante raciocínio, porém com metodologia diversa, Patrícia Perrone Campos Mello possui um trabalho qualitativo que destaca, dentre as causas para a variação do comportamento e da compreensão de determinados temas pelo Supremo, ao longo da vigência da Constituição de 1988, os ciclos de renovação do tribunal (2018b, p. 3, 14, 23).

Considerando esses estudos, elaborou-se o quadro a seguir, que indica as composições do Supremo nos julgados paradigmáticos sobre a presunção de inocência e a execução provisória da pena:

Quadro 4 – Diferentes composições do STF durante o caso da execução provisória da pena

Julgado	Composição do STF (ministros) ⁽¹⁾
HC n.º 68.726 (1991)	Moreira Alves; Néri da Silveira; Sydney Sanches; Octavio Galloti; Célio Borja; Paulo Brossard; Spúlvida Pertence; Celso de Mello; Carlos Velloso; Marco Aurélio; Ilmar Galvão.
HC n.º 84.078 (2009)	Celso de Mello; Marco Aurélio; <i>Ellen Gracie; Gilmar Mendes; Cezar Peluso; Ayres Britto; Joaquim Barbosa; Eros Grau; Ricardo Lewandowski; Cármen Lúcia, Menezes Direito.</i>
HC n.º 126.292 (2016) e ADCs n.º 43 e 44/MC ⁽²⁾ (2016)	Celso de Mello; Marco Aurélio; Gilmar Mendes; Ricardo Lewandowski; Cármen Lúcia; <i>Dias Toffoli; Luiz Fux; Rosa Weber; Teori Zavascki; Roberto Barroso; Edson Fachin.</i>
HC n.º 152.752 (2018) e ADCs n.º 43, 44 e 54 (2019)	Celso de Mello; Marco Aurélio; Gilmar Mendes; Ricardo Lewandowski; Cármen Lúcia; Dias Toffoli; Luiz Fux; Rosa Weber; Roberto Barroso; Edson Fachin; <i>Alexandre de Moraes.</i>

Fonte: elaborado pela autora, a partir de dados disponíveis no sítio eletrônico do STF (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>. Acesso em: 20 jan. 2020).

Notas:

⁽¹⁾ Os nomes destacados em itálico correspondem aos ministros que não integravam a corte nos julgamentos anteriores.

⁽²⁾ Medida Cautelar nas ADCs n.º 43 e 44.

Entre a primeira decisão de destaque (em 1991) e a última (em 2019), a corte passou por dois períodos de renovação substancial: entre 1991 e 2009, com substituição de nove ministros, e entre 2009 e 2016, com substituição de sete ministros. De plano, parece haver certa consonância com as conclusões obtidas nos referidos estudos, pois os dois julgamentos protagonizados por arranjos substancialmente novos – HC n.º 84.078/MG (2009) e HC n.º 126.292/SP (2016) – representaram viradas de jurisprudência do tribunal, o primeiro vedando e o segundo admitindo a prisão a partir da segunda instância.

De todo modo, para desenvolver a análise sobre as mudanças de composição e sua interferência na evolução jurisprudencial, compôs-se o quadro 5 e a figura 2. Além desse propósito geral, essas representações também subsidiam a discussão sobre uma tradicional ideia do modelo atitudinal – de que a ideologia política do presidente indicante influencia no

comportamento do magistrado²³⁸ – e sua aplicabilidade para os Ministros do STF. Ela será tratada mais à frente.

O **quadro 5** relaciona todos os ministros que participaram de pelo menos uma das decisões paradigmáticas (HC n.º 68.726, HC n.º 84.078, HC n.º 126.292, ADCs n.º 43 e 44 – medida cautelar, HC n.º 152.752 e ADCs n.º 43, 44 e 54) aos Presidentes da República e respectivos partidos políticos responsáveis por suas indicações.

Quadro 5 – Ministros, presidentes indicantes e julgamentos paradigmáticos

Ministro	Presidente responsável pela indicação	Julgamentos que participou
Moreira Alves	Geisel (ARENA)	HC 68.726
Néri da Silveira	Figueiredo (PDS)	HC 68.726
Sydney Sanches	Figueiredo (PDS)	*
Octavio Galloti	Figueiredo (PDS)	HC 68.726
Célio Borja	José Sarney (PMDB)	HC 68.726
Paulo Brossard	José Sarney (PMDB)	HC 68.726
Sepúlveda Pertence	José Sarney (PMDB)	HC 68.726
Celso de Mello	José Sarney (PMDB)	* HC 84.078 HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Carlos Velloso	Collor (PRN)	HC 68.726
Marco Aurélio	Collor (PRN)	* HC 84.078 HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Ilmar Galvão	Collor (PRN)	HC 68.726

²³⁸ Essa ideia já foi apresentada na subseção 4.3.2 e discutida, quanto à possibilidade de transposição para o Brasil, na subseção 4.4, ambas do capítulo 4.

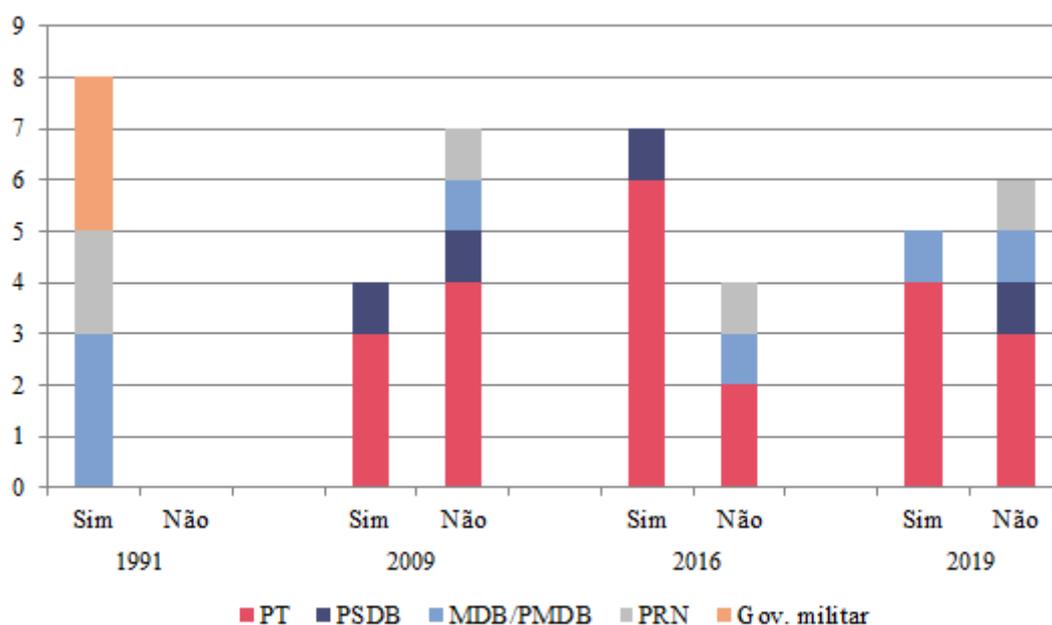
Ellen Gracie	Fernando Henrique Cardoso (PSDB)	HC 84.078
Gilmar Mendes	Fernando Henrique Cardoso (PSDB)	HC 84.078 HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Cezar Peluso	Lula (PT)	HC 84.078
Ayres Britto	Lula (PT)	HC 84.078
Joaquim Barbosa	Lula (PT)	HC 84.078
Eros Grau	Lula (PT)	HC 84.078
Ricardo Lewandowski	Lula (PT)	HC 84.078 HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Cármen Lúcia	Lula (PT)	HC 84.078 HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Menezes Direito	Lula (PT)	HC 84.078
Dias Toffoli	Lula (PT)	HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Luiz Fux	Dilma Rousseff (PT)	HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Rosa Weber	Dilma Rousseff (PT)	HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Teori Zavascki	Dilma Rousseff (PT)	HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC
Roberto Barroso	Dilma Rousseff (PT)	HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Edson Fachin	Dilma Rousseff (PT)	HC 126.292 ADCs 43 e 44/MC HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54
Alexandre de Moraes	Michel Temer (PMDB)	HC 152.752 ADCs 43, 44 e 54

Fonte: elaborado pela autora a partir de dados disponíveis no sítio eletrônico do STF (Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_mar_2017.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020).

Nota: o asterisco constante da coluna “julgamentos que participou”, em relação aos Ministros Sidney Sanches, Celso de Mello e Marco Aurélio, foi utilizado para reportar que, embora integrantes da corte à época do HC n.º 68.726, os ministros estiveram ausentes nessa sessão de julgamento.

Complementarmente, a **figura 2** focaliza, dentre as decisões paradigmáticas, aquelas que consagraram determinado posicionamento em relação à execução provisória da pena (HC n.º 68.726, HC n.º 84.078, HC n.º 126.292 e ADCs n.º 43, 44 e 54, sendo as três últimas as viradas jurisprudenciais) e retrata as diferentes composições da corte, à luz dos partidos políticos aos quais pertenciam os presidentes nomeantes dos ministros, cruzando esses dados com os placares de votação. Cada julgamento foi representado pelo ano em que ocorreu (1991, 2009, 2016 e 2019, respectivamente). Quanto aos placares de votação, partiu-se da pergunta “*para o ministro, é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado?*”, sendo as palavras “sim” e “não” as possíveis respostas.

Figura 2 – Composições do STF nas decisões que consagraram determinado posicionamento sobre a execução provisória da pena à luz dos partidos políticos dos presidentes nomeantes



Fonte: elaborado pela autora a partir de dados disponíveis no sítio eletrônico do STF (Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_mar_2017.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020).

Notas:

⁽¹⁾ A categoria “Governo militar” corresponde aos partidos políticos ARENA e PDS, sendo este o sucessor daquele, após o advento da Lei n.º 6.767/79, que reestabeleceu o pluripartidarismo no Brasil.

⁽²⁾ No HC n.º. 68.726, do ano de 1991, a votação foi unânime pela possibilidade de execução provisória da pena, lembrando que os Ministros Sidney Sanches, Celso de Mello e Marco Aurélio não estavam presentes na sessão.

O ano de 1991 se reporta ao período de transição democrática, caracterizado por uma resistência, da parte do Supremo, em exercer as competências que lhe foram conferidas pela Constituição de 1988 e por uma tendência a interpretá-las de forma restritiva (MELLO, 2018b, p. 6).

Essa opção pela autocontenção é atribuída não apenas à predominância de uma visão legalista da função de magistrado e à preocupação de evitar conflitos com outras instituições democráticas, mas especialmente à composição do STF (op. cit., p. 8-9) que, em 1991, ainda contava com quatro ministros nomeados pelo governo militar (figura 2).

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, um dos únicos que integrou a corte durante todo o deslinde do caso, afirmou que as diferentes composições refletiram em diferentes posturas. Para ele, o arranjo que denominou de “velha guarda”, constituído por quase todos os ministros que participaram do julgamento do HC n.º 68.726/DF²³⁹, era “mais ortodoxo” – nutria maior deferência pelos Poderes Executivo e Legislativo – do que as composições posteriores (MELLO, 2016, p. 28-29).

Assim, a explicação que se tem é a seguinte: a despeito da consagração pela Carta de 1988 do princípio da presunção de inocência, *um STF “mais ortodoxo” manteve-se firme à jurisprudência anterior, que admitia a prisão penal antes do trânsito em julgado*, respaldando-se nas regras sobre a ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial. E o fez pela unanimidade dos membros presentes na sessão²⁴⁰.

De 1991 a 2009, a rotação dos integrantes do Supremo foi quase que total, permanecendo apenas Celso de Mello e Marco Aurélio²⁴¹. O maior período de mudanças foi durante o governo do Partido dos Trabalhadores (com início em 2003): no HC n.º 84.078/MG, a corte contava com sete ministros indicados pelo ex-Presidente Lula (quadro 5 e figura 2).

²³⁹ Em entrevista conferida ao projeto “História Oral do STF”, da FGV, o ministro afirmou que tinha “saudades da velha guarda”, referindo-se aos ex-Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Carlos Velloso, Aldir Passarinho e ao ainda atual Celso de Mello (op. cit., p. 29).

²⁴⁰ Inclusive, em decisões contemporâneas ao paradigma de 1991, o Supremo chegou a declarar a validade da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, com base em dispositivos do Código de Processo Penal anteriores à nova Constituição. Para mais detalhes sobre o tema, ver o item 3.3.1, do capítulo 3.

²⁴¹ Composição do STF no ano de 2009: Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Seguindo o raciocínio de Marco Aurélio, que é confirmado pelos estudos de Desposato, Ingram e Lannes (2015, p. 561) e Mello (2018b, p. 14), *a considerável renovação da composição contribuiu para que o tribunal experimentasse um processo de auto-ampliação das próprias competências e da missão institucional*, passando a interferir no funcionamento dos demais poderes.

Outras causas também teriam concorrido para a expansão da autoridade do tribunal: (I) a estabilização democrática, com consolidação da independência e garantias da magistratura; (II) o oferecimento de novas condições no plano normativo; (III) a aceitação da autoridade do Supremo pela população, inclusive de sua interferência sobre decisões políticas; (IV) o reconhecimento do papel criativo dos magistrados em casos difíceis; e (v) a criação da “TV Justiça”, que conferiu grande visibilidade à corte (MELLO, 2018b, p. 14-16).

O cenário foi propício para que *um STF cada vez mais repaginado se dispusesse a rediscutir sua jurisprudência sobre a execução provisória a partir de 2003*²⁴², num lento processo que culminou com a proclamação de novo entendimento pelo Plenário, em 2009.

Nesse caso, a decisão pela inadmissibilidade da prisão antes do trânsito em julgado deu-se por maioria de sete votos contra quatro. Foi favorecida pela consciência dos ministros acerca de seu próprio protagonismo, o que permitiu superar a jurisprudência anterior (ainda que em sede de controle difuso) para afirmar a máxima vazão de um princípio constitucional em detrimento de normas infraconstitucionais em sentido contrário.

*O entendimento perdurou até o ano de 2016, quando nova composição do Supremo*²⁴³ – com seis ministros diferentes, todos nomeados pelo Partido dos Trabalhadores (quadro 5 e figura 2) – *operou outra virada jurisprudencial sobre a execução provisória, que voltou a ser admitida.*

Uma análise essencialmente focada no HC n.º 126.292/SP poderia levar à conclusão de que esse segundo estágio de renovação dos ministros foi absolutamente determinante para a alteração da posição da corte. Contudo, a ampliação do foco permite perceber que, três anos depois, um arranjo praticamente igual de ministros – a única alteração foi a entrada de Alexandre de Moraes no lugar do falecido Teori Zavascki – produziu a terceira guinada na jurisprudência, desta vez em sede de controle concentrado (ADCs n.º

²⁴² No ano de 2003, a movimentação deu-se pela Primeira Turma do STF, que submeteu a Reclamação n.º 2391/PR ao Plenário. Na ocasião, a turma era composta por Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ayres Bitto, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Para um estudo mais abrangente, consultar o capítulo 3, item 3.3.1.1.

²⁴³ Composição do STF em 2016: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

43,44 e 54). E, mesmo antes das paradigmáticas ADCs, os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Rosa Weber já haviam expressado ao menos duas posturas diversas quanto ao tema.

Portanto, intui-se que, diferentemente da contraposição dos julgamentos de 1991 e 2009, quando a alteração quase que total da composição do STF teve papel fundamental para a primeira revisão da jurisprudência, ***entre os julgamentos de 2009 e 2016, a renovação dos ministros, embora tenha naturalmente repercutido nas relações internas, não foi assim tão determinante para a segunda revisão***. Prova disso é a ocorrência de uma terceira revisão três anos depois, promovida por uma composição quase que inalterada.

Ainda, levando em conta os estudos brasileiros que investigaram a influência das indicações presidenciais no comportamento dos ministros²⁴⁴, outra constatação que se faz é que, ao menos quanto ao tema da execução provisória da pena – que remete a viés mais ou menos garantista em matéria penal – e ao período compreendido entre 2006 e 2019, ***a origem política das indicações não foi um fator relevante para o posicionamento da corte***.

Isso porque, desde 2006²⁴⁵, o Supremo passou a ser composto por uma maioria de ministros indicados pelo Partido dos Trabalhadores (nas figuras dos ex-Presidentes Lula e Dilma Rousseff), situação que se verificou até 2019. E todos os julgamentos do Plenário a partir de 2009 dividiram a corte entre a admissibilidade e a inadmissibilidade da execução provisória – e dividiram também os ministros indicados pelo PT²⁴⁶. Ademais, os julgamentos de 2009 e 2016 resultaram em posicionamentos institucionais diametralmente opostos, sendo o primeiro retomado em 2019.

Na verdade, a oscilação que se verificou em 2016 parece ser muito mais devida à evolução do ambiente político: o fortalecimento da bandeira do combate à corrupção, sobretudo com o avanço da operação “Lava Jato”. De fato, a operação havia se tornado parte da agenda do Supremo em 2015, numa época em que contava com grande apoio da mídia e da opinião pública (MELLO, 2018b, p. 23-24).

²⁴⁴ Nesse sentido, ver: Oliveira (2012b); Desposato, Ingram e Lannes (2015); e Mariano Silva (2018). Este último trabalho, que teve como objeto as ações de controle concentrado de constitucionalidade julgadas, liminar ou definitivamente, entre 2012 e 2017, é o que mais se aproxima desta pesquisa, em razão do período analisado. Ele conclui que “no atual período da jurisdição constitucional brasileira, as divisões entre os Ministros do STF não guardaram ralação evidente com a origem política de suas indicações” (op. cit., p. 41).

²⁴⁵ Ano da nomeação de Cármen Lúcia.

²⁴⁶ Veja-se os momentos de virada jurisprudencial: no *HC n.º 84.078 (em 2009)*, quatro ministros indicados pelo PT votaram pela impossibilidade de execução provisória da pena (Cezar Peluso, Ayres Britto, Eros Grau e Ricardo Lewandowski) e três votaram pela possibilidade (Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Menezes Direito). No *HC n.º 126.292 (em 2016)*, dois ministros indicados pelo PT votaram pela impossibilidade (Ricardo Lewandowski e Rosa Weber) e seis pela possibilidade (Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin). Por fim, nas *ADCs n.º 43, 44 e 54 (em 2019)*, três ministros indicados pelo PT votaram pela impossibilidade (Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Rosa Weber) e quatro pela possibilidade (Cármen Lúcia, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin).

Igualmente conjuntural se reputa ter sido a virada que ocorreu anos mais tarde, em 2019, quando a referida operação tivera a sua força instrumental restringida por uma série de decisões do Supremo e, principalmente, sofrera perdas significativas em termos de legitimidade e credibilidade perante a opinião pública.

Mas os contextos sociopolíticos, seja a “Lava Jato”, sejam os demais momentos que repercutiram nos julgamentos da prisão em segunda instância, serão estudados em detalhes no eixo III, ao qual se remete a leitura. Por ora, e tendo em vista que as duas últimas viradas jurisprudenciais foram operadas por composições institucionais quase que idênticas (ressalvada a substituição do Ministro Teori Zavascki pelo Ministro Alexandre de Moraes), *a análise dos próximos fatores compreendidos na relação entre personalismo e deliberação, será focada nos ministros que integravam a corte em 2016 e nos anos seguintes.*

5.3.2.2 Preferências pessoais dos ministros

A compreensão de que o desempenho do STF no caso da execução provisória é fruto de uma combinação entre personalismo e deliberação torna pertinente a investigação das preferências sinceras dos ministros.

Nesse ponto, as limitações inerentes à análise comportamental vêm à tona na forma de dificuldades na transposição das metodologias do modelo atitudinal para o estudo do Judiciário brasileiro. Ocorre que, conforme já mencionado no capítulo 4, a heterogeneidade do ambiente político dificulta a perquirição de eventuais reflexos da ideologia do julgador em suas decisões.

Mas não só: também se esbarra no problema das várias interpretações compatíveis para um mesmo conjunto de dados – se os dados revelam condutas sinceras ou estratégicas, ou, ainda, uma combinação de ambos os adjetivos.

É por isso que se optou aqui pelo exame de *“preferências pessoais”*. O termo foi utilizado com sentido bem amplo, para se referir tanto à *visão de mundo dos ministros* – um conjunto de ideias e valores arraigados, ligados à personalidade – quanto à *busca por papel de destaque no jogo político* (disposição ao agir estratégico).

Note-se que a compreensão ora adotada das ditas preferências *transcende a abordagem atitudinal (ideológica)* para se relacionar também às ponderações de ordem estratégica. Ainda que isso signifique alguma perda em termos de detalhes, diminui-se o risco de interpretações contraditórias para um mesmo conjunto de evidências.

Há ainda, outra limitação, referente aos indicadores da influência das preferências pessoais nas decisões. Ao se constatar a dificuldade de definir variáveis objetivas (*p. ex., a ideologia do presidente nomeante*) para realizar pesquisas mais extensas, quantitativas, teve-se que buscar alguma alternativa.

Portanto, a solução encontrada foi examinar **(I) características pessoais** – como *temperamento, inclinações ideológicas (especialmente em relação a posições mais garantistas ou punitivistas em matéria penal), origem profissional e eventuais grupos de identificação* – e **(II) atitudes habituais dos ministros** – como *propensão a discordar dos colegas e disposição para aparecer na mídia* – que possam ter influenciado de alguma forma na sua atuação no caso da execução antecipada. E, para a tarefa, valeu-se de artigos acadêmicos, notícias e entrevistas que veicularam os próprios discursos dos ministros ou interpretações alheias sobre eles, feitas por estudiosos e jornalistas.

No caso dos discursos pessoais, atenta-se novamente para o descompasso que pode existir entre a fala e a “verdadeira” motivação. Todavia, há de se reconhecer o valor da fonte, pois ***não é incomum que os próprios ministros admitam a influência da visão de mundo em suas decisões***. Basta consultar a obra de Mello, que contém vários exemplos nesse sentido (2018a, p. 697). E, na mesma linha, Mariano Silva afirma que, considerando a atual relevância do Judiciário no espaço político, “os discursos jurídicos, ao invés de ocultarem o segredo do comportamento judicial, são os elementos por meio dos quais os juízes confessam, à sua maneira, os seus motivos” (2018, p. 44).

Em função do espaço reduzido a este que é apenas parte de um dos eixos de abordagem, o estudo foi recortado, direcionado aos ministros que (I) participaram de julgamentos sobre o caso a partir de 2016; (II) desempenharam algum papel de relevo (*p. ex., relatoria de algum dos processos, protagonismo na fixação de teses ou oscilação pessoal*) e (III) que mais deixaram transparecer a influência de preferências pessoais (no amplo sentido aqui considerado) em suas escolhas.

Suscita-se, desde já, a ideia de que grande parte das importantes disputas de preferências no episódio estudado está atrelada às ***concepções que os integrantes da corte têm sobre um contexto mais amplo, qual seja, o da operação “Lava Jato”*** – e ao seu grau de disposição para tentar influenciar nesse contexto. Essa premissa auxiliou na seleção dos ministros estudados. Ademais, a exibição dos resultados compreende diversas menções a atitudes e opiniões acerca da operação, a qual será propriamente estudada no eixo III.

5.3.2.2.1 O Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio é um grande símbolo do personalismo dentro do STF. Seu comportamento bastante idiossincrático, manifestado pela alta frequência de votos vencidos e posicionamentos completamente isolados que profere²⁴⁷, não passa despercebido dentro²⁴⁸ e nem fora da corte, rendendo-lhe apelidos como “senhor voto vencido”, “dissidente intencional” e outros termos afins (MARIANO SILVA, 2018, p. 44; CARDOSO; MATSUURA, 2015; OLIVEIRA, 2017, p. 1877). Com efeito, divergir é quase que um costume do ministro.

O próprio Marco Aurélio vangloria-se dessa imagem da constante divergência. Ele já afirmou que ficar vencido no colegiado é sua sina (MENDES, entre 2014 e 2016, p. 1). Outrossim, chegou a dizer, em entrevista conferida aos jornalistas Luiz Orlando Carneiro e Felipe Recondo, que desconhecia o “instituto da ressalva”, referindo-se à prática por vezes adotada pelos julgadores de acompanhar a maioria, mas ressaltando o seu entendimento pessoal sobre o tema (MELLO MAMF 2015, p. 125). Inclusive, o ministro constantemente enaltece o fato de que suas decisões são tomadas com base em preferências pessoais – em sua “ciência e consciência” – e não em tratativas e concessões informais realizadas entre colegas (RECONDO; WEBER, 2019, p. 77, 441; COSTA, 2014). Em suas palavras:

Alguns devem achar que sou um cricri, o que eu não comungo. Por quê? Porque não componho “clube do bolinha” [...]. Mas eu não ocupo cadeira voltada a relações públicas. E não transijo com o meu ofício. Foi o que falei: julgar é uma missão sublime (MELLO MAMF, 2015, p. 127).

De fato, a troca informal de votos entre os Ministros do STF sempre foi objeto de críticas por Marco Aurélio. Em entrevista ao jornal “Congresso em Foco”, ele repreendeu a postura dos colegas, afirmando: “não estamos em um teatro para acertarmos previamente decisões, e depois colocarmos a capa para proclamar a decisão” (MELLO, 2014).

Ademais, o ministro valoriza a publicidade dos julgamentos – foi o criador da “TV Justiça” – e parece não recear em expor sua personalidade forte e individualista à mídia,

²⁴⁷ Nesse sentido, Oliveira aponta que, das ADIs decididas por maioria no STF entre 1999 e 2006, Marco Aurélio apresentou voto vencido em 73%, e desse percentual, 55% foram posicionamentos isolados (2012b, p. 152). Noutro estudo, a autora voltou a se reportar ao comportamento de “dissidente intencional” de Marco Aurélio, indicando que no período de 13/06/1990 a 30/07/2014, nas ADIs com decisões majoritárias, o ministro votou com a maioria em apenas 24% das vezes e foi minoria isolada em 37% (2017, p. 1880).

²⁴⁸ Bastante ilustrativa a frase do ex-Ministro Sepúlveda Pertence numa das sessões em que participou no tribunal: “O ministro Marco Aurélio não suporta que o tirem de seu isolamento” (PERTENCE apud RECONDO; WEBER, 2019, p. 421).

frequentemente concedendo entrevistas para expressar sua opinião em temas de relevo e, por vezes censurando, ainda que de forma indireta, a atuação dos demais integrantes da corte²⁴⁹.

Quando eu posso me pronunciar, eu me pronuncio. E não me pronuncio em *off*, porque acho que é uma covardia você ficar por trás da parede fustigando. Quando eu me pronuncio, eu coloco as minhas impressões digitais, até porque o meu vocabulário se tornou conhecido (MELLO MAMF, 2015, p. 124).

Como visto, Marco Aurélio foi designado o relator das ADCs n.º 43, 44 e 45, cujo pedido principal era a declaração de constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal. Ficou vencido na decisão proferida pelo Plenário em outubro de 2016, a qual indeferiu as medidas cautelares. Mas, mesmo assim, fazendo *jus* ao seu comportamento idiossincrático, o ministro continuou a prolatar decisões monocráticas de acordo com aquela que sempre fora a sua preferência pessoal sobre o tema – a vinculação à literalidade do preceito constitucional.

Na verdade, essa atuação individualista no caso já fora adotada pelo ministro muito antes; há notícia de que, ao menos desde 1995 (no RHC n.º 71.959/RS), ele desrespeitara a posição fixada pelo Pleno no HC n.º 68.726/DF, decidindo sozinho, em sede de liminar, por impedir a prisão antes do trânsito em julgado (BRASIL, 1997, p. 45)²⁵⁰. E o fizera de maneira muito vanguardista, sendo um dos primeiros membros do tribunal a insurgir-se contra a execução provisória da pena.

Além disso, é notável a estabilidade do posicionamento de Marco Aurélio, que, ante as idas e vindas do tribunal, sempre se manteve o mesmo e sempre foi defendido com afinco. Com efeito, no julgamento do mérito do referido RHC de 1995, após notar-se como a divergência, o ministro já profetizara: “Peço vênias aos Colegas, e confesso mesmo que, **enquanto tiver cadeira nesta Corte, insistirei na tese.**” (MELLO apud MENDES, entre 2014 e 2016, p. 1, grifo nosso).

Nesse sentido, em meio ao contexto da operação “Lava Jato” e da autorização para a execução provisória da pena, Marco Aurélio não deixou de consignar suas críticas, passando a afirmar constantemente, por meio de seus votos e de manifestações na mídia²⁵¹, que o Brasil vivenciava “tempos estranhos”, marcados por um desrespeito à Constituição, inclusive por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal.

²⁴⁹ A título de exemplo, após o julgamento da ação penal 470, referente ao Mensalão, Marco Aurélio disse aos jornalistas que não tinha gostado da sessão em razão da falta de urbanidade do relator, o então Ministro Joaquim Barbosa (BRÍGIDO, 2012).

²⁵⁰ O RHC n.º 71.959/RS (BRASIL, 1997) foi referido no item 3.3.2.2.1, do cap. 3.

²⁵¹ A título de exemplo: Moura, Pires e Bulla (2017).

Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, **presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal**, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior (MELLO, 2019, p. 19, grifos nossos).

Uma defesa fervorosa de sua posição pessoal foi observada nos fatos que circunstanciaram o HC n.º 152.752/PR. Ocorre que Marco Aurélio esperava uma reversão do entendimento firmado em 2016, o que provavelmente foi evitado pelas escolhas da então Presidente Cármen Lúcia (RECONDO; WEBER, 2019, p. 486-496). E, uma vez frustrado, tratou de evidenciar sua indignação para com a presidente e os ministros que lhe foram coniventes. Referiu-se à Cármen Lúcia como a “toda-poderosa, no tocante à feitura da pauta” e censurou o comportamento estratégico na corte num dizer que se tornou histórico: “que isto fique nos anais do Tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade”²⁵² (BRASIL, 2018c, p. 219).

Veja-se que, no caso em apreço, a postura de Marco Aurélio, sempre estável e firme nos mesmos valores (ainda que refutados pelos demais ministros), contrapõe-se à oscilação institucional do STF. A leitura que se faz do comportamento individualista do ministro é de que *suas preferências pessoais – sejam elas reais reflexos da observância à Constituição ou não – são, em geral, determinantes para suas decisões*. Muito emblemáticas, nesse sentido, as palavras escolhidas por Gilmar Mendes para caracterizar o colega: “De fato, trata-se de magistrado notório pela defesa intransigente de suas posições [...]” (MENDES, entre 2014 e 2016, p. 1).

5.3.2.2.2 O Ministro Teori Zavascki

Teori Zavascki foi originariamente designado como o relator da operação “Lava Jato” no Supremo Tribunal Federal, conduzindo os processos de uma forma que lhe rendeu elogios e poucas críticas de estudiosos e jornalistas. Os enaltecimentos feitos por Arguelhes, no sentido de que o ministro seria “indispensável em sua excepcionalidade de juiz exemplar: independente, sereno e exato” (2018, p. 48), e também por Falcão e Arguelhes – um “exemplo virtuoso” (2016, p. 28) – ilustram bem essa fama.

Com efeito, muitos se referem à discrição de Zavascki, que nunca se utilizou de seu protagonismo na “Lava Jato” para a autopromoção, reservando opiniões pessoais para

²⁵² Esse momento crucial na história do caso foi e será objeto de diferentes análises ao longo da dissertação: no item 3.3.6.2.1, do capítulo 3, e nos itens 5.3.2.3.2 e 5.3.2.5, deste capítulo, aos quais se remete a leitura.

seus votos, e nem expôs a instituição ou os outros ministros (op. cit., p. 47; RECONDO, 2018a, p. 32; FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 28).

Na verdade, a manutenção de uma relação distante e cordial para com a imprensa é marca de toda a atuação de Zavascki no tribunal. Em entrevista conferida ao projeto “História Oral”, da FGV, o ministro expressou a sua contrariedade à transmissão ao vivo das sessões de julgamento e explicou a sua compostura:

Mas eu nunca fui de me expor muito [...]. Não é que eu fugisse da imprensa, pelo contrário, mas que eu preferia deixar as minhas posições claras nos meus votos, e que eu me comprometia a disponibilizar meus votos no mesmo dia que eu apresentasse o voto no Plenário (ZAVASCKI, 2014, p. 31).

O momento da nomeação de Zavascki – em meio ao julgamento do “Mensalão” no STF – levantou várias suspeitas sobre um possível comprometimento político-partidário, suspeições essas que foram afastadas pela imagem que ele construiu na corte: um perfil vinculado ao direito posto, independente de influências políticas (ARGUELHES, 2018, p. 46; ZAVASCKI, 2014, p. 24). Na referida entrevista, o ministro afirmou: “O juiz não tem como fugir do Direito. Isso não significa dizer que o juiz não decida questões políticas, mas ele não decide politicamente, **ele decide questões políticas juridicamente**” (op. cit., grifo nosso).

Outra preferência ressaltada por Zavascki na ocasião foi a importância das conversas informais entre ministros, dos diálogos fora das sessões de julgamento, que, segundo ele, ainda não eram “da cultura” STF em 2014 (op. cit., p. 27-28).

Posteriormente, essa preferência foi manifestada em momentos de relevo da operação “Lava Jato”. Exemplificando, Recondo e Weber contam que Teori, antes de determinar monocraticamente a prisão cautelar do então Senador Delcídio do Amaral, importante líder do governo Dilma Rousseff, havia convocado uma reunião informal entre os colegas da Segunda Turma, com vistas a obter o seu apoio para a decisão (2019, p. 73-78). De acordo com os autores, o ministro também teria procedido a conversas informais antes de proferir a liminar determinando o duplo afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados e do mandato (op. cit., p. 97, 100-102).

Atitudes de convergência institucional como as referidas renderam elogios a Zavascki sobre a “força centrípeta” que ele exerceria “em um tribunal de tendências centrífugas”. *O ministro tornou-se símbolo de uma institucionalidade que não raramente cedia aos individualismos* (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 28; 2016, p. 24-25).

Ademais, Zavascki sempre foi considerado uma pessoa calma, capaz de cultivar boas relações com os colegas de trabalho, de manifestar suas divergências de forma respeitosa e de dialogar com as instâncias inferiores²⁵³ (FALCÃO; ARGUELHES, 2016, p. 25-26). Foi o que ele próprio reconheceu na entrevista ao programa “História Oral”: “Até pelo meu temperamento, eu não sou particularmente de criar problemas, procuro sempre ter um tratamento respeitoso com os colegas. Sempre foi assim, e sempre recebi isso.” (ZAVASCKI, 2014, p. 24).

A discrição, independência e centralidade do ministro são as razões pelas quais o seu falecimento, no início de 2017, ensejando a vacância da relatoria da operação “Lava Jato”, foi tido como uma grande perda em termos de legitimidade da corte, tanto pelos demais integrantes, quanto pelos observadores externos. Consequentemente, muito se especulou sobre quem seria o novo relator da “Lava Jato” (FALCÃO; ARGUELHES, p. 28; RECONDO; WEBER, 2019, p. 72, 170).

Especificamente quanto ao tema deste trabalho, Zavascki teve a sua importância como o relator do HC n.º 126.292/SP, capitaneando, juntamente com o Ministro Barroso, a decisão que levou à readmissão da prisão antes do trânsito em julgado, após sete anos de jurisprudência na direção oposta (RECONDO; WEBER, 2019, p. 182). Já antecipando o que será abordado mais à frente²⁵⁴, porquanto a execução provisória tenha servido como grande instrumento para a operação “Lava Jato” (op. cit., p. 487), *afere-se o interesse de Zavascki, relator e defensor da operação, em assegurar o instituto*, aproveitando-se, para tanto, de um *habeas corpus* que nada tinha a ver com crimes de corrupção.

5.3.2.2.3 O Ministro Edson Fachin

A importância do Ministro Edson Fachin no caso da prisão em segunda instância deu-se, sobretudo, pelo processo e julgamento do HC n.º 152.752/PR, que, inserido no conjunto da “Lava Jato”, esteve sob sua relatoria. Por isso, optou-se por incluí-lo nesse tópico.

Fachin chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de um processo bastante complicado. Indicado pela ex-Presidenta Dilma Rousseff durante um governo em crise, com incentivos do Ministro Lewandowski, pendiam ameaças do Senado sobre a rejeição de seu nome. Isso principalmente por uma suposta afinidade com o PT – ele havia pedido votos para

²⁵³ Para ilustrar esse ponto, os autores apontam a boa convivência mantida entre Zavascki e Sergio Moro no decorrer da “Lava Jato”, o que denominam de “verdadeira diplomacia judicial” (op. cit., p. 26).

²⁵⁴ Ver a subseção 5.4.5.3, do eixo III.

Rousseff na campanha presidencial de 2010 – e por uma notória atuação progressista como advogado e jurista²⁵⁵, verificável, por exemplo, na defesa do movimento de reforma agrária (RECONDO, 2016a, p. 253-254; BOGOSSIAN, 2016, p. 235). Talvez essa desconfiança política tenha levado o ministro a assumir posições mais moderadas durante a sua sabatina, defendendo uma atuação judicial “contida”, “discreta” e deferente ao Poder Legislativo (BOGOSSIAN, 2016, p. 235; FALCÃO, 2017).

Sou, por assim dizer, um daqueles que subscreve para um juiz de corte constitucional um papel de estabilização. Apenas em caráter excepcional, é possível traduzir alguma expressão jurisdicional aonde ordinariamente deve ser espaço da política. E, portanto, o juiz não é nem pode ser legislador (FACHIN apud FALCÃO, 2017).

Com efeito, afeições políticas pgressas não parecem ter sido determinantes em suas principais decisões. Designado como o novo relator da “Lava Jato” após a morte de Teori Zavascki, atribuição para a qual deu a partida²⁵⁶, o ministro conduziu os processos na mesma linha rígida de seu antecessor, em geral, aprovando a operação e alinhando-se à atuação do Ministério Público (RECONDO, 2018a, p. 30-33; RECONDO; WEBER, 2019, p. 196 e 429). Em suas palavras:

A Lava Jato, especificamente, vai ter conosco um encontro marcado aí pelos próximos dois ou quatro anos nessa perspectiva das instruções das ações penais e das respostas efetivas, absolvendo ou condenando. Eu estou seguro de que nós não apenas continuaremos nessa trilha como iremos avançar do ponto de vista das respostas que devem ser dadas. Não porque tenhamos prazer algum em realizar um procedimento criminal, é porque nós temos o dever de assim fazer (FACHIN apud RELATOR..., 2018, grifo nosso).

Nesse escopo de preservar o “espírito da Lava Jato”²⁵⁷, Fachin autorizou a abertura de inúmeras investigações em detrimento do alto escalão político e, levando em conta os interesses dos outros componentes da Segunda Turma, deslocou processos cuja

²⁵⁵ O ministro é conhecido como um das maiores autoridades em direito civil do país, autor ou organizador de inúmeros artigos e obras doutrinárias. Nesse sentido: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/luiz-edson-fachin>.

²⁵⁶ A designação de Fachin como o novo relator da “Lava Jato” deu-se por sorteio, precedido, contudo, por uma migração voluntária sua da Primeira para a Segunda Turma, já pensada com o intuito de assumir a relatoria. A função conferiu visibilidade muito grande ao ministro que, até então, havia sido o último a ingressar na corte. Especula-se que essa visibilidade tenha sido o fator que o motivou a participar do sorteio, já que Fachin não tinha nenhuma experiência em matéria penal ou processual penal (RECONDO; WEBER, 2019, p. 175-177).

²⁵⁷ Expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes na entrevista concedida a esta pesquisa (MENDES, 2019c, informação verbal).

derrota era previsível no órgão fracionário para o Plenário²⁵⁸. De fato, foi isso que fez no *habeas corpus* impetrado para evitar a prisão do ex-Presidente Lula. No caso, o deslocamento foi acolhido pelo Plenário, sobressaindo decisão contrária aos interesses de Lula (e alinhada ao “espírito da Lava Jato”) (RECONDO; WEBER, 2019, p. 196 e 449).

Em que pesem as mencionadas condutas estratégicas, que serão objeto de análise na subseção 5.3.2.3.2, a atuação de Fachin na operação “Lava Jato” – e no caso da prisão em segunda instância – parece ter sido permeada por preferências adquiridas após a posse como Ministro do STF, contrariando, em certa medida, a imagem progressista que possuía enquanto jurista. *Preferências predominantemente conservadoras²⁵⁹, por ora fundamentadas no apego às normas jurídicas, por ora no “espírito da Lava Jato”*.

5.3.2.2.4 O Ministro Luís Roberto Barroso

Ao lado de Teori Zavascki, Barroso capitaneou o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, apresentando argumentos pragmáticos em defesa da execução antecipada da pena, a tese que prevaleceu no Plenário. Na verdade, a leitura que se faz é de que essa sua atuação não se restringiu ao tema em apreciação, mas foi um ponto crucial para algo maior: a proteção da operação “Lava Jato” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 182).

De fato, o ministro sempre foi um defensor declarado da “Lava Jato”²⁶⁰, apoiando os relatores Zavascki e Fachin e atuando de forma fundamental em casos de relevo, tanto nas sessões de julgamento – no tocante ao destino dos réus na operação e ao tratamento de institutos que serviram como os seus principais pilares²⁶¹ –, quanto fora delas – articulando ou auxiliando na articulação de tratativas informais para estabelecer arranjos no colegiado²⁶².

Seu desempenho nas ações da “Lava Jato” e processos conexos não deixa transparecer qualquer filiação partidária. Com efeito, o fato de ter sido indicado para o cargo no STF pela então Presidenta Dilma Rousseff não o impediu de votar, como relator no

²⁵⁸ Isso porque a Segunda Turma era o órgão originariamente competente para apreciar os processos da “Lava Jato”.

²⁵⁹ Conforme a exposição realizada no eixo I, item 5.2.2.1.2, os votos do Ministro Fachin nos julgados paradigmáticos apresentaram fundamentações essencialmente jurídicas (em oposição às pragmáticas), pautadas em complexas interpretações do princípio da presunção de inocência.

²⁶⁰ Uma reportagem veiculada no site do “The Intercept Brasil” qualificou-o como “o ministro mais fiel ao lavajatismo” (FILHO, 2019).

²⁶¹ Nesse sentido, além de ter se manifestado sempre a favor da execução provisória da pena, Barroso defendeu a manutenção do prazo conjunto para a manifestação de réus delatores e delatados em sede de alegações finais ou, caso alterada a prática, ao menos que não fossem anuladas as sentenças baseadas no modelo anterior (BRÍGIDO, 2019). E, ainda, foi favorável à condução coercitiva de réus e investigados para fins de interrogatório, mediante o cumprimento de alguns requisitos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018b).

²⁶² Por exemplo, Recondo e Weber narram que Barroso protagonizou tratativas prévias que culminaram com o afastamento liminar de Eduardo Cunha da presidência da Câmara e do mandato de Deputado (2019, 100-102).

Tribunal Superior Eleitoral, pela rejeição da candidatura de Lula para as eleições de 2018, com proibição de realizar atos de campanha, atraindo o voto da maioria dos outros ministros no mesmo sentido (RAMALHO; OLIVEIRA, 2018).

Ademais, Barroso demonstra profunda valorização de suas relações com a mídia e atenção à opinião pública, sobretudo em relação à própria imagem (RECONDO; WEBER, 2019, p. 154-155). Isso ficou muito visível pelo seu engajamento, fora dos autos, em discursos públicos apaixonados sobre a necessidade de participação ativa do Judiciário no combate à corrupção e o mérito da operação “Lava Jato”. Suas declarações não raramente se fundaram nos amplos poderes do STF, que seria incumbido da missão criativa de “interpretar a constituição em sintonia com o sentimento social” e de “empurrar a história na direção certa” para superar o “atraso”²⁶³, ainda que em detrimento dos atos do Congresso (BARROSO, 2016, 2018; ROXO, 2018; RECONDO; WEBER, 2019, p. 466-467).

Esse tipo de justificativa deixa muito clara a tendência do ministro ao ativismo judicial²⁶⁴, que, inclusive, sempre foi tema de suas produções acadêmicas, mesmo as anteriores ao cargo. Num artigo escrito em 2012, por exemplo, Barroso conceituou o ativismo judicial como “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” e defendeu o comportamento em alguma medida (BARROSO, 2012, p.17-19). E, após chegar ao STF, o ministro continuou a discorrer sobre o indispensável papel de “vanguarda iluminista” das supremas cortes e a destacar as contribuições do Supremo para o desenvolvimento social no Brasil, contrapondo-as às críticas que ele próprio disse ter sofrido por “excesso de ativismo” (BARROSO, 2015, p. 41-43).

Essa visão pró-ativismo repercutiu numa *postura marcadamente pragmática e punitivista em relação à “Lava Jato”*; para o ministro, os valores da efetividade do sistema processual penal e da certeza da punição aos infratores prevaleceram, em várias ocasiões, às garantias individuais dos acusados e ao teor literal das normas. Essa constatação não é difícil de ser obtida; basta verificar os próprios discursos do ministro, a exemplo do seguinte trecho, extraído de seu voto nas ADCs n.º 43, 44 e 54:

²⁶³ Em artigo de sua autoria, intitulado “Atravessando a tempestade em direção à nova ordem”, o ministro defendeu o papel criativo do STF: “A nova ordem que procura nascer reflete a imensa demanda que se desenvolveu na sociedade brasileira por integridade, idealismo e patriotismo. **Estamos procurando mudar paradigmas inaceitáveis e empurrar a história na direção certa.** As resistências são muitas. Nós não somos atrasados por acaso. Somos atrasados porque o atraso é bem defendido” (BARROSO, 2018, grifos nossos).

²⁶⁴ Tal como já mencionado, o fenômeno do ativismo judicial será objeto do eixo III, no item 5.4.1.

[...] a execução provisória da condenação penal após a decisão de 2º grau diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena (BARROSO, 2019a, p. 17).

Seu apoio à “Lava Jato” foi tão forte que ele chegou a denunciar à imprensa o que denominou de “operação abafa”, uma suposta “realidade visível e ostensiva” de “resistência às mudanças que precisam ser feitas” e manutenção de um “País feio e desonesto” (BARROSO apud OSAKABE, 2017).

Há os que não querem ser punidos e há um lote pior, os que não querem ficar honestos nem daqui para frente, que depois da ação penal 470 e de três anos de Operação Lava Jato continuam com o mesmo modus operandi de achaque (BARROSO apud OSAKABE, 2017).

E, logo após o julgamento do HC n.º 152.752/PR, verificando mudanças nos votos de alguns de seus colegas, Barroso declarou que a “operação abafa” havia se voltado contra a execução provisória da pena (MARTÍ, 2018).

A visão da corte constitucional como instância detentora de alargados poderes para interferir no jogo político e a valorização de um rigoroso combate à corrupção, preponderante aos direitos e garantias individuais do acusados, são, em ampla acepção, preferências do ministro que o levaram a liderar a reversão da jurisprudência em 2016 e a defender vigorosamente a execução provisória desde então. É claro que a essas preferências somam-se ações estratégicas na tentativa de determinar o rumo da jurisprudência, que se traduzem principalmente em articulações internas no colegiado.

5.3.2.2.5 O Ministro Dias Toffoli

Dos onze ministros que atualmente compõem o Supremo, Toffoli é o que mais levantou conjecturas de filiação a um determinado partido político. Sua trajetória anterior, intimamente ligada ao Partido dos Trabalhadores – ele atuou como assessor jurídico da Liderança do PT na Câmara, advogado de Lula durante as campanhas de 1998, 2002 e 2006, Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil e Advogado-geral da União durante o governo do político – associada à ausência de um currículo à altura de um ministro quando de sua nomeação, suscitava (e até hoje suscita) críticas no sentido de que Toffoli atuaria para preservar os interesses do partido (RECONDO, 2016b, p. 257; RECONDO; WEBER, 2019, p. 166, 231-233; DESPOSATO; INGRAM; LANNES, 2015, p. 561).

De fato, o ministro foi indicado por Lula na época em que o governo era forte e contava com o apoio da opinião pública, sendo que o ex-presidente, quando posteriormente indagado sobre os critérios que havia utilizado para indicar integrantes ao STF, afirmou ser Toffoli “um companheiro” que ele teria “em boa amizade” (LULA DA SILVA, 2019).

Mas, em que pesem suas origens, Dias Toffoli sempre se esforçou para nutrir uma imagem de neutralidade nos meios políticos. Desde antes de ocupar a cadeira no STF, dizia que a AGU é um órgão de defesa do Estado e não do governo²⁶⁵, e marcava frequentes encontros com parlamentares tanto da situação quanto da oposição (RECONDO, 2016b, p. 259; RECONDO; WEBER, 2019, p. 234). Como ministro, continuou tentando manter a postura conciliadora e as boas relações, tanto no âmbito interno, quanto externo ao tribunal.

Já na posição de Presidente do Supremo, em entrevista conferida ao jornal “Estadão”, quando questionado sobre críticas explícitas que sofrera por parte do Ministro Barroso, afirmou que teria “uma boa relação com todos os ministros, admiração mesmo”. Na mesma oportunidade, recusou-se a admitir que houvesse divisões internas no tribunal em função da operação “Lava Jato”, esforçando-se para passar uma imagem de respeito e boa convivência: “Aqui nesta mesa, pelo menos uma vez por mês, eu faço um almoço, convido os ministros, senta o Barroso, senta o Marco Aurélio...” e “Aqui todos respeitam todos, a capacidade intelectual de todos [...]” (TOFFOLI, 2019c).

Aliás, quando entrevistado no projeto “História Oral do Supremo”, o próprio Dias Toffoli reconheceu a sua constante abertura ao diálogo e ressaltou a importância da comunicação entre os Poderes do Estado:

Eu sempre tive diálogo aberto. Quando eu estava no Legislativo, dialogava com o Executivo, dialogava aqui com o Supremo [...] Tinha também a atuação no Executivo com diálogo constante com o Supremo e excelente convivência com o Legislativo. E como juiz também. Eu penso que os Poderes, eles têm que conversar [...]. O diálogo é da essência do bom funcionamento do Estado (TOFFOLI, 2014/2016, p. 78).

E também entre os Ministros do STF:

Hoje muitos colegas distribuem votos, o que facilita o julgamento. Rende mais, então você pode resumir na hora um posicionamento, porque os colegas ali, um pouco antes de entrar, já comentaram: “Olha, vou te acompanhar, não vou te acompanhar”. Então, você já sabe mais ou menos como é que vai ser a solução (op. cit.).

²⁶⁵ Em entrevista à “Revista Justiça & Cidadania” enquanto advogado-geral da União, Toffoli afirmou: “É assim que a Advocacia Pública atende ao cidadão, atende à sociedade e, portanto, atende ao Estado brasileiro, porque não é papel exclusivo da Advocacia Pública defender o governante, defender o governo.” (TOFFOLI, 2008).

A tal postura conciliadora de Toffoli é extraível de suas várias mudanças decisórias ao longo de situações de relevo, possivelmente motivadas por reações de outros atores políticos. A título de exemplo, as oscilações na questão do compartilhamento de dados financeiros para investigações criminais sem autorização judicial²⁶⁶, na permissão para a participação de magistrados da Justiça do Trabalho no grupo incumbido da reforma trabalhista²⁶⁷ e na execução provisória da pena.

Nesta última, emblemática a evolução do posicionamento do ministro – de inicialmente favorável à prisão em segunda instância, o ministro passou a adotar uma tese intermediária, para autorizar a prisão após o esgotamento da via no STJ e, por fim, veio a afirmar a inconstitucionalidade da execução provisória. E, subjacente a tal evolução, Toffoli enviou proposta ao Congresso para incluir, no Código Penal, uma regra para evitar a prescrição na pendência dos recursos especial, extraordinário e respectivos agravos (TUROLLO JR., 2019). A conduta realmente parece confirmar a sua índole harmonizadora.

Assim, a despeito de sua vida pregressa ligada ao PT, *as preferências de Toffoli na qualidade de Ministro do STF parecem estar distantes de uma ideologia duradoura e muito mais próximas de uma “política do bom relacionamento”*, que constantemente o leva a agir conforme o contexto sociojurídico.

5.3.2.2.6 O Ministro Gilmar Mendes

Gilmar Mendes é símbolo de atuação estratégica na corte. Suas atitudes e decisões parecem estar sempre voltadas a maximizar certos objetivos dentro de um cenário do possível, a tal ponto que fica difícil relacioná-lo a uma visão de mundo, a um conjunto de ideias estáveis e perenes.

Com grande frequência, e muitas vezes de forma até declarada, Mendes se utilizou (e se utiliza) de seus poderes individuais de ministro e de articulações internas no STF para tentar influenciar os rumos do direito.

No primeiro caso, são exemplos os seus inúmeros pedidos de vista com intuito de adiar a apreciação de determinados temas para um momento mais conveniente, como o que ocorreu na questão do financiamento empresarial de campanhas eleitorais. Nessa ocasião, o

²⁶⁶ Tese de repercussão geral firmada no RE n.º 1.055.941 (Tema 990).

²⁶⁷ Na condição de Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Toffoli inicialmente respondera ao pedido do secretário especial de Previdência e Trabalho afirmando que o CNJ não teria atribuição legal para autorizar a cessão de magistrados para o grupo. Contudo, menos de uma semana depois, reconsiderou e anuiu com a cessão.

ministro devolveu o processo um ano e cinco meses depois do pleito, assim que a Câmara dos Deputados aprovou um projeto de lei convergente com o seu interesse e contrário aos dos demais ministros que já tinham votado, afirmando à imprensa que agira em prol do amadurecimento do debate (RECONDO; MENDES, 2016, p. 36-37; FALCÃO, 2016, p. 88).

É chato esse papel que eu fiz de pedir vista dos autos, mas eu o fiz com grande consciência [...] Hoje, quando formos discutir sobre isso, saberemos muito mais sobre questões importantes, como o que vem sendo exposto na [operação] ‘lava jato’, por exemplo. (MENDES apud GILMAR MENDES DEVOLVE..., 2015).

A estratégia da vista também foi utilizada para adiar o julgamento do *habeas corpus* impetrado pela defesa de Lula, com objetivo de anular o processo referente ao tríplex de Guarujá e fundamentado na falta de isenção do então Juiz Sergio Moro²⁶⁸. E essa é apenas uma pequena amostragem²⁶⁹.

Ademais, o ministro é conhecido por sua **complexa rede de relações externas**, integrada por políticos ligados a partidos opostos, com os quais parece manter contato, sobretudo, em momentos cruciais – segundo Recondo e Weber, ele seria uma “península do Judiciário na política” (2019, p. 465). De forma exemplificativa, Mendes trabalhou junto à mídia e ao Senado para a nomeação dos Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, encontrou-se com o ex-Presidente Lula durante o “Mensalão” e também com Eduardo Cunha quando este era investigado na “Lava Jato”²⁷⁰ (op. cit., p. 193, 237, 293; ARGUELHES, 2016b, p. 238).

A atuação estratégica do ministro é muito visível em suas decisões, e frequentemente se manifesta como deferência aos interesses dos Poderes Legislativo e Executivo (e de seus membros). Ilustrativas nesse sentido foram a afínca defesa do financiamento empresarial das campanhas e a sustentação de regras que dariam maior autonomia à Câmara dos Deputados no impeachment de Dilma Rousseff (FALCÃO; PEREIRA; ARGUELHES, 2016, p. 281; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Mas as principais expressões dessa forma de atuação são as **várias decisões de Mendes colidentes com o “espírito da Lava Jato”** – inúmeras rejeições de denúncia e

²⁶⁸ Trata-se do HC n.º 164.493/PR. Neste caso, Gilmar Mendes percebeu que restaria vencido, juntamente com Lewandowski, em acolher a pretensão da defesa de adiar o julgamento. Assim, conseguiu o adiamento por meio do pedido de vista (BRÍGIDO, 2018).

²⁶⁹ Outros exemplos de pedidos de vista do ministro que paralisaram julgamentos: no MS n.º 28.286, sobre a possibilidade de venda de férias pelos magistrados, na Ação Cível Originária n.º 989, sobre a destinação dos depósitos judiciais para os cofres estaduais.

²⁷⁰ Tempos depois desse encontro, Mendes foi o único ministro da Segunda Turma favorável à concessão de *habeas corpus* em benefício de Cunha.

concessões de *habeas corpus* –, frutos de sua *perspectiva crítica em relação à operação*, que teria gerado a criminalização da atividade política (RECONDO; WEBER, 2019, p. 467-468).

Entretanto, a convivência do ministro nos meios políticos nem sempre se desenvolveu (e se desenvolve) com compadrio e parcimônia. A título de exemplo, Recondo e Weber afirmam que, após uma das reuniões com Lula durante o “Mensalão”, em que também estivera presente o ex-Ministro Nelson Jobim, Gilmar Mendes alegou à imprensa que teria sido constrangido por ambos, no intuito de desmerecer o trabalho do STF no caso. Jobim, por outro lado, negou a história. De todo modo, a narrativa de Mendes acirrou os ânimos em relação ao “Mensalão” e acarretou o fim de suas relações pessoais com Jobim (2019, p. 296-299). Mais recentemente, o ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, lançou um livro de memórias em que contava ter entrado no STF com uma pistola intentando matar “uma autoridade de língua ferina”, a qual depois revelou ser Gilmar Mendes (EM..., 2019).

Embora essa fama de agente extremamente politizado, mas não partidário, seja hoje dominante, Mendes fora tido como um firme opositor do Partido dos Trabalhadores, em parte, pela sua nomeação durante o governo de Fernando Henrique Cardoso²⁷¹, em parte, por suas atitudes. No voto sobre o financiamento empresarial de campanhas, chegou a alegar que a ação teria sido proposta em benefício do PT, o “autor oculto” por trás da Ordem dos Advogados do Brasil (FALCÃO; PEREIRA; ARGUELHES, 2016, p. 281), afirmando que o partido não dependeria de doações, pois “arrecadou somas suficientes ao financiamento de campanhas até 2038” (MENDES apud RECONDO; MENDES, 2016, p. 37).

Outra marcante alusão ao partido, dessa vez, no caso da execução provisória, foi feita no julgamento do HC que visava impedir a prisão de Lula, quando ele afirmou: “[...] nós devemos muito desse quadro hoje de intolerância do País à prática que o PT desenvolveu ao longo dos anos: de intolerância, de ataque às pessoas” (BRASIL, 2018c, p. 126).

Mas, a despeito dessa declaração incidental, a indisposição para com o PT não parece ter influenciado na atuação de Gilmar Mendes ao longo do caso, o que dá ênfase à *visão do ministro como uma peça integrante da máquina política, mas sem vinculações partidárias*. E isso não apenas porque ele votou pela concessão da ordem de *habeas corpus* ao ex-presidente, mas principalmente porque *se posicionou de quatro formas diversas sobre o tema ao longo de 10 anos*: (I) foi contrário à execução antes do trânsito em julgado em 2009, (II) afirmou a possibilidade de execução a partir da segunda instância em 2016; (III) passou a

²⁷¹ O ex-presidente era filiado ao Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), notório opositor do PT.

defender que a execução deveria aguardar a decisão do STJ, a partir de 2017; e (IV) voltou a concluir que a execução estaria condicionada ao trânsito em julgado em 2019²⁷².

Em entrevista concedida exclusivamente a esta pesquisa²⁷³, Mendes afirmou que sua oscilação pessoal, determinante, em grande medida, para a oscilação do próprio STF, foi motivada por fatores de “índole pragmática”²⁷⁴:

Na hipótese da segunda instância não, **eu tenho a impressão que a caminhada foi um pouco tangida por essas razões de índole pragmática, quer dizer, a necessidade de tentar dar uma resposta a essa sensação de impunidade** e tentar achar uma solução que parecesse compatível com o texto constitucional, considerando que a letra exige o trânsito em julgado para a execução da pena (informação verbal²⁷⁵).

Esse pragmatismo, referente à ponderação entre a literalidade do texto constitucional e o aprimoramento do sistema processual penal, não passou alheio ao cenário proporcionado pela operação “Lava Jato”, em que, dadas as “consequências radicais” da execução da pena a partir em segunda instância, deveria ser ela revista (informação verbal²⁷⁶).

De fato, a personalidade forte do ministro, sua capacidade de articulação e disposição para o conflito levaram-no a *protagonizar as disputas internas que dividiram o tribunal no decorrer da operação “Lava Jato”*: se, de um lado, o ministro Barroso angariava apoio e proteção para a operação, de outro, Gilmar Mendes disseminava críticas e agia para minimizar o seu alcance, de forma individual ou buscando o fortalecimento de um grupo de oposição²⁷⁷ (RECONDO; WEBER, 2019, p. 79-80).

Além do evidente cunho político, a postura de Mendes em relação à operação pode ser também associada a uma das poucas linhas ideológicas que ele próprio afirma seguir: o garantismo em matéria penal²⁷⁸. Com efeito, quando entrevistado pelos jornalistas Paulo Vieira e Fábio Dutra, o ministro disse ser um “garantista convicto” e reiterou uma frase que havia se tornado uma marca de seus discursos contra os abusos perpetrados pela força-tarefa da “Lava Jato”: “Combate à corrupção sim, mas dentro da normalidade, não podemos combater crime cometendo crime [...]” (MENDES, 2019g).

²⁷² Um exame detalhado da evolução do posicionamento pessoal do ministro foi realizado ao longo do capítulo 3.

²⁷³ Para detalhes da entrevista, que será bastante mencionada daqui em diante, consultar o capítulo metodológico.

²⁷⁴ O raciocínio pragmático foi tangenciado no eixo I, item 5.2.2.1, e será abordado de fato, enquanto teoria da decisão judicial, mais à frente, no eixo III, item 5.4.2.

²⁷⁵ Mendes (2019c, grifo nosso).

²⁷⁶ Op. cit..

²⁷⁷ Sobre as coalizões, consultar a subseção 5.3.2.4.

²⁷⁸ Essa linha ideológica remete ao garantismo de Luigi Ferrajoli, brevemente explicado no capítulo 2, item 2.2.

O ministro manteve-se (e se mantém) constantemente exposto à mídia – faz “questão” do relacionamento com a imprensa e tem contatos em todas as principais redações do país –, não hesitando em revelar opiniões sobre julgamentos²⁷⁹ e motivações estratégicas por trás de suas ações, bem como em criticar a atuação de outros colegas, de atores políticos e de jornalistas (RECONDO; WEBER, 2019, p. 144, 154).

Aliás, discrição nunca foi o norte das declarações públicas de Mendes; suas críticas costumam ser ferrenhas, diretas, e por vezes individualizadas. Dentre outras passagens emblemáticas – e há exemplos na imprensa a todo o tempo –, o ministro disse que o colega Marco Aurélio nunca fora “grande coisa do ponto de vista ético, moral e intelectual” (GILMAR MENDES ATACA..., 2017), consignou que Rodrigo Janot teria sido “a pior figura que a Procuradoria-Geral já mandou para o Supremo em todos os tempos” (MENDES, 2019g) e chamou o então Ministro da Justiça Sergio Moro de “coaching da acusação” da força-tarefa (MOURA, 2019). Ademais, durante o célebre julgamento da ADI n.º 5394 (sobre a inconstitucionalidade de doação oculta à campanha eleitoral), direcionou críticas muito distintas à então Presidente Cármen Lúcia, ao Ministro Fux e, por fim, ao Ministro Barroso. Esta última desaguou num escandaloso bate-boca entre os ministros, com grande repercussão nos meios de comunicação e redes sociais (BARROSO..., 2018).

O agir indubitavelmente político, a contraposição à “Lava Jato” em meio ao seu auge e, principalmente, a prática de conceder *habeas corpus* liberatórios aos réus e investigados na operação (mas não apenas a eles)²⁸⁰, tornaram Gilmar Mendes *uma das figuras públicas mais criticadas e mal vistas pela mídia e pela sociedade*. Para além das reprovações veiculadas em notícias jornalísticas e artigos de opinião – ele chegou a ser taxado como “o inimigo do Supremo”²⁸¹ –, o ministro foi alvo de inúmeros ataques nas redes sociais, comentários ofensivos e “memes de internet”²⁸² gerados com a sua imagem, e também de pedidos de impeachment em manifestações públicas e abaixo-assinados (op. cit., p. 148-150; MORAES, 2019; ROCHA, 2017).

²⁷⁹ Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento sobre o impeachment de Dilma Rousseff, quando Mendes disse publicamente não considerar um papel do STF definir normas sobre o impeachment (ARGUELHES, 2016a, p. 374).

²⁸⁰ Um levantamento feito pelo jornal Estadão, com base no acervo processual do STF, concluiu que Gilmar Mendes foi o ministro que mais concedeu *habeas corpus* de forma monocrática entre os anos de 2009 e 2019. Ademais, das 620 decisões concessivas do ministro, 439 foram proferidas nos anos de 2018 e 2019 (KER, 2020). Embora o levantamento tenha indicado que mais da metade dessas decisões seja referente aos crimes de tráfico de drogas e porte para consumo pessoal, os números parecem guardar relação também com o contemporâneo posicionamento individual de Mendes sobre a impossibilidade de execução da pena a partir da condenação em segunda instância.

²⁸¹ Conforme Mendes (2018, p. 65-66).

²⁸² “Memes de internet” são ideias com conteúdo humorístico propagadas na internet, normalmente associadas a imagens e vídeos.

De todo modo, essa forte reprimenda midiática e social – que ainda persiste – não parece conter o seu comportamento. Inclusive, foi o que afirmou na entrevista exclusiva, quando questionado sobre como havia lidado com a pressão da mídia no caso da execução antecipada da pena: “lidei com muita tranquilidade. Não me abalei em nenhum momento e não me afastei das minhas convicções” (informação verbal²⁸³). Todavia, o ministro aproveitou a ocasião para reprovar a atuação da imprensa de uma forma geral: “[...] a mídia, certamente, exercia um papel importantíssimo e deixava as pessoas obviamente constrangidas, não são todos os que têm condições de enfrentar a mídia, essa pressão midiática tão forte”²⁸⁴ (informação verbal²⁸⁵).

Dentro do tribunal, apesar do relacionamento complicado que teve ou tem com outros ex-ministros e ministros, Gilmar Mendes sempre foi uma figura de destaque – para Recondo e Weber, “o engenheiro que juntou as peças para fazer operar o Supremo atual” (2019, p. 146). Com seu perfil ativista, construiu e auxiliou na construção de teses jurídicas que ganharam notoriedade dentro e fora da corte²⁸⁶. Especialmente sobre a execução provisória, ele defendeu a ideia de que o núcleo intangível da presunção de inocência é composto apenas pela regra probatória, e, assim, a regra de tratamento comporta conformação legislativa. Aliás, a despeito de seus variados posicionamentos, essa tese sempre lhe serviu de alicerce, pois, ao conceber certa maleabilidade ao princípio, permitiu que o ministro adaptasse o seu significado a cada contexto²⁸⁷.

Em suma, *as preferências de Mendes parecem ser essencialmente voltadas ao agir estratégico, político, com escopo de proporcionar a evolução e adaptação do direito no sentido que ele considera mais adequado*. Assim, suas condutas expressam um alto nível de sensibilidade em relação à conjuntura, mas sem que isso implique em necessária transigência aos interesses dos demais atores políticos – se entender mais conveniente, ele não parece ter problemas em se indispor. Não foi diferente no caso em apreço: seus quatro posicionamentos diferentes, todos com alguma justificativa contextual, e sua aberta oposição à “Lava Jato” e aos integrantes da força-tarefa são evidências disso.

²⁸³ Mendes (2019c).

²⁸⁴ A questão da influência da mídia nos julgamentos também será objeto de exploração no eixo III, item 5.4.4.

²⁸⁵ Op. cit.

²⁸⁶ Cita-se, como exemplos, a equiparação de efeitos das decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato e de controle concreto de constitucionalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017e) e a afirmação do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos (MOTTA, 2009).

²⁸⁷ Para um estudo detalhado da tese do ministro, consultar as subseções 2.5.2.2, do cap. 2, e 3.3.3.2, do cap. 3.

5.3.2.3 Expressões de poderes individuais

O caso da execução provisória é ilustrativo da fragmentação do tribunal em grau elevado: *o personalismo, compreendido no exercício de poderes individuais por parte dos ministros, foi determinante para impedir que houvesse uma pacificação a nível institucional sobre o tema* (RECONDO; WEBER, 2019, p. 481-482), influenciando nos rumos do processo penal brasileiro e perpetuando o cenário de insegurança jurídica.

A partir de 2016, foram várias as manifestações individuais de poder voltadas a fazer prevalecer preferências pessoais de alguns integrantes da corte em detrimento do entendimento fixado pelo Plenário, ou a evitar que tal entendimento fosse revisto em processo deliberativo.

Seguindo as diretrizes de Falcão e Arguelhes (2016) e Arguelhes e Ribeiro (2018), tratadas na subseção 5.3.1, essas manifestações podem ser divididas em três grupos: **(I) decisões monocráticas** proferidas em sede de *habeas corpus* ou de medida cautelar em ADC para evitar o cumprimento de pena a partir da condenação em segundo grau; **(II) interferências na agenda do tribunal**; e **(III) exposições públicas** de preferências pessoais na pendência de um julgamento próximo e de críticas a condutas de outros ministros.

5.3.2.3.1 Decisões monocráticas

No primeiro grupo, estão as diversas decisões individuais dos ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Lewandowski e Celso de Mello²⁸⁸ determinando a soltura de presos em segunda instância, de forma contrária ao que fora decidido pela maioria no HC n.º 126.292/SP. Nas palavras de Patrícia Perrone Campos Mello, tais decisões significaram um “frontal desrespeito ao entendimento firmado no Plenário”, consolidando a “imagem de um Tribunal fragmentado, composto por juízes que não se comunicam ou, pior ainda, que se contradizem e que decidem contra o próprio Plenário”²⁸⁹ (2018b, p. 19).

²⁸⁸ A título de exemplo, ver: (I) do Ministro Marco Aurélio: Brasil (2016b, 2018a); (II) do Ministro Gilmar Mendes: Brasil (2017f, 2018b); (III) do Ministro Lewandowski: Brasil (2017d, 2017g); e (IV) do Ministro Celso de Mello: Brasil (2017e, 2018d). Cabe ressaltar, porém, que o Ministro Celso de Mello, ao julgar o HC n.º 148.122/MG (2018d), indeferiu o pedido, cassando a liminar antes conferida por ele mesmo. Isso porque nos *habeas corpus* que concedera, o ministro respaldara-se em possíveis distinções casuísticas em relação ao entendimento dominante para contornar o princípio da colegialidade e, após proferir a liminar no referido processo, ele voltou atrás por observar que tais distinções haviam sido tidas como compatíveis com a prisão após segunda instância por decisões do Plenário e das duas turmas.

²⁸⁹ Não há espaço, na presente dissertação, para discutir se as decisões anteriores do Plenário têm ou não efeitos vinculantes. De todo modo, o fato de haver uma posição do Pleno reiterada em diversas ocasiões, impõe

Importa salientar que alguns desses pronunciamentos foram, inclusive, definitivos (e não apenas liminares): os ministros concederam ordens de *habeas corpus* sozinhos, sem o referendo da turma ou do Plenário. Além da fragmentação, outra inevitável consequência foi a insegurança jurídica, tal como mencionou Marco Aurélio: “Se dentro do Supremo divergimos, porque há ministro que julga em definitivo *habeas* [*habeas corpus*] sozinho, e outros que não, a distribuição ganha sabor lotérico” (CANÁRIO, 2018).

Nesse cenário desagregado, talvez a maior manifestação personalíssima de um ministro, em total contraposição à posição institucional, foi a ***liminar concedida pelo próprio Ministro Marco Aurélio na ADC n.º 54, um dia antes do início do recesso forense***. Sozinho, ele estipulou a suspensão da execução da pena nas condenações sem trânsito em julgado e a libertação de todos os indivíduos que haviam sido presos nessa condição (BRASIL, 2019b).

A repercussão da decisão seria gigantesca: cada condenado em segunda instância poderia obter a liberdade a partir de pedido formulado à autoridade judicial responsável por sua prisão. Inclusive, foi exatamente o que fez a defesa do ex-Presidente Lula, 48 minutos após a concessão da liminar (OLIVEIRA, 2018a). A amplitude das consequências do pronunciamento e a possibilidade de vir a beneficiar o político geraram o alvoroço da mídia e a estupefação – e, em grande parte, revolta – da opinião pública.

Seria gigantesca, mas não o foi, porque, em pouco mais de uma hora, o Ministro Dias Toffoli, então presidente do tribunal, atendeu ao pedido da Procuradoria Geral da República e determinou a suspensão da liminar até a data do julgamento definitivo das ADCs n.º 43, 44 e 54 (OLIVEIRA, 2018b). A conduta de Toffoli levou um Marco Aurélio irritadíssimo a rotulá-la como “autofágica”, afirmando, quando do seu relatório nas ações: “O Presidente é coordenador e não superior hierárquico dos pares” (MELLO, 2019, p. 14-15).

Em termos de personalismo, Gilmar Mendes também não fica atrás de Marco Aurélio. O ministro é figura central na oscilação do posicionamento da corte ao longo do tempo, pois, conforme anteriormente mencionado, adotou ***quatro diferentes entendimentos sobre a execução antecipada entre os anos de 2009 e 2019***²⁹⁰. Não bastasse, logo após votar com a maioria no HC n.º 126.292/SP, manifestou a sua tendência a acompanhar a tese defendida por Toffoli, no sentido de condicionar a execução da pena ao julgamento pelo STJ, e passou a conceder *habeas corpus* nesse sentido, em detrimento do ainda vigente entendimento do Plenário. Tudo sob a justificativa de buscar uma conciliação entre o texto

fundadas dúvidas sobre a possibilidade de os ministros, porquanto integrantes de tal órgão, contrariarem-na. Dúvidas essas que se reportam à própria legitimidade e credibilidade da instituição.

²⁹⁰ Nesse sentido, conferir a subseção 5.3.2.2.6, relativa às preferências pessoais de Gilmar Mendes.

constitucional e as “razões de índole pragmática”, tal como ele afirmou quando entrevistado para esta pesquisa (MENDES, 2019c, informação verbal).

Aliás, na referida ocasião, Mendes foi indagado sobre o que pensava dessas decisões monocráticas irreverentes e forneceu uma resposta digna de menção:

Não vejo nenhum problema. Até porque é possível fazer-se um *distinguish*; toda vez que num caso concreto se vislumbrar que a prisão é injusta ou que o recurso tem perspectivas de ser provido, **nós devemos dar. Eu mesmo dei vários casos.** [...] Porque do contrário a alternativa outra é o cumprimento da pena; quando nós formos nos debruçar sobre o assunto, já não terá efeito útil para a (pessoa). Não é isso? (MENDES, 2019c, informação verbal, grifos nossos).

E, em função dessas colocações, o ministro foi interpelado com a seguinte pergunta: “E o senhor entende que é papel do senhor e dos outros ministros, então, resolver de alguma forma essa questão?”, à qual replicou, de forma até impaciente: “**É, e fazemos por *habeas corpus* muitas vezes.** Está bom?” (MENDES, 2019c, informação verbal, grifo nosso).

As respostas do ministro evidenciam sua visão de normalidade – e até de necessidade – sobre o fenômeno do personalismo dentro do tribunal. Para ele, existe quase que um dever dos ministros de buscar a solução mais adequada para a questão, mesmo que isso signifique afrontar uma posição consolidada pelo próprio colegiado.

5.3.2.3.2 Interferências na agenda do tribunal

Quanto ao segundo grupo, relativo às interferências na agenda do Plenário, memorável é a atuação estratégica de Cármen Lúcia, quando ocupava a presidência da corte: desde a liberação pelo relator, em 05 de dezembro de 2017, até o final de seu mandato, em 13 de setembro de 2018, *a ministra esquivou-se de pautar as ações declaratórias de constitucionalidade* que versavam sobre a execução provisória, resistindo aos constantes pedidos de alguns de seus colegas e às pressões externas ao tribunal.

E, apesar de já existirem especulações a respeito, a situação tornou-se ainda mais delicada em 24 de janeiro de 2018, quando ocorreu a condenação do ex-Presidente Lula pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Menos de dez dias depois, havia um *habeas corpus* protocolado pela defesa no STF. A partir de então, revisitar o tema da admissibilidade da prisão em segunda instância significaria também discutir se Lula poderia ou não ser preso.

No dia 19 de março de 2018, Cármen Lúcia justificou sua postura à imprensa, dizendo não haver razões para que uma matéria decidida reiteradamente pelo Plenário,

inclusive em sede de repercussão geral, voltasse à pauta. Na ocasião, foi bastante contundente, enfatizando que detinha o poder de definir a agenda do tribunal e dizendo que não cederia às pressões²⁹¹ (CÁRMEN..., 2018).

As palavras da ministra apenas fizeram aumentar a indigestão por parte de outros ministros nos dias que sucederam. Gilmar Mendes chegou a dizer, em meio a uma sessão de julgamento, que seria necessário “reorganizar o hábito de fazer a pauta com o mínimo de veracidade”, claramente referindo-se à situação²⁹² (BARROSO..., 2018). Marco Aurélio declarou em entrevista que a presidente estaria tardando a pautar as ações concentradas (CANÁRIO, 2018). E Celso de Mello expôs publicamente a sua tentativa de convencer a ministra a convocar uma reunião informal para discutir o andamento das ADCs, havida dias antes das declarações desta e que não fora atendida (POMPEU, 2018; RECONDO; WEBER, 2019, p. 487-488). As situações não passaram despercebidas pela mídia.

As crescentes pressões, internas e externas ao tribunal, levaram Cármen Lúcia a optar por incluir em pauta o *habeas corpus* de Lula, determinando o seu julgamento com enorme prontidão – ele foi marcado para o dia seguinte ao da inclusão, que seria 22 de março de 2018. O resultado final do processo sobreveio no início de abril, quando a corte mais uma vez concluiu pela admissão da execução provisória. Contudo, ficou bastante claro, pelo placar de seis votos contra cinco e as indicações de preferências da Ministra Rosa Weber, que se Cármen Lúcia tivesse pautado as ações de controle concentrado, o desfecho seria outro.

Por todas as circunstâncias, a conduta da ministra foi tida como intencionalmente orientada a evitar uma possível – e já sinalizada²⁹³ – revisão da jurisprudência, o que seria contrário aos seus interesses pessoais, já que ela sempre se mostrara favorável à prisão em segunda instância e, de forma mais ampla, à operação “Lava Jato”. Um exemplo dos efeitos deletérios da total discricionariedade concedida ao Presidente do Supremo para a formação de pauta (RECONDO; FALCÃO, 2018, p. 193-194; RECONDO; WEBER, 2019, p. 482, 486).

A polêmica no agendamento das ADCs n.º 43, 44 e 54 extrapolou o mandato de Cármen Lúcia. Com efeito, quando Toffoli assumiu a presidência, marcou a apreciação das ações para abril de 2019, mas retirou-as da pauta por solicitação da OAB. A reinclusão deu-se apenas em outubro daquele ano, mês em que finalmente teve início o aguardado julgamento

²⁹¹ Veja-se as palavras da ministra em entrevista à emissora “Globo News”: “A decisão foi tomada em 2016 e tem repercussão geral. [...] Não há nenhuma razão para que a matéria volte agora [à pauta] abstratamente, para levar à mudança da jurisprudência ou à mudança desse entendimento. Por isso é que, tendo a pauta, não cedo a que isto venha a acontecer porque não há razões para isso” (CÁRMEN..., 2018).

²⁹² A crítica do ministro ocorreu durante a apreciação da ADI n.º 5394 (sobre a inconstitucionalidade de doação oculta à campanha eleitoral), dois dias depois das justificativas de Cármen Lúcia na imprensa.

²⁹³ Segundo Recondo e Falcão, Marco Aurélio já havia se reportado a uma possível revisão do placar desde agosto de 2017 (2018, p. 194).

(STF: TOFFOLI..., 2019). Sobre o assunto, o ministro afirmou, em entrevista, que o tempo de pautar o julgamento foi importante para que houvesse o “acomodamento” da questão:

[...], se julgasse aquilo naquele momento, por abril, talvez tivesse um tipo de reação diferente. Com o passar do ano, as questões vão se acomodando, ficou um momento mais adequado. Tanto que aqui na frente não havia manifestações [...]. A escolha do momento foi correta. É uma sintonia muito fina (TOFFOLI, 2019c).

Outro tipo de interferência na agenda do STF foi implementado por Edson Fachin. O ministro, na condição de relator dos processos atinentes à “Lava Jato”, era sabedor das reservas da maioria dos integrantes da Segunda Turma quanto à operação. Assim, *provavelmente tentando evitar algumas derrotas previsíveis, determinou que vários processos fossem apreciados pelo Plenário*²⁹⁴. A “manobra” foi utilizada no *habeas corpus* de Lula: ao afastar a atribuição da Segunda Turma e firmar a competência do órgão máximo, Fachin, compartilhador dos mesmos interesses que Cármen Lúcia, auxiliou na manutenção da execução provisória (RECONDO; WEBER, 2019, p. 196 e 449-450).

5.3.2.3.3 Exposições públicas fora das sessões de julgamento

As declarações públicas e extraprocessuais dos ministros são tangenciadas ao longo de toda a dissertação. Na medida em que vários dos integrantes do STF frequentemente admitem ao público as motivações extrajurídicas de suas decisões, elas constituem robusto material para a análise empírica.

Assim, neste tópico, cabe apenas pontuar que, ao longo da controvérsia da presunção de inocência, *as sinalizações de intenções de voto ou de preferências sobre o tema na imprensa foram constantes, bem como o foram também as críticas, diretas e indiretas, entre ministros*. Uma explicação plausível para tanto é que tais exposições serviram como recursos para tentar persuadir outros colegas ou pressioná-los de alguma forma.

Isso aconteceu, por exemplo, cerca de um ano após o julgamento do HC n.º 126.292/SP, quando Gilmar Mendes passou a repetir à imprensa que provavelmente alteraria seu entendimento (TEIXEIRA, 2017). E também no período que antecedeu o HC n.º 152.752/PR, há pouco relatado, quando Marco Aurélio e Celso de Mello dirigiram-se aos

²⁹⁴ Para tanto, Fachin valeu-se das próprias regras organizacionais da instituição, já que o Regimento Interno do STF prevê a possibilidade de o relator remeter *habeas corpus* ao Plenário (arts. 6º, II e 21, §3º) e, de modo mais geral, também processos que tratem de questão jurídica relevante ou que possam gerar divergência entre as turmas (art. 22, parágrafo único, “b”).

jornalistas para criticar Cármen Lúcia e pressioná-la a pautar o julgamento das ADCs (CANÁRIO, 2018; POMPEU, 2018).

5.3.2.4 Fragmentação em grupos internos: as coalizões

Para além do individualismo exacerbado dos ministros, o episódio da execução antecipada foi representativo também de uma *fragmentação interna do tribunal ao nível de grupos – a existência de “coalizões”*, assim entendidas as alianças temporárias entre indivíduos, com metas de longo prazo (OLIVEIRA, 2012b, p. 146).

Tal como diversos outros aspectos relevantíssimos que repercutiram no caso, essas coalizões não se restringiram a ele: na verdade, a formação gradual e a intensificação de blocos antagônicos devem-se ao conturbado contexto político-social da “Lava Jato”, da ascensão ao (relativo) declínio da operação, e, sobretudo, após a morte de Teori Zavascki (MELLO, 2018b, p. 17, RECONDO; WEBER, 2019, p. 57).

De fato, a operação chegou ao Supremo por meio de inquéritos policiais instaurados para investigar autoridades detentoras de prerrogativa de função, resultando no progressivo inchaço das atribuições criminais da corte. E mais: o exercício dessas atribuições criminais frequentemente significava uma interferência do STF sobre os demais poderes, pois grande parte dos indivíduos a elas sujeitos eram justamente membros do Executivo e do Legislativo (MELLO, 2018b, p. 17).

Nos anos que se sucederam, o tribunal passou a viver sob constante pressão, tendo que ponderar as expectativas e possíveis reações externas a suas decisões. Conforme bem colocou Mello, “forças antagônicas e extremamente poderosas” incidiam sobre ele: se, por um lado, a manutenção de boas relações para com os outros poderes oferecia limites à sua atividade judicante, exigindo maior complacência para com os investigados, por outro, a credibilidade da instituição perante a opinião pública dependia do combate à impunidade²⁹⁵ (MELLO, 2018b, p. 24).

O dilema proporcionou a instauração de um conflito interno no tribunal, muito visível a partir do alargamento de atitudes individuais, dos apertados placares de votação e das oscilações decisórias (op. cit., p. 23).

Durante a relatoria de Teori Zavascki, a fragmentação do STF nas esferas de indivíduos e grupos ficara contida, o que se atribui à “força centrípeta” do ministro, no sentido

²⁹⁵ Remete-se o leitor à subseção 5.4.5.3.1, do eixo III, que tratará propriamente do contexto da “Lava Jato”.

de promover atitudes de convergência institucional que prevaleciam às individualidades. Entretanto, *com a morte de Zavascki no início de 2017, o personalismo aflorou na dinâmica interna da instituição e, somado à paulatina perda de credibilidade da operação para alguns ministros, contribuiu para que as coalizões verdadeiramente tomassem forma*, gerando inevitável prejuízo à legitimidade do Supremo (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 28; 2016, p. 24-25).

Os estudiosos e a mídia muito se referem ao protagonismo de duas personalidades nessa divisão interna, cada qual com sua maneira peculiar de enxergar as relações entre o tribunal e os demais atores políticos: *de um lado, Gilmar Mendes*, tido como severo opositor da operação e interessado em mitigar os seus efeitos, *e, de outro, Luís Roberto Barroso*, considerado o seu maior defensor e empenhado em fortalecê-la. Para o primeiro, seria necessário evitar o que denominou de “populismo judicial”, “justiçamento à brasileira”²⁹⁶, “organização criminosa para investigar pessoas” e “Estado paralelo”²⁹⁷. Para o segundo, a interferência da política no STF – a “velha ordem” – e “o paradigma pervertido de absoluta impunidade”²⁹⁸ é que deveriam ser combatidos (RECONDO; WEBER, 2019, p. 79-80, 430, 485, RECONDO, 2018b, p. 78).

Ambos os ministros não hesitaram em levar a público seus posicionamentos pessoais, ressaltando-os sempre que houvesse oportunidade, nas sessões de julgamento e fora delas – em entrevistas, artigos, eventos e páginas em redes sociais²⁹⁹. Por vezes, os discursos censuravam, ainda que de forma velada, um ao outro.

²⁹⁶ Em seus discursos públicos, o Ministro Gilmar Mendes frequentemente utiliza termos assemelhados para criticar a operação “Lava Jato”. As expressões “populismo judicial” e “justiçamento à brasileira” foram proferidas numa antiga entrevista conferida à “Globo News”, cujo trecho foi republicado no ano de 2019 na página do próprio ministro no “Twitter”, com referência expressa à excepcionalidade da prisão antes do trânsito em julgado (MENDES, 2019h).

²⁹⁷ Mais recentemente, em reação à revelação de uma investigação informal deflagrada pelo Ministério Público Federal em face de pessoas próximas a ele e ao Ministro Toffoli, Mendes manifestou sua desaprovação com maior ímpeto. Ao ser entrevistado pelo “Correio Braziliense”, chamou a operação de “organização criminosa” e seus responsáveis de “grupo de deslumbrados”, “falsos heróis” que teriam ascendido como um poder paralelo, em detrimento das instituições (MENDES, 2019a). Ao tempo, proferir críticas fervorosas à “Lava Jato” havia se tornado um costume do ministro.

²⁹⁸ Em entrevista conferida à “Folha de São Paulo”, Luís Roberto Barroso caracterizou a “Lava Jato” como “símbolo de uma sociedade que se descobriu imersa em corrupção”, necessária ao desmonte de “um paradigma pervertido de absoluta impunidade” (BERGAMO; TUROLLO JR., 2016). A expressão “velha ordem” foi reiterada diversas vezes pelo ministro em referência à corrupção sistêmica e enraizada.

²⁹⁹ No que concerne ao Ministro Gilmar Mendes, são exemplos a entrevista conferida ao programa “Roda Viva” (MENDES, 2019d), a entrevista veiculada pela “Folha de São Paulo” (MENDES, 2019b) e as recorrentes publicações em sua página na rede “Twitter”. Já a respeito de Barroso, as entrevistas conferidas à “Folha de São Paulo” (BARROSO, 2016), ao jornal “O Globo” (BARROSO, 2017), o artigo “Atravessando a tempestade em direção à nova ordem” (BARROSO, 2018), o discurso no 6º Simpósio de Direito Empresarial da Aliança de Advocacia Empresarial, noticiado pelo jornal “Estadão” (OSAKABE, 2017) e o blog pessoal do ministro (Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 20 abr. 2020).

5.3.2.4.1 Mendes, Toffoli e Lewandoswki

A perspectiva crítica de Mendes parece ter sido amplamente compartilhada por Dias Toffoli e Ricardo Lewandoswki (RECONDO, 2018a, p. 32-33; RECONDO; WEBER, 2019, p. 487). Tem-se aqui, *uma primeira coalizão* – a coalizão que, para fins de simplificação, será taxada como a oposição à operação “Lava Jato”.

Nesse ponto, de extremo relevo a consideração sobre o caráter progressivo da cisão no tribunal, especialmente em relação às posturas de Mendes e Toffoli. Assim, nos primórdios da “Lava Jato”, ambos os ministros chegaram a defendê-la publicamente e, ainda que já manifestassem reprovações, o faziam de forma tímida³⁰⁰. Porém, com o tempo, a referida coalizão ganhou força e os ministros passaram a expressar largamente suas preferências “anti-lavajatistas”.

Um primeiro grupo de indícios que evidenciam essa narrativa abrange as decisões dos referidos julgadores. Com efeito, os três ministros eram todos integrantes da Segunda Turma do STF – órgão responsável por apreciar os processos relativos à “Lava Jato” – já ao final de 2016, quando Cármen Lúcia assumiu a presidência da corte. Junto com eles, havia os Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki, que depois foi sucedido por Edson Fachin.

Para além das decisões monocráticas de Mendes e Lewandoswki, abordadas na subseção 5.3.2.3.1, *essa composição fazia com que muitas das decisões da turma fossem contrárias ao “espírito da Lava Jato”* – os três ministros formaram maioria para revogar uma série de prisões preventivas (e substituí-las por medidas cautelares diversas)³⁰¹, rejeitar denúncias oferecidas pelo MP³⁰² e, posteriormente, até para conceder *habeas corpus* de ofício suspendendo a execução provisória da pena³⁰³, em contrariedade ao entendimento então vigente no Plenário. À sombra da coalizão, restavam o quase sempre vencido Ministro Fachin e o oscilante Ministro Celso de Mello, ora de acordo com a maioria, ora contrário a ela.

³⁰⁰ No ano de 2016, após realizar críticas à força-tarefa da “Lava Jato”, Gilmar Mendes retratou-se em público, ainda que parcialmente: “Eu não sou contrário à “Lava Jato”, pelo contrário, eu tenho defendido o desenvolvimento dessas investigações e acho que elas contribuíram decisivamente para a mudança do Brasil” (MENDES apud ROUVENAT, 2016). Na mesma ocasião, contudo, já mencionou os abusos e excessos por parte da operação (op. cit.). Toffoli, por sua vez, em entrevista ao “Portal O Tempo”, avaliou a “Lava Jato” como um processo que correria “dentro da normalidade, com direito à ampla defesa, com acesso ao Judiciário, com acesso aos autos”, em consonância com o Estado democrático de direito (TOFFOLI, 2016).

³⁰¹ Os exemplos são fartos. Mas, apenas para destacar alguns, ver: Supremo Tribunal Federal (2017a, 2017b e 2017c). Note-se, entretanto, que o Ministro Dias Toffoli não estava presente no julgamento dos HCs n.º 138850/PR e n.º 141431/PR (2017b), mas o empate nas votações levou à soltura dos investigados.

³⁰² Conforme Recondo (2018a, p. 33).

³⁰³ Trata-se aqui dos *habeas corpus* de ofício concedidos por ocasião das Reclamações n.º 30.245 e n.º 30.008, em benefício de José Dirceu, ex-Ministro da Casa Civil, e João Cláudio Genu, ex-assessor do Partido Progressista (PP) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018c). Tais HCs foram, contudo, excepcionais; a maior parte das decisões da turma no tocante à execução provisória foi deferente ao entendimento do Pleno.

E foi assim até que Toffoli deixou a Segunda Turma para tomar posse na presidência do Supremo, quando a adesão de Cármen Lúcia fez com que a posição do órgão pendesse mais para o referendo da operação³⁰⁴.

Um segundo grupo de indícios refere-se a *críticas explícitas aos procedimentos adotados pelos agentes da “Lava Jato”*, pronunciadas pelos três integrantes da coalizão (RECONDO, 2018a, p. 32). Às falas eloquentes de Mendes, somam-se também declarações mais contidas de Toffoli, no sentido de que a “Lava Jato” “destruiu empresas” (TOFFOLI, 2019c) e de que o STF “defende o combate à corrupção”, mas “repudia os abusos e os excessos e tentativas de criação de instituições e poderes paralelos” (TOFFOLI apud ARBEX; TUROLLO JR., 2019)³⁰⁵. E também de Lewandowski, que reputou a operação como extremamente seletiva e disse que “no Brasil, o combate à corrupção sempre foi um mote para permitir que se promovessem retrocessos institucionais” (LEWANDOWSKI, 2020).

Conquanto se considere que a coalizão entre os três ministros tenha sido – e seja, ainda – situacional³⁰⁶, a parceria entre Gilmar Mendes e Dias Toffoli parece mais permanente, transcendente ao cenário da “Lava Jato”. Recondo e Weber contam que Mendes utilizou-se de suas relações no Congresso para auxiliar na aprovação de Toffoli como ministro (RECONDO; WEBER, 2019, p. 238-239). E, anos mais tarde, ele foi o autor de proposta que resultou na mudança de Toffoli da Primeira para a Segunda Turma – e na participação deste nos julgamentos da “Lava Jato”³⁰⁷ (ARGUELHES, 2016, p. 238; RAMALHO, 2015).

Há, inclusive, estudos quantitativos nesse sentido. A título de exemplo, Mariano Silva estimou “pontos ideais” para os ministros do Supremo a partir da análise da jurisprudência no controle abstrato de constitucionalidade³⁰⁸, e acabou por constatar uma aproximação entre os votos de Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Teori Zavascki. O mesmo

³⁰⁴ Com a chegada de Cármen Lúcia, a divisão da Segunda Turma tornou-se mais equitativa: a ministra deu força à defesa da “Lava Jato” e, juntamente com Fachin, fazia frente a Gilmar Mendes e Lewandowski. Celso de Mello, por sua vez, funcionava como um “pêndulo, que ora vota com um time, ora com outro” (BRÍGIDO, 2020). De todo modo, ao menos até o julgamento das ADCs n.º 43, 44 e 54, a execução provisória da pena costumava ser mantida por decisão majoritária da turma.

³⁰⁵ As reprovações por parte de Mendes e Toffoli intensificaram-se quando houve notícia de investigações informais realizadas pelo Ministério Público Federal que os atingiam – o primeiro chegou inclusive a dizer que o ocorrido deveu-se ao fato de ambos representarem “algum tipo de resistência às más práticas que se desenvolviam” (MENDES, 2019a).

³⁰⁶ Foram várias as discussões travadas entre os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski ao longo de sua atuação no STF – a relação conflituosa entre ambos tornou-se conhecida a partir do julgamento do “Mensalão” e apenas melhorou com a “Lava Jato” (DISCUSSÃO..., 2016; RECONDO; WEBER, 2019, p. 428).

³⁰⁷ O coleguismo entre ambos é frequentemente abordado pela mídia. Seguimento mais extremista já chegou a retratar Toffoli como uma “marionete” de Gilmar Mendes (DIAS..., 2019).

³⁰⁸ Na abordagem quantitativa, o pesquisador utilizou-se do método da estimação de pontos ideais, tendo como parâmetro o grau de coincidência entre votos proferidos por pares de ministros nas decisões não unânimes, liminares e definitivas proferidas em ADIs, ADPFs, ADCs e ADOs, no período de 29 nov. 2012 a 31 dez. 2017 (SILVA, 2018, p. 36-40).

trabalho adotou também perspectiva qualitativa ao exemplificar essa aproximação com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 378, em que, num quadro de individualidades extremas, Mendes e Toffoli apresentaram opiniões semelhantes sobre as regras para o processo de impeachment (2018, p. 42, 48-50).

No caso da execução provisória, aponta-se outro exemplo de convergência entre ambos: a adesão de Mendes a uma posição que foi inicialmente adotada por Toffoli, a qual teria induzido a segunda mudança de entendimento daquele magistrado³⁰⁹. Houve menção expressa do primeiro nesse sentido, fato que pode ser tomado como representativo de certa deliberação em meio ao processo decisório (OLIVEIRA, 2017, p. 1876-1902).

5.3.2.4.2 Barroso, Fachin, Cármen Lúcia e Fux

Em contraponto ao grupo de oposição à “Lava Jato”, nota-se que a *postura de estima e proteção à operação manifestada por Barroso foi norte também para Fachin, Cármen Lúcia e Fux, constituindo uma segunda coalizão no tribunal* – tida singelamente como a coalizão de apoio à “Lava Jato” (FILHO, 2019; RECONDO; WEBER, 2019, p. 430). Uma coalizão menos garantista (ou mais punitivista) em matéria penal³¹⁰.

Os integrantes deste segundo grupo normalmente se pronunciavam de modo a referendar as ações dos integrantes da força-tarefa e a fortalecer a operação³¹¹, com posicionamentos alinhados nesse sentido. Esses objetivos são muito visíveis na condução da operação pelo Ministro Fachin, especialmente na escolha dos processos que seriam levados ao Plenário e daqueles que ficariam na Segunda Turma³¹².

Ademais, assim como o primeiro bloco, tais integrantes *expuseram suas posições ao público em diversas ocasiões*. Além dos já mencionados discursos de Barroso, aponta-se, a título de exemplo, algumas manifestações dos outros membros, a iniciar por Cármen Lúcia, que disse em entrevista que a operação simbolizava uma mudança de patamar no Brasil, “[...] no sentido da esperança do povo de ter o combate à corrupção” (ROCHA, 2018). Fux, ao proferir uma palestra, assumiu um compromisso perante o público: “Quero garantir que a “Lava Jato” vai continuar. E essa palavra não é de um brasileiro, é de alguém que assume a presidência do Supremo Tribunal Federal no ano que vem, podem me cobrar” (FUX apud

³⁰⁹ Nesse sentido, ver o item 3.3.5, do cap. 3.

³¹⁰ Aponta-se a existência do embate entre uma linha ideológica mais garantista e outra mais punitivista no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Mensalão (RECONDO; WEBER, 2019, p. 249).

³¹¹ Vide subseção seguinte.

³¹² O tema foi abordado na subseção 5.3.2.2.3.

COELHO, 2019a). E Fachin, na posição de relator da operação, proferiu vários discursos em sua defesa – ela seria responsável por impor “um novo padrão normativo, jurídico e também de natureza ética ao Brasil e à administração pública”, e por conduzir a “respostas efetivas” no processo penal (FACHIN apud COLETTA, 2019; FACHIN apud RELATOR..., 2018).

5.3.2.4.3 Conflitos em Plenário

Em que pesem as decisões monocráticas, as decisões de turma e as sinalizações individuais dos ministros, *a polarização gerada pela “Lava Jato” ganhou extrema visibilidade em julgamentos de relevo que dividiram o Plenário e de algum modo repercutiram na operação*. Nesses julgamentos, as decisões foram tomadas por maioria apertada de votos e, em quase todos, cada “lado” foi representado por uma das coalizões e integralizado por ministros transeuntes – Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Alexandre de Moraes–, que ora simpatizaram com a ideologia mais garantista, ora com a menos garantista.

Com efeito, por um placar de seis votos contra cinco, o Supremo Tribunal Federal consolidou a necessidade de ratificação do Poder Legislativo para qualquer medida cautelar imposta pelo Judiciário com aptidão para interferir no mandato de parlamentar. O entendimento foi firmado no julgamento da ADI n.º 5526, em outubro de 2017, quando ficaram vencidos os Ministros Fachin, Barroso, Fux, Weber e Celso de Mello (MELLO, 2018b, p. 22-23; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017d).

Aparentemente contrário à coalizão de apoio à “Lava Jato”, o voto da Ministra Cármen Lúcia foi contabilizado em favor da tese vencedora. Contudo, ele não era totalmente coincidente com tal tese, mas consistia numa espécie de saída intermediária³¹³.

Um mesmo placar de 6x5 levou o tribunal a proibir, por ocasião das ADPFs n.º 395 e 444, em junho de 2018, a condução coercitiva de réus e investigados para fins de interrogatório. A argumentação apresentada pela corrente vencedora foi desenvolvida em torno do direito à liberdade de locomoção e do princípio de presunção de inocência. Do lado derrotado, os Ministros Fachin, Barroso, Fux, Cármen Lúcia e Moraes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018b).

No mês de março de 2019, o acirradíssimo placar com um voto de diferença repetiu-se para reafirmar a jurisprudência do STF sobre a competência da Justiça Eleitoral

³¹³ A ministra propôs que apenas a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública (art. 319, VI, do CPP) é que deveria ser submetida ao crivo do Legislativo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017d).

para investigações envolvendo crimes comuns conexos a crimes eleitorais. Outra vez, ficaram vencidos os Ministros Fachin, Barroso, Fux e Cármen Lúcia, acompanhados de Rosa Weber (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019a).

Todas as decisões referidas constituíram algum tipo de limitação dos procedimentos adotados pela “Lava Jato” nas investigações e processos, servindo para enfraquecer a sua autonomia³¹⁴.

Mas um dos maiores abalos à operação sobreveio em outubro de 2019, quando o tribunal decidiu que, em ações penais com réus colaboradores e delatados³¹⁵, é direito destes apresentar alegações finais por último, em função dos princípios do contraditório e da ampla defesa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c). Isso porque, nos processos da “Lava Jato”, a prática era que ambos, colaborador e delatado, apresentassem alegações finais ao mesmo tempo e, assim, a superveniente decisão do Supremo poderia levar à anulação de inúmeras sentenças decretadas (inclusive a segunda condenação de Lula, imposta pelo TRF4 no “caso do sítio Atibaia”) (op. cit.). Entretanto, na ocasião, a corte apenas anulou o processo subjetivo em pauta e relegou a um segundo momento a definição da amplitude com que o novo entendimento deveria ser aplicado³¹⁶ (OLIVEIRA; D’AGOSTINO, 2019).

De todo modo, a orientação dos prazos diferenciados foi fixada pelo Plenário por sete votos contra quatro, sendo estes de Fachin, Barroso, Fux e Marco Aurélio. A peculiaridade foi o voto de Cármen Lúcia a favor da corrente majoritária, que, na verdade, reiterava anterior manifestação dela num julgamento da Segunda Turma. Nesta oportunidade, a ministra surpreendera os colegas da turma e o público, ao contribuir para que, de forma

³¹⁴ Cabe ressaltar que, a despeito desses pronunciamentos do Plenário que acabaram por restringir os poderes da força-tarefa da “Lava Jato”, houve decisões também no sentido oposto, de favorecer a operação. Um bom exemplo foi o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.055.941, em novembro de 2019, quando o tribunal legitimou o compartilhamento de dados bancários e fiscais obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF) com o Ministério Público e a Polícia para fins criminais, independentemente de prévia autorização judicial (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019h). Contudo, note-se que essa decisão foi posterior ao julgamento das ADCs n.º 43, 44 e 54.

³¹⁵ Trata-se de ações penais que foram favorecidas pela celebração de acordo de colaboração premiada, conceituado por Cleber Masson e Vinícius Marçal como um “meio especial de obtenção de prova [...] por meio do qual o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal [...] coopera com os órgãos de persecução penal confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, à estrutura da organização criminosa, à recuperação de ativos, à prevenção de delitos ou à localização de pessoas” (2018, p. 164).

³¹⁶ A definição da matéria deu-se no HC n.º 166.373/PR, impetrado em benefício de Márcio de Almeida Ferreira, ex-gerente de empreendimentos da “Petrobras”. Contudo, no tocante à amplitude da tese, a ser apreciada no mesmo expediente, não houve uma conclusão até a finalização desta dissertação (cf. o portal eletrônico do STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>. Acesso em: 08 jun. 2020).

inédita, uma condenação no âmbito da “Lava Jato” fosse anulada pelo STF³¹⁷ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b; COELHO, 2019b).

A esse ponto, a operação já enfrentava uma fase de declínio em termos de legitimidade e credibilidade, o que se deve especialmente às revelações sobre os métodos ilegais e abusivos utilizados pelos membros da força-tarefa, a partir de mensagens que acabaram chegando ao conhecimento público³¹⁸.

No entanto, foi justamente no julgamento das ADCs referentes à constitucionalidade do art. 283, do CPP, concluído em novembro de 2019, que o claro embate entre as coalizões voltou a aflorar mais uma vez: Mendes, Toffoli, Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio e Rosa Weber formaram apertada maioria para proibir a execução antes do trânsito em julgado, restando vencidos Fachin, Barroso, Fux, Cármen Lúcia e Moraes.

Diante desses fatos, a hipótese que se tem é de que ***a relativa desestabilização da “Lava Jato” possibilitou a terceira virada jurisprudencial da corte.*** Isso porque, nos idos de 2016, quando a operação se encontrava no auge e contava com grande apoio da opinião pública, a maior parte dos ministros entendeu por bem muni-la com um útil instrumento – a prisão antes do trânsito em julgado. Entretanto, com o tempo, vários ministros – em especial, Gilmar Mendes e Dias Toffoli – foram ampliando suas ressalvas à “Lava Jato”, fortalecendo, junto a Ricardo Lewandowski, uma coalizão de oposição. E, em 2019, a legitimação popular da operação foi abalada pelos vazamentos das comunicações travadas entre os seus protagonistas, tornando o cenário ainda mais propício para que a dita coalizão agisse para retirar-lhe o poderoso instrumento antes concedido. Em que pese essa breve exposição, o assunto será alvo de detalhado exame ao longo da subseção 5.4.5 do eixo III.

5.3.2.5 Tratativas informais

Um último elemento correspondente à relação personalismo e deliberação, aferível no caso da prisão em segunda instância, diz respeito às “conversas informais” entre ministros, assim consideradas as ***tratativas havidas fora das sessões de julgamento com objetivo de conhecer a opinião do outro, persuadir, negociar e/ou alinhar posicionamentos.***

Há um incidente muito emblemático nesse sentido, que remete aos antecedentes do HC n.º 152.752/PR, abordados agora sob perspectiva diversa das que já foram

³¹⁷ Refere-se aqui ao julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 157.627/PR, cujo paciente era Aldemir Bendine, ex-presidente da “Petrobras”.

³¹⁸ Vide eixo III, item 5.4.5.5.1.

apresentadas³¹⁹, sendo esta construída a partir das narrativas dos próprios Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Na verdade, muito mais do que revelar a existência de “conversas informais”, o incidente expõe a possibilidade de insucesso dessas deliberações.

Ocorre que Marco Aurélio, na condição de relator das ADCs, preparou-se para levar ao tribunal questão de ordem relativa à conduta de Cármen Lúcia de não marcar o julgamento das ações, a fim de levá-la à deliberação de todos os ministros³²⁰. A experiência seria inédita e embaraçosa, pois nunca um Presidente do STF fora questionado quanto a seu discricionário poder de pauta (RECONDO; WEBER, p. 481, 486; RAMALHO, 2018).

Na tentativa de evitar o constrangimento, Celso de Mello, como ele próprio afirmou, conversou com Cármen Lúcia e sugeriu uma reunião informal entre os ministros para discutir o julgamento das ações, a qual deveria ser convidada pela presidente. Contudo, tal convite não chegou a ser feito e, inclusive, Cármen Lúcia concedeu entrevista dizendo que, na condição de responsável pela pauta, não cederia às pressões para agendar a apreciação das ADCs (RECONDO; WEBER, 2019, p. 487-492; RAMALHO, 2018; CÁRMEN..., 2018).

A entrevista gerou súbita reação por parte de Mello, que recorreu à imprensa para esclarecer que, a seu ver, as alegações da presidente foram inadequadas, pois ele havia sugerido uma reunião informal como forma de “conversar”, “ponderar”, buscar a “expressão de um consenso” internamente no tribunal, evitando que o problema fosse ainda mais exposto ao público (RAMALHO, 2018).

Na sessão plenária do dia seguinte, a presidente então anunciou, como solução intermediária, a pauta do *habeas corpus* de Lula (CASADO; TUROLLO JR., 2018). De acordo com Recondo e Weber, a saída sobreviera após nova tratativa entre Mello e Cármen Lúcia, e fora resultado de um segundo e subsidiário conselho do decano (2019, p. 492).

Em meio ao contexto da “Lava Jato”, os fatos passaram ao público como evidências de um tribunal dividido, em situação de extrema fragilidade institucional, com membros incapazes de dialogar entre si para resolver seus conflitos internos (RECONDO; WEBER, 2019, p. 482; CASADO; TUROLLO JR., 2018).

³¹⁹ Dada a importância desses antecedentes, eles foram tratados neste mesmo eixo, nos itens 5.3.2.3.2 e 5.3.2.3.3.

³²⁰ Por ocasião do resultado que lhe foi desfavorável no julgamento do HC n.º 152.752/PR, o ministro afirmou: “Se arrependimento matasse, seria hoje um homem morto. Estava preparado para suscitar a questão de ordem. Anunciei-a inclusive, na quarta-feira, dia 22, mas recuei quanto à proposta que faria, porque Vossa Excelência [referindo-se a Cármen Lúcia] sinalizou...” (BRASIL, 2018c, p. 358).

5.4 “Panorama” com o Supremo: diferentes contextos sociopolíticos e pragmatismo decisório (eixo III)

Este último eixo da parte empírica da pesquisa tem por objetivo analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal – e, é claro, de seus ministros e coalizões – de forma contextualizada: *os fatores conjunturais e os interesses de outros atores políticos que possivelmente atuaram como constrangimentos externos ao tribunal, gerando respostas muito mais pragmáticas (afeitas à realidade) do que propriamente jurídicas.*

Com a ampliação do foco para além dos ministros ou do tribunal, considerando-se as pressões externas que supostamente contribuíram para moldar a sua atuação, a abordagem passa a estar muito mais próxima ao *modelo estratégico*.

Assim, nunca é demais lembrar que, embora não se possa atribuir credibilidade à ideia de racionalidade humana ilimitada (no sentido da crítica feita pela economia comportamental)³²¹, as pessoas *querem* ser racionais e buscam maximizar os seus objetivos num dado contexto, ainda que não tenham toda a informação disponível, ainda que seus raciocínios preditivos não sejam satisfatórios (MELLO, 2018a, p. 701). E, se essa ideia serve para as pessoas em geral, serve ainda mais para os Ministros do Supremo, um tribunal que concentra amplíssimos poderes a níveis coletivo e individual³²².

Seguindo a lógica deste trabalho, a análise do caso da execução provisória da pena é relegada a um segundo momento; primeiro se recorre à literatura com duas principais finalidades: (I) conceituar e/ou descrever fenômenos e expressões relevantes ao debate acerca dos constrangimentos externos, notadamente, “judicialização da política”, “ativismo judicial”, “politização da justiça”, “pragmatismo jurídico”, “cálculo político”, “opinião pública” e “mídia” (II) justificar a necessidade de um eixo dedicado a compreender o desenvolvimento do caso como fruto também das alterações havidas no contexto sociopolítico.

5.4.1 Judicialização da política, ativismo judicial e politização da justiça

Ao tratar da questão do transplante das metodologias desenvolvidas no modelo atitudinal norte-americano, chegou-se à conclusão de que, em razão, dentre outros fatores, da indefinição e fluidez de ideias que caracterizam o ambiente político brasileiro, é necessário

³²¹ Sobre a crítica, que acaba por atingir o modelo estratégico, ver o capítulo 4, item 4.3.3.

³²² A ressalva de Lawrence Baum, no sentido de que haveria um desestímulo ao agir estratégico em função da reduzida possibilidade de um tribunal ou, principalmente, de um único magistrado, influenciar os rumos do direito (2008, p. 15-16) (ver item 4.3.3, do cap. 4) cede diante da evidência desses amplíssimos poderes do STF.

trabalhar com a ideia ampla de preferências pessoais dos magistrados, que compreende a ideologia como um conjunto de vários aspectos da subjetividade e também a disposição para o agir estratégico³²³.

Isso não significa, contudo, que inexistente no Brasil uma *relação entre política e Poder Judiciário*; algo como o pretendido pela clássica separação entre o espaço da política – reservado aos Poderes Legislativo e Executivo e caracterizado pela soberania popular e o princípio majoritário – e o espaço do direito – atribuído ao Poder Judiciário e submetido ao império da lei (BARROSO, 2013, p. 420).

Na verdade, essa relação existe e, apesar de não constituir uma idiosincrasia do sistema brasileiro, desenvolve-se por aqui com elevada intensidade, sobretudo quando o foco da discussão é o Supremo Tribunal Federal (STRECK, 2013, p. 208-209).

Para investigá-la, Fabiana Luci de Oliveira, propõe uma discussão a partir de dois fenômenos apontados pela doutrina: *a judicialização da política e a politização da justiça*, que, de forma bem simplificada, referem-se ao avanço da lógica técnico-jurídica no campo da política e ao avanço da lógica político-partidária no campo da justiça, respectivamente (2012c, p. I, 29-30).

A autora conclui que o Supremo exerce papel fundamental no sistema político³²⁴, mas atua como uma elite diferenciada em relação às instâncias majoritárias (os Poderes Legislativo e Executivo). É, assim, dotado de um poder político autônomo, fundado no apego, por parte dos ministros, à identidade profissional, construída com base no conhecimento técnico-jurídico e na concepção de uma atuação voltada a suprir as necessidades sociais, o que suplantaria qualquer dependência em relação aos grupos políticos presentes no governo, em especial, ao integrado pelo chefe do Poder Executivo. A questão se volta então aos próprios Ministros do Supremo, que, segundo Oliveira, “reivindicariam a expansão de seus poderes políticos, mas de forma a evitar politizar suas funções” (2012c, p. 6, 12, 166-167). Noutros termos, o STF (e seus ministros) buscaria permanecer alheio às disputas partidárias e não ser afetado pelos interesses dos tradicionais poderes políticos. E seria exitoso nessa ambição.

Em perspectiva assemelhada, Fernando Fontainha, Carlos Victor dos Santos e Amanda Oliveira abordam a trajetória profissional pregressa dos Ministros do STF, qualificando-os como integrantes de uma elite jurídica responsável por uma “forma particular

³²³ Nesse sentido, ver o item 5.3.2.2.

³²⁴ Eduardo Santos de Oliveira conceitua “sistema político” como “um conjunto interagente de instituições unificadas pela produção de decisões coletivamente vinculantes”. Para o autor, o Supremo é um “elemento orgânico” do Sistema Político Brasileiro, tendo em vista o seu desenho constitucional e a sua atuação prática (2013, p. 211, 215).

de fazer política”, necessária para galgar posições dominantes. Essa forma particular se inicia muito antes da nomeação presidencial e, embora exija certa proximidade com as elites políticas, pauta-se também em estratégias desenvolvidas com base numa atuação independente (2017, p. 119-120). Conquanto se refiram a um momento prévio à atuação no Supremo e considerem a relativa autonomia da dita elite jurídica, os autores não ignoram a existência de uma aproximação progressiva entre almejantes a ministro e políticos, o que reflete certa politização no caminho para chegar ao tribunal e levanta conjecturas sobre a possível continuidade dessa relação depois de galgado o posto pretendido.

Uma visão mais radical da ocorrência do fenômeno da politização da justiça – no sentido de relação político-partidária – é exposta por Paulo Bonavides, para quem o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo, está sujeito a indevidas pressões e interferências políticas do Poder Executivo, o que se deve a dois motivos principais: a indicação e nomeação dos ministros pelo Presidente da República e a concentração de poderes na instituição³²⁵ (2004, p. 133-135). E, na mesma linha de pensamento, Gaudêncio Torquato afirma que “a mão que nomeou um magistrado parece permanecer suspensa sobre a cabeça do escolhido, gerando retribuição”, referindo-se à ingerência do Executivo sobre o STF (2005).

O assunto da politização da corte constitucional será retomado ao final deste tópico. Por ora, ressalta-se que, se existe grande divergência sobre a existência e amplitude de tal fenômeno, ***a presença da judicialização da política é praticamente um consenso.***

É que a mencionada ausência de ideologias políticas bem delineadas, com diversidade e fluidez de ideias, torna a relação entre o Poder Judiciário e a política muito mais perceptível num sentido que não se resume à proteção, com estabilidade, dos interesses de grupo (ou grupos) ligados ao governo. ***Num sentido que se alastra para a ideia de poder político, de capacidade de intervir na arena de debates públicos*** – de apreciar e regular demandas sociais sem a presença das instâncias majoritárias, de apreciar e regular também demandas de membros do governo –, mas independentemente de restar configurada a interferência político-partidária (OLIVEIRA, 2012c, p. 6; ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 431-432). Ou seja, num sentido que condiz, de modo geral, com o fenômeno da judicialização da política (e das relações sociais), o qual, na visão deste trabalho, pode compreender também certa forma de politização, mas não necessariamente.

³²⁵ Especificamente, o autor se refere ao fato de que o Supremo é o único órgão competente para realizar o controle concentrado de constitucionalidade na esfera federal, controle esse que, na visão dele (note-se que o texto foi escrito no ano de 2004), estaria se sobrepondo em muito ao controle difuso (BONAVIDES, 2004, p. 129 e 133).

“De modo geral” porque há nuances que diferenciam os conceitos que os estudiosos apresentam para a judicialização da política, dada a amplitude do fenômeno. Além da explicação bastante objetiva de Oliveira (o avanço da lógica técnico-jurídica no campo da política), aponta-se também, como exemplo, a clássica lição de Luiz Werneck Vianna *et al.*, na qual se trata de um “processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política” (1999, p. 22). Os autores se referem ainda à “judicialização das relações sociais”, para enfatizar a inclusão do Judiciário no âmbito das instituições de autorregulação da sociedade (*op. cit.*, p. 149).

Luís Roberto Barroso, por sua vez, afirma que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais [...]”, envolvendo “uma transferência de poder para juízes e tribunais [...]” (2012, p. 3). Em certa ocasião, o ministro ainda utilizou o termo “supremacia judicial” no intuito de destacar a aptidão do Supremo Tribunal Federal para dizer a palavra final sobre o sentido e o alcance da Constituição e das leis, vinculando os demais poderes³²⁶ (2013, p. 414).

Já Diego W. Arguelhes e Leandro M. Ribeiro indicam que, no cenário brasileiro, o fenômeno da judicialização assume também uma feição bastante peculiar, consistente na atuação do Supremo como “primeira” ou “única câmara legislativa”: por vezes, a corte é provocada a decidir questões sobre as quais não houve qualquer alteração legislativa prévia e, verificando que existe omissão ou inadequação normativa, acaba por discipliná-las, não deixando espaço para o tratamento pelo Congresso Nacional (2016, p. 431-435).

Ademais, estudiosos de diversas áreas muito se dedicaram – e se dedicam – a identificar as causas e os efeitos de uma nova configuração entre os três poderes, com o Supremo desempenhando papel de centralidade na vida sociopolítica.

Uma causa frequentemente noticiada é o processo de redemocratização do país, com auge na promulgação da Constituição de 1988, que possibilitou o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como ensejou um processo de redescoberta da cidadania e de conscientização das pessoas acerca de

³²⁶ Outras expressões menos usuais aparecem na doutrina, cada qual visando conferir um destaque diferenciado para o fenômeno. “**Juristocracia**”, por exemplo, é utilizada por Claudia Maria Barbosa, que, com base nos estudos do cientista político Ran Hirschl, caracteriza-a como o poder político estrategicamente transferido ao Judiciário pelas tradicionais elites, que não se veem representadas pelo governo eleito por maioria (2018, p. 57). Já Vieira trata da “**Supremocracia**”, que tem uma dupla acepção: refere-se tanto à autoridade do STF em relação às demais instâncias do Poder Judiciário, quanto à expansão de sua autoridade em relação aos demais poderes, ocupando, assim, o centro do sistema político brasileiro (2008, p. 444-445).

seus direitos e dos meios de exercê-los (BARROSO, 2012, p. 3; 2013, p. 410; OLIVEIRA, 2012c, p.; VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

Particularmente, a Constituição desenhou um Supremo Tribunal Federal poderoso, aglutinador de várias competências jurisdicionais inerentes à sua missão de guardião da Carta (VIEIRA, 2008, p. 447; ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 406-408). Dentre elas, destaca-se a competência para processar e julgar criminalmente autoridades do alto escalão político, como o Presidente da República, os membros do Congresso Nacional e os próprios ministros (VIEIRA, 2008, p. 448; MELLO, 2018b, p. 4).

Corroborou também para o protagonismo do STF a opção do constituinte por conceber uma Carta analítica e ambiciosa, que, utilizando-se de cláusulas abertas (conceitos jurídicos indeterminados e princípios), dispôs-se a regular as relações sociais em considerável detalhamento, reduzindo a liberdade dos legisladores e administradores. Esse processo foi denominado de “constitucionalização abrangente” ou “constitucionalização do direito” (MELLO, 2018a, p. 691; VIEIRA, 2008, P. 446-447; BARROSO, 2012, p. 3-4). Explica-se: com um maior número de matérias constitucionalizadas – através do uso preponderante de termos de conteúdo genérico e fluido – aumenta-se o espectro de temas passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário e, em especial, pelo Supremo (op. cit.).

Outra causa recorrente na doutrina é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, com coexistência de dois modelos diversos, o concreto/incidental e o abstrato. Na medida em que o Supremo é competente para realizar ambos os modelos, e que apenas ele desempenha o controle abstrato (na esfera federal), o órgão de cúpula acaba sendo constantemente chamado a atuar. E as provocações advêm de fontes variadas, sejam atores políticos *stricto sensu*, possivelmente visando à revisão de decisões contrárias aos seus interesses, tomadas na arena representativa³²⁷, sejam membros da sociedade civil, quando não têm suas demandas atendidas a contento pelos Poderes Executivo e Legislativo (VIEIRA, 2008, p. 449; BARROSO, 2012, p. 4; ARGUELHES; RIBEIRO, p. 406-408).

A isso, acrescenta-se o fato de que a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados para propor o controle abstrato, admitindo, dentre outros, a participação do Conselho Federal da OAB, dos partidos políticos com representação no Congresso, das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional. E concebeu também

³²⁷ Sobre esse aspecto, Lenio Streck afirma que a existência de um “presidencialismo de coalizão”, marca de um ambiente politicamente fragmentado e instável, contribui para a judicialização de demandas e leva o Poder Judiciário a decidir muito mais conforme critérios políticos do que propriamente jurídicos (2013, p. 208, 211).

outros mecanismos de acesso ao Supremo pela sociedade (BARROSO, 2012, p. 4; MELLO, 2018b, p. 4-6; VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 42).

Nesse contexto, Fernando Fontainha e Amanda E.C. Lima atribuem os amplos poderes do STF (e do Judiciário em geral) às expectativas depositadas em seus membros, associadas a uma construção normativa que lhes atribui o papel de atender às demandas por justiça. Essas expectativas incentivariam a criação, por parte dos magistrados, do que os autores denominam de “teorias alternativas do Direito” e “uso pouco ortodoxo de institutos processuais em casos que envolvem escândalos políticos” (2018, p. 57). Segundo eles, *a participação do Judiciário na arena política ter-se-ia intensificado a partir do escândalo do “Mensalão” e ganhado proporções ainda maiores com a operação “Lava Jato”*, motivada pelos anseios sociais de combate à corrupção e moralização da política (op. cit., p. 56-59).

Arguelhes e Ribeiro, por sua vez, apontam um diagnóstico mais amplo: além das condicionantes externas, os próprios ministros do STF teriam sido responsáveis por “remarcar as fronteiras de sua atuação junto aos outros poderes”, expandindo, assim, as atribuições do tribunal (2016, p. 408). Na mesma linha, Patrícia Perrone Campos Mello indica que, no início, o Supremo foi reticente quanto às funções que a Carta de 1988 lhe atribuiu, mas experimentou uma progressiva ampliação de poderes que esteve atrelada ao reconhecimento do papel criativo dos magistrados em casos difíceis (2018b, p. 6, 13-15).

Esse amplo diagnóstico está intimamente relacionado com a distinção que alguns autores fazem entre *judicialização da política e ativismo judicial*. Os fenômenos, embora próximos, teriam origens diversas: enquanto a judicialização seria um fato, causado por fatores externos ao Judiciário – para Lenio Streck, a falta de efetividade das instâncias representativas em atender às demandas sociais; para Barroso, o próprio modelo constitucional adotado –, o ativismo seria uma escolha, uma opção particular do julgador (ou tribunal) de interpretar a Constituição de forma proativa, ampliando o seu sentido e alcance³²⁸ (STRECK, 2013, p. 212, 2018, p.26; BARROSO, 2012, p. 6, 17).

Em perspectiva bastante pertinente a esta dissertação, Fabiana Alves Rodrigues e Rogério Bastos Arantes afirmam que a postura ativista decorre de uma decisão do próprio julgador de se lançar no “universo da política”, e é viabilizada pela “ação estratégica” que visa a alcançar certos resultados (2020, p. 24-25). Os autores aludem a uma forma específica de ativismo que se verifica pela reformulação de regras e princípios, denominada por eles de

³²⁸ Cabe ressaltar que, na visão de Streck, enquanto a judicialização da política é um fenômeno contingencial e necessário, o ativismo judicial é “sempre deletério e prejudicial à democracia” (2018, p. 26). Barroso, por outro lado, afirma que, ao menos até 2012, o ativismo teria sido “parte da solução, e não do problema”, alertando, contudo, tratar-se de um “antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado” (2012, p. 19).

“ativismo judicial voltado à modelagem institucional”, a qual seria pertinente para explicar o comportamento dos Ministros do STF nas viradas jurisprudenciais de 2009 e 2016 sobre a execução antecipada da pena (op. cit., p. 23, 28).

Vê-se que os debates sobre o protagonismo político do Judiciário são incessantes; várias são as nomenclaturas, as caracterizações e as causas apontadas.

Contudo, deixando as distinções de lado, a polêmica maior reside nos seus efeitos: de um lado, os enaltecimentos à capacidade do Judiciário de fornecer respostas rápidas e adequadas às demandas de uma sociedade contemporânea em constante evolução, bem como à função de resguardar o processo democrático (na ideia de democracia substancial)³²⁹ e os valores constitucionais, superando, assim, as deficiências dos Poderes Legislativo e Executivo (FERRAZ JR., 1994 apud OLIVEIRA, 2012c, p. 2; BARROSO, 2012, p. 17, 2013, p. 416-417; LAIN, 2012, p. 116-117); de outro, as inúmeras críticas que convergem para a violação à separação de poderes, a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, a ausência de mecanismos de controle sobre a atuação desse poder e, sobretudo, o risco de politização da justiça (SANTOS DE OLIVEIRA, 2013, p. 219; BARBOSA, 2018, p. 58; VIERA, 2008, p. 457-458; BARROSO, 2012, p. 12, 17, 2013, p. 425).

Esta última crítica merece destaque. É que, conforme mencionado, a politização do Judiciário é um tema delicado, objeto de ainda maiores controvérsias, porquanto não tenha um diagnóstico tão facilmente comprovável como a judicialização da política. Mormente, quando se toma por base a acepção restritiva fornecida por Oliveira, de politização como o avanço da lógica **político-partidária** no campo da justiça (2012c, p. I, 29-30).

Todavia, e principalmente considerando a polêmica envolvendo a execução provisória da pena e o contexto da operação “Lava Jato”, não há como ignorar que o Supremo – ou pelo menos parte de seus ministros³³⁰ – engendre atuações politizadas, não no sentido

³²⁹ Sobre a tarefa do Judiciário de proteger o processo democrático, ensina Barroso que “a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados” (2013, p. 416). Para o autor, a despeito do caráter não eletivo de seus membros, o Poder Judiciário é também representativo, porquanto exercido em nome do povo e sujeito ao controle da sociedade (op. cit., p. 411). Na literatura constitucionalista norte-americana, Corinna Barrett Lain propõe uma perspectiva “de cabeça para baixo” (“*upside-down*”) do controle judicial exercido pela Suprema Corte, uma vez que, em diversos casos, as instâncias eleitas não são capazes de atuar de forma representativa, não correspondem aos interesses da maioria dos cidadãos, e, assim, quando a corte intervém para promover mudanças na interpretação das normas jurídicas, atentando para a evolução da sociedade, é ela que, na verdade, acaba desempenhando o papel majoritário (2012, p. 116-117). Segundo a autora: “Às vezes, o controle judicial tutela os valores democráticos, não protegendo o processo majoritário, mas simplesmente produzindo resultados majoritários” (op. cit., p. 117, tradução nossa). Texto original: “*Sometimes judicial review supports democratic values not by protecting majoritarian process, but simply by producing majoritarian results.*”

³³⁰ De acordo com o que foi dito no item 5.3.2.4 do eixo II, a “Lava Jato” provocou uma divisão interna acirradíssima no tribunal, não sendo adequado tratar da instituição como um todo, sem distinções. Contudo, em

estrito de visar, permanentemente, ao benefício de determinada ideologia ou partido político, mas noutra conotação: *ao decidir mediante critérios tradicionais da política, como argumentos consequencialistas, vontade da maioria, clamor popular ou até mesmo interesse partidário esporádico (ou interesse de outros grupos sociais)*³³¹. O próximo tópico cuidará de destrinchar a questão.

5.4.2 Pragmatismo decisório

A utilização desses parâmetros políticos aproxima o tribunal às filosofias compreendidas no movimento do *pragmatismo jurídico*, que, na clássica lição de Richard Posner, são assim caracterizadas pela presença de três elementos essenciais: (I) a descrença em entidades metafísicas tidas como garantias de certeza (tais como “realidade”, “verdade” e “natureza”); (II) a insistência em que a avaliação de proposições e projetos seja feita conforme suas possíveis consequências e (III) também à luz das necessidades sociais e humanas, ao invés de critérios objetivos e impessoais (1990, p. 1660-1661).

Tais elementos são conectados e desenvolvidos de forma bastante didática na explicação formulada por José Eisenberg e Thamy Pogrebinski, a qual merece destaque:

Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele se torna servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento. O pragmatismo jurídico implica assim que aquele que opera com a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro (2002, p. 109-110).

O pensamento pragmático, marcado pela busca do “melhor resultado possível para a sociedade” (BRASIL, 2016a, p. 49-50), *e ora tido como espécie de atuação politizada (mas não partidária), constantemente aparece como o perfil filosófico-jurídico das decisões do Supremo Tribunal Federal* (D’MACÊDO, 2013, p. 2, 4). De tal forma que não se pôde deixar de mencioná-lo, ainda que brevemente, em diversos momentos anteriores neste texto.

As motivações ditadas pelo contexto, pelas prováveis consequências da decisão ou pelo interesse social ou de determinados grupos muitas vezes são expressas e até enaltecidas nos discursos dos ministros. Basta verificar, por exemplo, os votos do Ministro

regra, as decisões mais relevantes são tomadas por maioria e, assim, nos casos que dividem o tribunal, a vontade de um dos grupos se confunde com a vontade da instituição.

³³¹ Diz-se “interesse partidário **esporádico**” para afastar aquela visão mais extremada sobre a politização da justiça, defendida por Bonavides e Torquato, no sentido de que o Judiciário e, em especial, o Supremo, estaria sujeito a constantes pressões e interferências políticas do Poder Executivo, relacionadas, sobretudo, à nomeação presidencial dos ministros.

Barroso no HC n.º 126.292/SP e nas ADCs n.º 43, 44 e 54, que contêm tópicos inteiramente dedicados aos “fundamentos pragmáticos” para a possibilidade de prisão em segunda instância, aos “exemplos que demonstram que o sistema não funciona”, ao “o papel do direito penal” e aos “números relevantes”, todos eles com argumentações inteiramente pragmáticas³³² (BRASIL, 2016a; BARROSO, 2019a).

Também a entrevista fornecida a esta pesquisa pelo Ministro Gilmar Mendes foi bastante ilustrativa nesse sentido. Com efeito, quando questionado sobre eventuais influências extrajurídicas que teriam contribuído para a oscilação do STF no caso da execução provisória, ele disse acreditar que o fator decisivo foi de ordem pragmática, tanto em relação ao seu posicionamento individual quanto em relação à atuação do tribunal como um todo:

[...] eu tenho a impressão de que o fator decisivo foi mesmo de índole pragmática, foi o reconhecimento de que os fatos reclamavam alguma solução diferente diante da demora no julgamento dos recursos especiais e extraordinário. É claro que estamos melhorando o sistema, o Supremo está julgando mais rapidamente os REs e também o STJ os recursos de caráter repetitivo, está havendo um procedimento, mas essa questão precisa ser realmente discutida, não é (MENDES, 2019c, informação verbal).

E, tratando-se de momento ainda anterior ao julgamento das ADCs, o ministro expressou sua opinião no sentido de que a tese então prevalente (da possibilidade de execução antecipada), estava provocando resultados insatisfatórios e, portanto, ensejaria nova alteração.

A solução de em segundo grau decretar a prisão, com base no fundamento de prisão provisória, ela é plausível em determinados casos, ela não é plausível em todos os casos. Ela é plausível, por exemplo, se eu lido com organizações criminosas, porque eu posso dizer que vão continuar a delinquir, mas não é plausível em qualquer outra hipótese em que o réu tenha permanecido livre até essa fase. Então, isto precisa ser mais trabalhado e mais elaborado (MENDES, 2019c, informação verbal).

Essa constatação – de que há um enaltecimento ao raciocínio pragmático pelos ministros – é convergente com a explicação de Rodrigues e Arantes sobre o “ativismo judicial voltado à modelagem institucional”, que teria ocorrido no caso da presunção de inocência, na medida em que, a exemplo de Barroso e Mendes (em 2016), vários dos ministros defenderam a reformulação da disciplina da execução sob uma justificativa claramente consequencialista: de ser a melhor opção para garantir a efetividade do sistema processual penal (2020, p. 23).

Streck denomina os julgamentos permeados por motivações dessas ordens de “julgamentos políticos” (2013, p. 213-215), os quais podem ser implementados – e que essa

³³² Nesse sentido, ver as subseções 3.3.3.2 e 3.3.7.2, do capítulo 3.

fala sirva até como introdução para os próximos dois tópicos – para preservar os interesses do Poder Executivo ou do Poder Legislativo ou de outros grupos da sociedade. No caso em apreço, parece que a justificativa apontada contentou muito bem a opinião pública ou, ao menos, as opiniões públicas de expressivos segmentos sociais³³³.

Em suma, dado que o Supremo conquistou posição de destaque na arena política, absorvendo atribuições que originalmente caberiam às instâncias majoritárias, *acabou incorporando também ponderações tipicamente políticas (diversas das propriamente jurídicas) nos processos decisórios de algumas questões*. A politização, num sentido amplo, aparece, assim, como uma consequência da judicialização (ou do ativismo, assumindo-se a distinção). E fica visível no caso da execução provisória da pena, principalmente quando a oscilação do tribunal é avaliada em conjunto com a evolução do contexto sociopolítico.

5.4.3 “Cálculo político”: entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo e a opinião pública

Em meio a uma rotina assinalada pela judicialização da política, potencialmente ativista, a incorporação de ponderações marcadamente pragmáticas normalmente tangencia a aceitação (ou não aceitação) de uma decisão pelos outros atores sociais. A razão é clara: decisões razoavelmente aceitas são legitimadas aos olhos externos e contribuem para a preservação da estabilidade do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, decisões sem o mínimo de aceitação podem conduzir à crise institucional (MELLO, 2018a, p. 710).

Essa ideia está intimamente relacionada à formulação mais emblemática do modelo estratégico na dimensão externa: ao decidir, os julgadores levam em conta as possíveis escolhas e reações dos Poderes Executivo e Legislativo e da sociedade (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 626, 632; MELLO, 2018a, p. 699; OLIVEIRA, 2002a, p. 91-92). Isso porque, tratando-se do STF, essas entidades são capazes de afetar a sua legitimidade política e a autoridade das decisões.

Na lógica da separação de poderes, *Executivo, Legislativo e Judiciário estão presos a relações de interdependência*. Assim, o Executivo é responsável por indicar os Ministros do Supremo, tem o monopólio do uso da força (que frequentemente é necessária para garantir o cumprimento de atos e decisões judiciais) e pode propor emendas constitucionais para superar a jurisprudência do tribunal³³⁴. O Legislativo, por sua vez, incumbe-se de chancelar as indicações, julgar os ministros por eventuais crimes de

³³³ Especialmente sobre a existência de várias opiniões públicas, consultar o item subsequente.

³³⁴ Conforme artigos 84 e 60, II, todos da Constituição Federal.

responsabilidade, aprovar os orçamentos anuais e, além de também ser legitimado à propositura, responsabiliza-se por todo o processo de elaboração de emendas constitucionais³³⁵. Ademais, a autoridade do STF é posta à prova pela simples negativa de cumprimento de uma decisão por parte do Executivo ou do Legislativo (MELLO, 2018a, p. 710-713; ARGUELHES; RIBEIRO, 2013, p. 109).

A relação entre Poder Judiciário e sociedade, ou, de uma forma mais pontual, *entre Judiciário e opinião pública*³³⁶ não é assim tão direta e nem tão fácil de descrever. As dificuldades começam pela definição do que se entende por “opinião pública”, pois o termo é utilizado para designar múltiplos fenômenos, por vezes, de forma bastante imprecisa.

Nesse sentido, Mello indica que um conceito recorrente na literatura é o de “conjunto de ideias e de juízos partilhados pela maioria dos membros da sociedade sobre temas de interesse social” (MELLO, 2017, p. 404).

De outro ponto de vista, Rubens Figueiredo e Sílvia Cervellini defendem a ideia de que inexistente uma única opinião pública, mas sim diversas “opiniões públicas”, expressas por diferentes vozes coletivas (1995, p. 177). Ou seja, numa sociedade bastante heterogênea, a opinião pública não se resume às ideias que são partilhadas pela indistinta maioria de seus membros, mas compreende também outras dimensões mais compartmentalizadas.

Faz sentido chamar de opinião pública [...] todo fenômeno que, tendo origem em um processo de discussão coletiva e que se refira a um tema de relevância pública (**ainda que não diga respeito à toda a sociedade**), esteja sendo expresso publicamente, seja por sujeitos individuais em situações diversas, seja em manifestações coletivas (op. cit., p. 178, grifo nosso).

Na visão dos autores, embora seja um conceito abrangente, a opinião pública deve reunir quatro elementos básicos: (I) ter origem no debate público, ainda que implícito e inconsciente, (II) ser expressiva, (III) guardar ligação com um tema relevante o suficiente para gerar o debate público e (IV) refletir a opinião de um grupo de pessoas com características comuns (op. cit., p. 177- 178).

Partindo desta definição, pode-se construir o seguinte raciocínio: na medida em que as instâncias majoritárias nem sempre são efetivamente representativas³³⁷, o STF

³³⁵ Conforme artigos 52, III, “a”; 52, II; 165, III e 60, todos da Constituição Federal.

³³⁶ Ao tratar um dos polos da relação como sendo a opinião pública, confere-se destaque à noção de que são *as ideias e valores* presentes (ou que se pensa estarem presentes) na sociedade em geral ou em determinada(s) coletividade(s) que podem influenciar no comportamento do Supremo Tribunal Federal. Ademais, e talvez até por esse motivo, o termo é frequentemente utilizado pelos estudiosos dessa relação.

³³⁷ Mello discorre sobre as causas mais explícitas para o que denomina de “disfunções do nosso sistema democrático”. Em síntese, a autora aponta: (I) os desvios representativos, que se verificam quando os

frequentemente é acionado para apreciar demandas sociais que tradicionalmente seriam de competência do Executivo e do Legislativo. Tais demandas podem ser identificadas como interesses gerais, disseminados na sociedade, ou, ainda, como interesses atinentes a determinadas coletividades. De todo modo, estão alicerçadas numa forma de opinião pública.

Fato é que, ao se deparar com inúmeras e variadas demandas sociais, o tribunal frequentemente acaba por atendê-las, seja porque acredita estar diante da melhor opção para o desenvolvimento do direito, seja porque, conquanto possua outras preferências sinceras, ***precisa construir uma imagem positiva perante a sociedade (ou perante certos grupos de pessoas) para angariar capital político*** (MELLO, 2017, p. 412-417; STRECK, 2013, p. 211).

Noutros termos, o STF, como qualquer corte constitucional inserida num regime democrático, depende da confiança dos cidadãos para manter sua legitimidade e autoridade decisória (POST; SIEGEL, 2007, p. 374). Conseqüentemente, uma decisão que contraria valores arraigados na sociedade ou em coletividades expressivas pode acarretar reações sociais negativas, com iminente desgaste político para a corte – fenômeno que recebe o nome de “*backlash*” na literatura norte-americana³³⁸ (op. cit., p. 379; LAIN, 2012, p. 181-182; BARROSO, 2015, p. 42).

Essa constatação é bem explorada no seguinte excerto da obra de Robert Post e Reva Siegel, que, embora dedicada ao estudo da jurisdição constitucional estadunidense, auxilia na compreensão do cenário brasileiro:

[...] a autoridade judicial para garantir o cumprimento da Constituição, como a autoridade de todos os agentes políticos, depende, em última análise, da confiança dos cidadãos. Se as cortes interpretarem a Constituição em termos que divergem das convicções profundamente enraizadas do povo americano, os americanos encontrarão maneiras de comunicar suas objeções e resistir a julgamentos judiciais (2007, p. 374, tradução nossa³³⁹).

governantes e partidos eleitos falham em identificar a vontade da maioria ou, ainda, quando têm interesses conflitantes com ela; (II) o sistema proporcional, problematizado pela falta de ideologias político-partidárias bem definidas, pela formação de coligações e pela estratégia de lançar candidaturas de personalidades populares como meio para angariar votos; (III) a interferência do poder econômico sobre as eleições; (iv) a ausência de proporcionalidade entre a população de um Estado e o número de cadeiras que ocupa no Congresso Nacional; (v) as medidas aptas a empoderar minorias no Congresso, que facilitam a captura de parlamentares por grupos de interesses; e (VI) a falta de acesso à informação por parte dos eleitores, que conduz à sua exclusão do debate político e à falta de controle sobre os representantes eleitos (2017, p.405-407).

³³⁸ Robert Post e Reva Siegal afirmam que o “backlash” pode assumir aspecto negativo ou positivo, a depender do ponto de vista adotado. De acordo com os autores: “Visto da perspectiva sistêmica da ordem constitucional americana, “backlash” busca manter a capacidade de reação democrática ao significado constitucional. Visto da perspectiva das cortes, “backlash” é uma ameaça à manutenção da autoridade e do controle sobre os atos legislativos” (2007, p. 379). Texto original: “*Viewed from the systemic perspective of the overarching American constitutional order, backlash seeks to maintain the democratic responsiveness of constitutional meaning. Viewed from the perspective of courts, backlash is a threat to the maintenance of legal authority and control*”.

³³⁹ Texto original: “[...] *judicial authority to enforce the Constitution, like the authority of all government officials, ultimately depends on the confidence of citizens. If courts interpret the Constitution in terms that*

Assim, a opinião pública, ao menos nos casos de grande repercussão, marca presença como elemento de motivação ou conformação decisória no comportamento do Supremo. E fica particularmente evidente quando considerada naquela acepção mais genérica apresentada por Mello, atrelada aos interesses da maioria dos membros da sociedade. Nessa acepção, chega a constar, inclusive, nas fundamentações dos votos dos ministros, e com bastante regularidade³⁴⁰. Essa constatação, entretanto, não vem eivada de receios, tal como pontua a autora: “Todos os poderes falham, todos os poderes respondem perante a opinião pública e segui-la também envolve seus riscos.” (2017, p. 404).

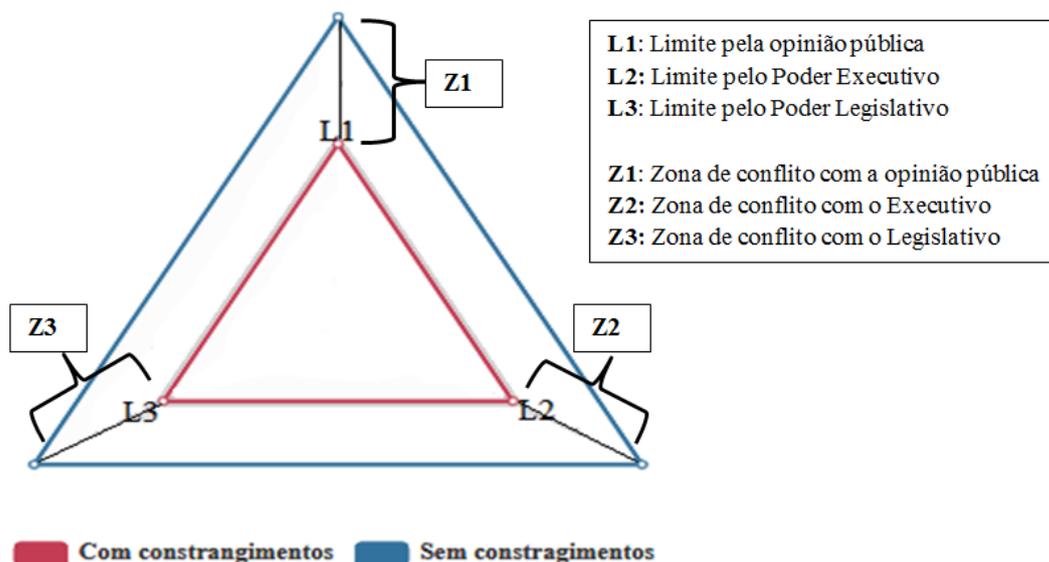
Pois bem, tendo em vista que tanto os Poderes Executivo e Legislativo quanto a opinião pública (da sociedade ou de determinadas coletividades) são capazes de exercer pressões externas ao STF, muitas vezes em sentidos contrários, e que o tribunal precisa de um nível mínimo de aceitação para manter sua estabilidade institucional, ganha relevância a *hipótese do “cálculo político”* como provável ponderação de ordem pragmática.

A *figura 3* esquematiza a ideia do “cálculo político” sob a perspectiva da amplitude decisória do STF. Para fins de simplificação, a opinião pública foi tratada nela como um fenômeno uno, atinente à sociedade em geral, o que não desmerece a hipótese anteriormente defendida de que as visões partilhadas por determinadas coletividades também influenciam na atuação do tribunal.

diverge from the deeply held convictions of the American people, Americans will find ways to communicate their objections and resist judicial judgments.”

³⁴⁰ A título de exemplo, no HC n.º 126.292/SP, o Ministro Barroso, ao longo de um voto de 28 de páginas, fez ao menos 10 menções ao “sentimento social”, à “confiança” e “credibilidade” que a sociedade depositaria no sistema de justiça penal ou a expressões análogas (2016a, p. 27-54). E, nesse mesmo julgado, também se referiram a uma suposta opinião pública geral os Ministros Luiz Fux e Teori Zavascki (op. cit., p. 59, 4).

Figura 3 – “Cálculo político” e amplitude decisória do STF



Fonte: elaborada pela autora, a partir de Mello (2018a).

Com efeito, Mello sustenta que, em casos de grande repercussão política e social, o tribunal (nas figuras de seus ministros), após tentar prever as expectativas e possíveis reações em jogo, *realiza uma espécie de “cálculo” para aferir os limites que pairam sobre suas escolhas, equacionando os interesses da opinião pública, do Poder Executivo e do Poder Legislativo* (2018a, p. 710). Na figura 3, esses limites estão representados pelos pontos L1, L2 e L3, formando o triângulo interno, que retrata a reduzida amplitude decisória do STF quando incorporados todos os constrangimentos (em comparação com a amplitude decisória sem constrangimentos, simbolizada pelo triângulo externo).

Assim, para proferir uma decisão impopular aos olhos da opinião pública – uma decisão que se encontre na “zona de conflito com a opinião pública” (Z1) – o Supremo precisa verificar se terá apoio suficiente das instâncias majoritárias. Da mesma forma, se intenta se contrapor a um dos outros poderes ou a ambos – pronunciando-se na “zona de conflito com o Executivo” (Z2) ou na “zona de conflito com o Legislativo” (Z3) –, necessita buscar apoio popular ou do outro poder representativo (caso Executivo e Legislativo também conflitem entre si) (op. cit.).

No quadro apresentado, *uma decisão que não conte com o apoio de nenhuma dessas entidades* (uma decisão que se enquadre, simultaneamente, na Z1, Z2 e Z3) *consome capital político e desgasta a imagem do tribunal*. Conforme aduz Mello:

Os confrontos são possíveis e as decisões impopulares são sustentáveis pontualmente, mas não de forma contínua e sistemática, sem um grande desgaste político ou sem importantes ameaças institucionais. Uma corte sob forte pressão dos demais Poderes só atuará a contento se movida por *muito* apoio popular. Esse cálculo político é parte do processo de autopreservação das instituições (2018a, p. 713-714).

Porquanto haja um grande ônus em sustentá-las, cogita-se que o tribunal evite proferir decisões desamparadas, ao mesmo tempo, pela opinião pública e pelas instâncias majoritárias. Contudo, caso esteja inclinado a proferir uma decisão desse tipo – o que não ocorre com frequência –, é muito provável que acrescente no “cálculo” um sopesamento entre os benefícios que tal decisão pode alcançar e os prejuízos que fatalmente trará à instituição e à posição que ela ocupa no cenário político (MELLO, 2017, p. 416-417).

5.4.4 STF, mídia e opinião pública: uma relação comunicativa

Um dos pontos abordados na subseção anterior foi o desempenho da opinião pública como elemento propiciador de constrangimento externo ao Supremo Tribunal Federal. A presente subseção (com suas subdivisões) também envolve *o Supremo e a sociedade* (e a opinião pública ou as várias opiniões públicas que nela existem), mas agora sob a perspectiva da relação comunicativa que há entre eles. *E, nessa relação, é de extrema importância o papel intermediário quase sempre desempenhado por uma terceira figura: a mídia.*

5.4.4.1 Vínculo comunicativo bidirecional e mediado

Com efeito, há um vínculo comunicativo que une o STF à sociedade, uma “via de mão dupla”, na medida em que ambos emitem mensagens um para o outro e criam, assim, um ambiente de estímulos e reações recíprocas. Tal vínculo não é estático; traduz-se como um processo contínuo, interativo e dinâmico, “de múltiplas ações, reações, sequenciais ou concomitantes” (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 432, 434).

Desde 1996, já se tem notícia da relação comunicativa numa primeira direção – *da comunicação que se origina no tribunal e é dirigida à sociedade*. Num artigo elaborado a partir de questionamentos sobre os destinatários das decisões judiciais, Paulo José Leite Farias chegou à seguinte conclusão: “[...] os atos da Corte são atos retóricos de comunicação política, na medida em que buscam convencer um público” (1996, p. 178). Para o autor, as

decisões do STF visam ao convencimento de seu público-alvo, buscando a facilidade de compreensão e valendo-se da retórica para demonstrar a qualidade dos resultados obtidos. Esse público-alvo seria justamente a sociedade (op. cit., p. 178, 183-186).

A segunda direção – *da sociedade*, ou melhor, *da opinião pública (ou opiniões públicas) como emissora de mensagens que são capazes de influenciar nas decisões do Supremo* – é objeto de estudos mais recentes. Está relacionada à perspectiva do modelo comportamental estratégico, e mais especificamente, à ideia de “cálculo político” explicada no tópico anterior. Assim, ao passo em que contrariar a opinião pública pode afetar a legitimidade e a autoridade da instituição, o STF, quando decide, acaba sendo permeado por seus interesses (MELLO, 2017, p. 416; POST; SIEGEL, 2007, p. 374).

De todo modo, *no centro desse constante processo comunicativo está a mídia, a imprensa*. No tocante à primeira direção, é fato que a grande maioria dos casos socialmente relevantes apreciados pelo STF e seus respectivos desfechos apenas alcançam o conhecimento dos cidadãos por intermédio da imprensa, qualquer que seja o veículo – jornais e revistas impressos ou disponibilizados na internet, rádio, televisão ou redes sociais (MELLO, 2017, p. 418; BAUM, 2008, p. 135-136).

Atualmente, o Supremo goza de ampla cobertura por parte dos meios de comunicação. Se, por um lado, o protagonismo político do tribunal atraiu a curiosidade pública, por outro, o próprio STF trabalhou para estimular a profusão de suas decisões, num movimento que teve como peça-chave a criação da “TV Justiça”, além de outros canais institucionais de ligação com o público (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 438-439; MELLO, 2018b, p. 15).

Ademais, o recurso à imprensa é constantemente utilizado como ferramenta na ação individual de alguns ministros, quando desejam manifestar à sociedade suas posições e preferências sobre temas que consideram importantes. Muitas vezes, a ferramenta é manejada estrategicamente, com a finalidade precípua de modelar comportamentos³⁴¹ (FALCÃO; OLIVEIRA, op. cit., p. 436; ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 129, 134).

Ocorre que essa participação da mídia nas comunicações entre o STF e a opinião pública não se dá de forma neutra. Na verdade, qualquer que seja o processo comunicativo em questão, a intervenção midiática traz consigo impactos praticamente inevitáveis, que alteram a transmissão de informações. É disso que se tratará no próximo item.

³⁴¹ Trata-se de uma das manifestações do personalismo no tribunal. Além de marcar presença ao longo de toda a dissertação – os discursos públicos dos ministros foram importantes fontes de dados para a pesquisa empírica – o tema foi propriamente alocado no eixo II, itens 5.3.1 e 5.3.2.3.3.

5.4.4.2 Considerações gerais sobre a participação midiática na transmissão de informações

Em geral, a mediação realizada pela mídia é problematizada pelo caráter seletivo, estereotipado e até mesmo distorcido que pode assumir o processo de transmissão de informações (MELLO, 2017, p. 418-419).

Tais preocupações são tratadas na clássica obra “Opinião Pública”, de Walter Lippman. Após estabelecer as premissas de que “a verdade sobre questões distantes e complexas não é auto-evidente” e “a maquinaria para reunir informação é técnica e cara”, o autor afirma que as notícias a serem veiculadas são escolhidas e tratadas de forma com que possam atrair o interesse do público, fidelizar um grupo de leitores e, conseqüentemente, angariar recursos provenientes de anunciantes (2008, p. 275-279, 285). Noutros termos, há uma seleção de acontecimentos com potencial para atrair – e manter – um maior número de leitores (MELLO, 2017, p. 418).

No tocante à forma de apresentação dos fatos selecionados, as distorções são inafastáveis; as notícias não compõem um relato “em primeira mão do material bruto”, mas sim um “relato estilizado” (LIPPMAN, 2008, p. 296). Isso porque, além do subjetivismo inerente a qualquer espécie de relato – e as informações divulgadas pela imprensa são, é claro, frutos de relatos dos repórteres –, tais informações devem se enquadrar na linha editorial (sobretudo ideológica) de determinado veículo, e frequentemente são produzidas com base noutros registros ou a partir de um processo de filtragem anterior, que é realizado por assessorias de imprensa (MELLO, 2017, p. 418, LIPPMAN, 2008, p. 492-493).

Mas não só. Nos termos bem colocados por Mello, a mídia, com o intuito de conquistar e vincular os leitores, não os trata “apenas como cidadãos em busca de informações neutras”, mas sim “como consumidores em busca de entretenimento” (MELLO, op. cit.). As notícias tornam-se espécies de produtos; precisam de uma roupagem atrativa e, para tanto, aqueles que as transmitem recorrem à carga emocional e ao uso de estereótipos – eventuais figuras envolvidas são “[...] heróis destemidos, anti-heróis torpes, políticos corruptos, cidadãos simples idôneos, minorias humildes e oprimidas.” (op. cit.). E, como produtos, necessitam de rápida circulação para satisfazer os anseios neofílicos do público, o que desestimula os jornalistas a examinarem os acontecimentos com profundidade para melhor compreendê-los ou para atestar a sua veracidade (op. cit.; WOLF, 2003, p. 199).

Toda essa problematização intensifica-se ainda mais quando contextualizada na “arena comunicativa”³⁴² constituída pela existência de múltiplos veículos de comunicação concorrentes. Em meio às disputas por espaço, notícias tidas como altamente relevantes ao público acabam sendo reiteradas inúmeras vezes por canais diferentes (ainda que com ênfases e entonações peculiares), gerando na população um sentimento de certeza, de confiança em relação aos fatos narrados. Destarte, há uma propagação do conteúdo afetivo, da defesa de alguns valores e dos estereótipos (MELLO, 2017, p. 419; LIPPMAN, 2009, p. 300-301).

5.4.4.3 Mediação midiática nas comunicações entre o STF e a opinião pública

Voltando aos fluxos comunicacionais que se estabelecem entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade, a grande questão é que a mídia não pode ser vista simplesmente como um agente de divulgação (ainda que enviesada) da atividade do tribunal para a população (*pensando na primeira direção do fluxo comunicativo*).

Na verdade, a mídia – e, sobretudo os veículos que gozam de maior credibilidade e poder de circulação no país³⁴³ – atua como um grupo organizado, eficiente e inteirado nos debates públicos. Assim, considerando a inviabilidade de formação de verdadeiros consensos na sociedade, e considerando também a dificuldade e (até o desinteresse) que os cidadãos têm em acessar as fontes primárias de informação, *a mídia*, ao passo em que veicula determinadas opiniões difusa e repetidamente, *contribui com expressividade para a formação da opinião pública sobre a saúde, a legitimidade e a confiabilidade de qualquer instituição democrática* (ANDRADE, 1964, p. 121; MELLO, 2017, p. 419; BAUM, 2008, p. 135-136; GREENHOUSE, 1996. p. 1538).

Trata-se aqui tanto daquela opinião pública em sentido amplo, atinente às ideias partilhadas por uma maioria de pessoas indistintas na sociedade, quanto das opiniões públicas de grupos notáveis (por exemplo, a comunidade jurídica). Bem afirma Lawrence Baum que “a mídia atua como um intermediário entre juízes e **outras audiências** que lhe são importantes” (2008, p. 135, grifo nosso)³⁴⁴.

E, de modo mais específico, da opinião pública (ou das opiniões públicas) sobre o Supremo e também sobre seus membros, já que, além de evidentemente se tratar de uma

³⁴² A expressão é utilizada por Falcão e Oliveira (2012, p. 432).

³⁴³ Dados do Instituto Verificador de Comunicação (IVC) apontam que, no ano de 2019, os jornais que tiveram maior circulação no país foram a “Folha de São Paulo”, “O Globo” e “O Estado de São Paulo”, variando a ordem conforme o quesito apresentado (FOLHA..., 2020).

³⁴⁴ Texto original: “*First, the media act as intermediaries between judges and other audiences they care about.*”

instituição democrática, o tribunal examina questões de extrema relevância político-social, as quais atraem a atenção da mídia e o interesse de seus consumidores, bem como suscitam a formação de preconceitos e estereótipos (MELLO, op. cit).

Agora, a lógica consumerista que rege a propagação de notícias e enseja a preocupação com a atratividade dos leitores faz com que a opinião pública – outra vez, seja a opinião pública generalizada, seja as opiniões de coletividades poderosas – influencie a mídia na seleção do conteúdo e na construção da forma do que será divulgado (LIPPMAN, 2008, p. 281). Parece existir, portanto, reciprocidade na relação: *se a mídia determina o contínuo processo de formação da opinião pública (ou das opiniões públicas), esta, por sua vez, modula o comportamento da mídia.*

A mútua relação auxilia na compreensão do papel da imprensa na *segunda direção do fluxo comunicativo*. É que a opinião pública é um fator relevante nas ponderações decisórias do STF, que, de modo semelhante ao que ocorre com os cidadãos, vale-se da mediação feita pela mídia para melhor conhecê-la. Os ministros são também membros da sociedade; leem jornais e revistas, assistem à televisão, ouvem as rádios e participam de discussões em redes sociais (MELLO, 2017, p. 419).

A cobertura feita pela imprensa, a seu turno, é bem ampla; transita entre as fronteiras (se é que existem fronteiras) do político e do social. E sofre influência da opinião pública. *As notícias são, assim, em grande parte, reveladoras da percepção e do sentimento social ou coletivo acerca de determinados temas.* Em algumas situações, chegam a retratar esse sentimento de forma bastante explícita, quando divulgam manifestações sociais³⁴⁵ e resultados de pesquisas de opinião³⁴⁶, por exemplo, a respeito do desempenho geral do STF ou mesmo de casos específicos sob sua jurisdição.

Mas, ainda que a mídia seja em parte norteadada pela opinião pública, esse fluxo de informações que deságua no Supremo, quando intermediado, sujeita-se também à seletividade, às distorções e às estereotípias.

Independentemente disso, *é difícil discernir a influência que advém da mídia da influência que a opinião pública (ou as várias opiniões públicas) exerce sobre a corte; ambas estão entrelaçadas, pois constituídas e reformuladas de maneira recíproca.* De

³⁴⁵ Um grande exemplo é a onda de manifestações em protesto ao STF e aos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que ocorreu em várias cidades brasileiras poucos dias após o julgamento das ADCs n.º 43, 44 e 54, a qual foi destaque em diversos meios de comunicação, dentre eles nos jornais “Folha de São Paulo” (MORAES, 2019), “Estadão” (ATOS..., 2019) e “O Globo” (MANIFESTAÇÕES..., 2019).

³⁴⁶ Bastante ilustrativa nesse sentido a pesquisa “Avaliação do STF”, realizada pelo instituto “Datafolha” (vinculado à “Folha de São Paulo”) em dezembro de 2019. A amostra revelou os seguintes percentuais: 39% de brasileiros adultos que avaliaram como ruim ou péssimo o trabalho dos Ministros do STF, 19% que avaliaram como ótimo ou bom, 38% que avaliaram como regular e 4% que não opinaram (DATAFOLHA, 2020).

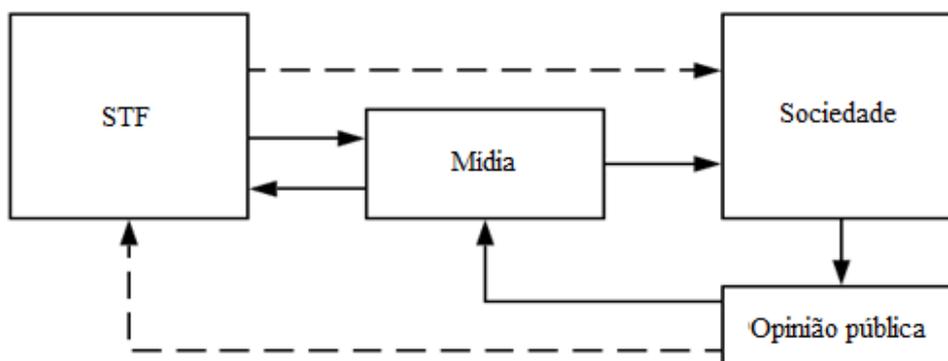
acordo com Baum, essa sobreposição incrementa a preocupação que os juízes (no caso, os ministros) têm acerca das imagens retratadas pela imprensa sobre eles próprios ou sobre o tribunal (2008, p. 139). Para o autor, tal preocupação pode permear, consciente ou inconscientemente, o processo decisório, levando o julgador a evitar posições que possam ser objeto de críticas pela mídia ou até recuar de posições que já foram efetivamente criticadas (op. cit., p. 138).

Na mesma linha, diversos estudiosos brasileiros apontam que os ministros são influenciados pela ampla visibilidade que têm nos meios de comunicação. Uma primeira ordem de evidências diz respeito às sessões plenárias de julgamento, que, com a criação da “TV Justiça”, começaram a ser televisionadas ao vivo e de forma gratuita. O fato repercutiu no comportamento dos ministros: além de adotarem linguagem simplificada e explicações mais compreensíveis, e do alongamento do tamanho, os votos passaram a indicar possíveis tentativas de comunicação dos julgadores com a sociedade ou com os seus grupos de identificação (MELLO, 2018b, p. 16; FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 439-440). E, embora seja a “TV Justiça” um canal de comunicação institucional, administrado pelo próprio tribunal, a transmissão integral dos julgamentos é aproveitada pela imprensa em geral.

Uma segunda ordem remete aos discursos fora dos autos; às entrevistas que alguns dos ministros concedem – e com bastante frequência – aos veículos de comunicação. Nesse sentido, já foi dito (em especial, nos itens 5.4.4.1 e 5.3.1) que a imprensa pode servir como um recurso para atitudes estratégicas, a partir da sinalização de posições e preferências e, até mesmo, da divulgação de críticas acerca da conduta de outros ministros (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 438-439; ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 129, 134). E também já foi feito o destaque, na subseção 5.3.2.2, para alguns membros do STF que se relacionam intensamente com os meios de comunicação, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes.

Pois bem, com o propósito de ilustrar a relação comunicativa que se desenvolve entre o Supremo, a mídia e a sociedade, elaborou-se a *figura 4*.

Figura 4 – Comunicação entre STF, mídia e sociedade



Fonte: elaborado pela autora, a partir das referências bibliográficas desta subseção.

Em síntese, estão representados nela os múltiplos fluxos de comunicação que se desenvolvem entre esses três atores, em duas direções opostas: (I) origem no STF e destino na sociedade e (II) origem na sociedade e destino no STF. A participação da sociedade no processo comunicativo se concretiza por meio da formação da opinião pública, um conjunto de ideias em constante processo de formação, atinente à sociedade ou a determinadas coletividades.

Ambas as direções da comunicação são, na grande maioria das vezes, intermedidas pela mídia, que imprime às mensagens transmitidas o seu toque particular. A alta frequência justifica a representação dessas passagens por setas contínuas. Porém, isso não significa a exclusão da possibilidade de comunicação direta entre STF e sociedade, em ambas as direções. Mas, conforme foi explicado, na medida em que a imprensa facilita a veiculação de informações, este fenômeno é muito mais raro, motivo pelo qual está representado por setas tracejadas.

5.4.5 Execução provisória da pena: uma única questão de direito, diversos contextos e múltiplos interesses envolvidos

O princípio da presunção de inocência e o artigo 283 do Código de Processo Penal subsistem, praticamente sem alterações redacionais³⁴⁷, desde as suas origens. Evidentemente,

³⁴⁷ Ressalta-se que a Lei n.º 13.964/20, apesar de ter alterado o art. 283, do CPP, não lhe imprimiu nenhuma mudança substancial. Nesse sentido, consultar a subseção 3.2, do cap. 3.

qualquer tentativa de decifrar o caso da execução provisória da pena deve ultrapassar o plano da dogmática jurídica. E deve ir além da observação centrada apenas nos próprios ministros, suas preferências e seus amplos poderes, alocados na atuação individual ou utilizados para a formação de coalizões internas. Ciente dos fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e da politização da justiça (na acepção da incorporação de critérios políticos de decisão), precisa considerar que *existem constrangimentos externos ao Supremo com capacidade de modelar as suas decisões, ligados às expectativas e possíveis reações de outros atores políticos cujo apoio é indispensável à autoridade e legitimidade do tribunal.*

O STF não está inserido numa “bolha”³⁴⁸; compreende-se dentro de um panorama do qual também fazem parte o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a opinião pública e a mídia. Assim, em casos de grande repercussão sociopolítica, o tribunal apresenta uma tendência a engendrar ponderações de ordem pragmática, baseadas no contexto e nas prováveis consequências de um determinado resultado jurídico.

O caso da execução provisória – um caso eminentemente dotado de repercussão sociopolítica – é bastante ilustrativo nesse sentido. Por conseguinte, os próximos tópicos são dedicados ao exame das decisões paradigmáticas inseridas em contextos diferentes, dotados de alguma peculiaridade e relevância para a compreensão das possíveis motivações decisórias da corte: (I) o HC n.º 68.726/DF, que fixou o posicionamento inicial; (II) o HC n.º 84.078/MG, o HC n.º 126.292/SP e as ADCs n.º 43, 44 e 54, que representam as viradas jurisprudenciais; e (III) o HC n.º 152.7752/PR, o “caso Lula”. Tal exame procura dar destaque à propensão ao ativismo, ao agir estratégico e às eventuais pressões externas que refletiram nos processos decisórios. Na verdade, o único julgamento paradigmático que não ganha um espaço próprio é o das medidas cautelares nas ADCs n.º 43 e 44, porquanto se repute que esteve inserido no mesmo contexto do HC n.º 126/292/SP.

Esses tópicos com frequência remetem o leitor ao capítulo 3 do presente trabalho, que, ao tratar da evolução jurisprudencial do tema em perspectiva predominantemente expositiva (e não propriamente crítica, como se reputa ser a discussão que segue), abordou os julgados referidos – além de outros – com detalhes sobre as argumentações.

³⁴⁸ Expressão utilizada por Greenhouse (no original, “bubble”), para se referir às influências que a “cultura política” exerceria na Suprema Corte norte-americana (1996, p. 1338).

5.4.5.1 *Habeas Corpus* n.º 68.726/DF e o período de transição democrática

Em 1991, ano do julgamento do HC n.º 68.726/DF, a Constituição de 1988 era ainda uma realidade muito nova; o paradigma democrático não se afirmara com força suficiente para sobrepular a lógica do período militar. Isso refletiu no comportamento do Supremo, que, embora dotado de amplos poderes pela Carta, interpretava-os de modo restritivo ou optava por não os exercer, postergando a análise da validade de normas do regime antigo e a afirmação de novos direitos (MELLO, 2018b, p. 6, 8).

As razões para essa fase de autocontenção judicial são múltiplas – a doutrina aponta a permanência de ministros nomeados durante o governo militar³⁴⁹, a dificuldade de superação do “saber institucional pretérito”, relacionado a uma concepção mais formalista das funções dos ministros, a deferência às instâncias políticas como forma de evitar conflitos prejudiciais à recém-formada democracia e à estabilidade da corte e o receio quanto à “banalização do controle concentrado de constitucionalidade”, com explosão do número de processos (op. cit., p. 8-9).

Considerando o contexto e o seu produto – *um STF limitador das próprias competências* – fica fácil compreender por que o Plenário do tribunal, mesmo diante da inclusão no texto constitucional do princípio da presunção de inocência, *manteve-se firme à sua jurisprudência anterior pela possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado como decorrência de uma decisão judicial condenatória* – no caso do *habeas corpus* em questão, o acórdão de segunda instância (BRASIL, 1992)^{350 351} – justificando-a a partir de normas infraconstitucionais (algumas até anteriores à nova Carta). Fê-lo, inclusive, por unanimidade de ministros presentes, deixando de registro um julgado lacônico³⁵², cujo único voto escrito – um voto de três páginas – é o do então Ministro Néri da Silveira, ora relator. E somente veio a alterá-la com base no fundamento constitucional quase 20 anos depois.

³⁴⁹ Fator trabalhado na subseção 5.3.2.1.

³⁵⁰ Ainda que, nesse importante precedente o Plenário tenha afirmado a natureza processual da prisão em segunda instância, conforme explicado no capítulo 3, item 3.3.1.

³⁵¹ Na verdade, para além do precedente do Plenário, houve no período decisões da Segunda Turma que continuaram a admitir a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, quando a apelação não fosse dotada de efeito suspensivo, e a exigir o recolhimento ao cárcere como condição obrigatória para o exercício do direito de recorrer. Tais decisões também foram fundamentadas em dispositivos anteriores à Constituição. Nesse sentido, consultar o capítulo 3, item 3.3.1.

³⁵² É verdade que, à época, as decisões do STF continham fundamentações bem mais sucintas, mas o *habeas corpus* em comento, apesar da importância, é relativamente menor que seus contemporâneos.

5.4.5.2 *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG e o movimento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais

O cenário era completamente outro no ano de 2009, que remete a um avançado estágio do processo de expansão do STF. A democracia havia se estabilizado, com consolidação da independência e das garantias da magistratura. Ademais, mostravam-se favoráveis a tal expansão tanto o Poder Legislativo, que oferecia condições no plano normativo, quanto a sociedade, que depositava no tribunal certa confiança para o atendimento de demandas sociais e políticas que não eram supridas a contento pelas instâncias majoritárias (MELLO, 2018b, p. 14-16).

Para a sociedade, o tribunal havia se tornado muito visível a partir da criação da “TV Justiça”³⁵³, que também instigava os ministros a pensarem na própria imagem, a usarem linguagem mais acessível e a buscarem corresponder, em certa medida, aos anseios da opinião pública (geral ou atinente a grupos de identificação) e da mídia. E a assunção de comportamentos voltados ao público não se resumiu ao canal oficial, mas tornou-se uma prática cada vez mais seguida por alguns ministros, que passaram a se pronunciar fora dos autos com frequência. Ademais, a relação comunicativa entre STF e sociedade intensificara-se também pela implantação da agenda temática, permeável à opinião pública na seleção dos temas a serem julgados, e pela criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁵⁴ (op. cit., p. 14-16; FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 437, 445).

O aumento da visibilidade do Supremo trouxe algumas consequências. No plano dogmático, contribuiu para que o formalismo fosse mitigado pelo reconhecimento do papel criativo dos magistrados (MELLO, 2018b, p. 14-16). No plano sociopolítico, gerou o mencionado sentimento de confiança, e também de valorização, por parte dos cidadãos (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 451, 465).

Todos esses fatores permitiram que o STF acumulasse capital político e, somados à renovação quase que total dos ministros³⁵⁵, levaram o tribunal a reinterpretar e ampliar as próprias competências (op. cit., p. 9, 14). O fenômeno da judicialização da política ganhara corpo e, junto com ele, também o ativismo. O notório texto publicado por Oscar Vilhena Viera um ano antes, contendo o diagnóstico da “Supremocracia” – uma corte posicionada no

³⁵³ A criação da “TV Justiça” ocorreu em 11 de agosto de 2002.

³⁵⁴ A criação do CNJ deu-se em 14 de junho de 2005. Para Falcão e Oliveira, ela teria acarretado a ascensão ao STF das demandas por moralidade e eficiência na administração da justiça (2012, p. 446).

³⁵⁵ Remete-se o leitor ao item 5.3.2.1 do eixo II, que tratou das mudanças de composição.

centro do sistema político, intérprete da Constituição e criadora de regras – ilustra muito bem essa situação (2008).

Em especial, o processo de autoexpansão permitiu que a corte (ou, ao menos, parte de seus ministros) enveredasse num movimento de efetivação dos direitos e garantias consagrados na Constituição³⁵⁶ (GARRIDO DA SILVA *et al.*, 2009, p. 1). A ele, somou-se a crescente preocupação com as condições do sistema carcerário brasileiro, visível a partir de uma série de decisões entre os anos de 2009 e 2017 que constituíram verdadeira “agenda” de intervenção do STF na política prisional (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 38).

A mudança do entendimento quanto à prisão após o esgotamento da via em segunda instância (já considerada majoritariamente como espécie de execução antecipada da pena) foi, assim, *fruto de sua época, favorecida pela consciência dos ministros acerca de seu protagonismo ascendente no cenário político, pela propensão ao garantismo em matéria penal e pelo início do compromisso com a redução dos problemas do encarceramento no Brasil*³⁵⁷. E frise-se que nenhum desses ministros havia participado do julgamento de 1991, e que apenas dois deles – Celso de Mello e Marco Aurélio – integravam a corte no dito período.

Contudo, a virada não pode ser tida como uma ruptura abrupta na postura do tribunal. Em compasso com a marcha da ampliação de autoridade do STF e à semelhança do que ocorreu com outros direitos e garantias penais e processuais penais³⁵⁸, houve um longo processo de maturação para se chegar à nova posição, o qual se iniciara lá em meados de 2003 (com a submissão da Reclamação n.º 2391/PR ao Plenário) para então culminar, em 2009, com a decisão de mérito do HC n.º 84.078/MG, uma decisão histórica.

Inclusive, o próprio *habeas corpus* chegou ao Supremo em março de 2004. Seu trâmite durou mais de cinco anos; foi alongado por pedidos de vista e, principalmente, pela demora no início do julgamento em Plenário após a afetação. As movimentações evidenciam uma estratégia, por parte de alguns ministros, de controlar o tempo do julgamento na intenção de influenciar no seu resultado final (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 31). Na referida

³⁵⁶ Alexandre Garrido da Silva *et al.* caracterizam esse movimento perpetrado pelo STF como uma perspectiva de garantismo, mas com características próprias, sobretudo pela conjugação de aspectos ativistas em prol da defesa da efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição (2009, p. 22).

³⁵⁷ Durante o julgamento do HC n.º 84.079/MG, o Ministro Cezar Peluso expressou sua preocupação com a situação carcerária quando respondeu à provocação de Joaquim Barbosa de que o aguardo do trânsito em julgado geraria processos infinitos da seguinte forma: “Ministro, se isso fosse verdade, não estaríamos vivendo uma crise carcerária. Está saindo gente pelas janelas dos cárceres” (BRASIL, 2010, p. 1135).

³⁵⁸ O direito ao silêncio, por exemplo, quando considerado nos aspectos (I) da assistência de advogado ao indivíduo preso; (II) do dever de informação sobre o direito do investigado/acusado de permanecer calado, com sanção de nulidade absoluta; e (III) da impossibilidade de se utilizar o silêncio do investigado/acusado como fundamento para a decretação de prisão cautelar (BOTTINO, 2008, p. 590-596).

perspectiva, a crescente autoexpansão do tribunal, marcada pelo compromisso com os direitos fundamentais, poderia contribuir para o amadurecimento da questão. E entre os anos de 2004 e 2009, houve uma evolução considerável desse contexto.

Assim, cinco anos foi tempo suficiente também para uma possível evolução das posições pessoais dos ministros, seja por iniciativa própria, seja a partir da persuasão por outros ministros já convencidos da necessidade de mudança da jurisprudência. Nesse sentido, Cezar Peluso é constantemente rememorado como uma peça central para a primeira virada; embora não tenha sido o relator do caso³⁵⁹, já havia cogitado a necessidade de aguardo do trânsito em julgado desde 2003, e seus argumentos teriam influído para o convencimento geral da corrente majoritária (RECONDO; WEBER, 2019, p. 485; informação verbal³⁶⁰).

Ademais, considerando que o então Ministro Eros Grau, o relator, acabou por mudar de entendimento entre os votos que proferiu na turma e no Plenário, já sinalizando antes que o faria, essa estratégia provavelmente foi decisiva para o resultado final³⁶¹.

De todo modo, o novo entendimento do Supremo não contou com adesão unânime – foram sete votos contra quatro –, o que já indicava a sensibilidade que pairava sobre o tema, a abertura ao ativismo judicial (no sentido de opção individual pela atuação proativa) e a contraposição entre visões mais ou menos garantistas dentro da corte. Um novo entendimento que, a despeito de seu mérito e das divergências apontadas, inclinou-se para a máxima amplitude do art. 5º, LVII, da Constituição.

Isso ficou muito evidente no voto do Ministro Celso de Mello, cujo trecho é digno de transcrição:

A jurisprudência que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta**, em sua formulação, **a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação** é legitimada pelo dever institucional, **que compete** à Corte Suprema, **de fazer prevalecer** o primado da própria Constituição da República (BRASIL, 2010, p. 1117, grifos do autor).

Nesse sentido, a argumentação articulada pela corrente vencedora apregoava justamente a necessidade de se interpretar literalmente o dispositivo constitucional e considerava inoportunos os argumentos pragmáticos voltados à efetividade e credibilidade do

³⁵⁹ Lembre-se de que vários trabalhos, a exemplo de Oliveira (2012a), apontam a importância do voto do relator para a formação da opinião do colegiado.

³⁶⁰ Veja-se este trecho da entrevista com Gilmar Mendes: “Em 2009, [...] salvo engano tem um protagonismo bastante marcante o Ministro Peluso, e ele então chama atenção para o dispositivo da Constituição, e diz: ‘o que nós estamos fazendo é incompatível com o que está no texto constitucional, temos que exigir que a execução da pena só se dê com o trânsito em julgado’. Então, isto passa a ser algo definitivo para nós.” Mendes (2019c).

³⁶¹ Vide subseção 3.3.2 do capítulo 3.

sistema de justiça penal (invocados pelos ministros vencidos). Inclusive, alguns integrantes do grupo majoritário mencionaram em seus votos que questões dessa ordem deveriam ser resolvidas no plano legislativo. Posteriormente, o então Ministro Peluso chegou a apresentar ao Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional que visava antecipar o trânsito em julgado, conhecida como “PEC dos recursos”³⁶² (BRASIL, 2010; RODRIGUES; ARANTES, 2019, p. 36; RECONDO; WEBER, 2019, p. 485-486).

Frise-se que, à luz de tudo o que foi exposto neste item, o aparente “legalismo” constante nos *discursos* dos ministros vencedores não importa na desvinculação da decisão para com o seu contexto; na verdade, foi todo o contexto (nele compreendida também a mudança de composição da corte), que possibilitou a afirmação do princípio da presunção de inocência em sua acepção mais óbvia, a acepção tida como “literal”.

5.4.5.3 Habeas Corpus n.º 126.292/SP e a ascensão da operação “Lava Jato”

Ao menos no âmbito judicial³⁶³, a tese da inconstitucionalidade da execução provisória da pena manteve-se bem estável até o ano de 2016, quando novas e profundas modificações no contexto sociopolítico contribuíram de forma marcante para que uma maioria dos Ministros do Supremo operasse a segunda virada jurisprudencial.

É claro que, num sentido amplo, dentre essas modificações está compreendida também a nova onda renovatória da composição do STF. Conforme já mencionado, entre 2009 e 2016, seis novos ministros substituíram seus antecessores na corte³⁶⁴.

Porém, merece maior destaque aquele que talvez seja o acontecimento mais notório e emblemático da política brasileira (com todas as suas repercussões no âmbito social) nos últimos tempos: *a operação “Lava Jato”*.

5.4.5.3.1 Considerações sobre a operação “Lava Jato”

A compreensão da operação – com suas origens, desenvolvimento, ideologias e efeitos – é, assim, imprescindível ao estudo da oscilação decisória do STF no tema em comento, de modo que tal relação já foi mencionada em diversos estágios desta dissertação³⁶⁵.

³⁶² Ver item 3.3.2.3, do capítulo 3.

³⁶³ Pois houve discussões no plano legislativo, notadamente, com a tramitação da “PEC dos recursos”.

³⁶⁴ Outra vez, remete-se o leitor ao tópico que tratou das mudanças de composição do STF (5.3.2.1).

³⁶⁵ Em especial, no decorrer do capítulo 3 (a partir do item 3.3.3) e nos itens 5.3.2.1 (mudanças na composição), 5.3.2.2 (preferências pessoais) e 5.3.2.4 (coalizões), todos do eixo II deste capítulo 5.

E, em perspectiva mais abrangente, é necessária à assimilação do momento (ainda) atual do STF: *um tribunal que, embora mantenha o seu protagonismo no cenário político, vê-se sujeito a constantes pressões relacionadas a interesses antagônicos* – de um lado, os Poderes Executivo e Legislativo; de outro, a opinião pública – e, por vezes, oscila – avança, recua, é elogiado e é reprimido –, ao buscar conciliar o inconciliável (MELLO, 2018b, p. 23-26).

Nesse quadro, um bom ponto de partida é reconhecer que a “Lava Jato” se estruturou com sólidas bases na ideologia do combate à corrupção. Com efeito, há um diagnóstico já bastante maduro sobre a corrupção sistêmica que existe no Brasil, embrenhada na máquina estatal e associada ao sentimento de impunidade de seus responsáveis. A situação passou a ser guerreada, sobretudo, no período de redemocratização do país, com o fortalecimento do Ministério Público, da Polícia Federal e do Poder Judiciário, e o crescimento da pressão social por reformas políticas. (CARVALHO, 2012, p. 201-205; RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 42-43).

No seio dessa guerra, destaca-se a batalha travada no “*Mensalão*”, um grande esquema de compra e venda de votos envolvendo altas autoridades do Executivo e do Legislativo durante o primeiro mandato do ex-Presidente Lula. Exposto ao público em 2005, o “Mensalão” foi tema de um longuíssimo julgamento, que se iniciou no Supremo em 2012 (Ação Penal n.º 470) – com 53 sessões plenárias, um acórdão de 8.405 páginas e 25 condenações, nunca houvera algo semelhante na história do tribunal (RODRIGUES; ARANTES, op. cit.; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Então, sobre o solo em que fincada a bandeira anticorrupção, largamente louvada pela sociedade, ergueu-se a “Lava Jato”. Foi a partir de março de 2014 que a operação ganhou visibilidade, quando sua força-tarefa passou a cumprir mandados de busca e apreensão e de prisões cautelares expedidos em função de investigações iniciadas anos antes, as quais apontaram a ocorrência, em larga escala, de crimes financeiros abrangendo recursos públicos. A situação era grave; o esquema de desvio envolvia inclusive a “Petrobras”, maior empresa estatal do país. E, à medida que a operação se desenvolvia, revelava dimensões cada vez maiores do quadro de corrupção sistêmica, atingindo empresas privadas, empresas estatais, altos executivos e figuras políticas ligadas a partidos variados (MELLO, 2018b, p. 16-17; OPERAÇÃO...; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Em princípio, a atividade judicial foi conduzida pela primeira instância da Justiça Federal de Curitiba-PR, motivo pelo qual ganhou notoriedade o ex-Juiz Sergio Moro. Todavia, quando as investigações atingiram autoridades políticas detentoras de foro por prerrogativa de função, a “Lava Jato” tornou-se parte da agenda do Supremo, permanecendo a

competência do primeiro grau apenas para os investigados e réus desprovidos da prerrogativa (RECONDO; MENDES, 2016, p. 35; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

No final do ano de 2015, o Ministro Teori Zavascki, com a chancela informal de seus colegas, acolheu o pedido da Procuradoria Geral da República e decretou a prisão cautelar do então Senador Delcídio do Amaral, líder do governo de Dilma Rousseff. O pronunciamento liminar, nas palavras de Recondo e Weber, inaugurou “um novo momento no equilíbrio de forças em Brasília” (2019, p. 72-74) e foi oficialmente referendado pela Segunda Turma no dia seguinte (op. cit.).

A essa altura, o Supremo se encontrava no âmago da crise política brasileira; *apreciar questões atinentes aos interesses dos Poderes Executivo e Legislativo passou a ser, aos poucos, uma prática costumeira do tribunal, a qual se prolongaria no tempo*. Foram inúmeros inquéritos, ações originárias, recursos e ações de controle concentrado que, de forma direta ou indireta, tinham relação com a “Lava Jato”. Alguns deles de enorme repercussão política e social, como, por exemplo, a ADPF n.º 378, que deu as tonalidades do rito do processo de impeachment da ex-Presidenta Rousseff³⁶⁶ (MELLO, 2018b, p. 17; RODRIGUES; ARANTES, p. 47).

Paralelamente, *a operação “Lava Jato” conquistara a ovação popular*. Aos olhos de muitos, seus protagonistas haviam se tornado heróis. Diversas manifestações eclodiram nas ruas brasileiras; ao mesmo tempo em que os manifestantes protestavam contra a corrupção, consignavam seu apoio à operação, ao então Juiz Sergio Moro e aos demais integrantes da força-tarefa. Frases como “somos todos Moro” e “*in Moro we trust*” (“no Moro nós confiamos”), estampadas em cartazes, adesivos e camisetas, tornaram-se símbolos do clamor público pelo combate à corrupção (NETTO, 2016, p. 383-384).

Ademais, o reconhecimento transcendeu as fronteiras do Brasil. Ao final do ano de 2016, a força-tarefa da “Lava Jato” ganhou o prêmio anual anticorrupção da Transparência Internacional, uma Organização Não Governamental (ONG) voltada à luta contra a corrupção e com atuação em mais de cem países (FORÇA-TAREFA..., 2016).

Por outro lado, aqueles que pareciam contrariar o “espírito da Lava Jato”, impondo-lhe algum tipo de limitação, eram duramente criticados. Foi o que ocorreu com o

³⁶⁶ Outros exemplos merecem destaque: (I) a determinação do duplo afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados e do mandato de parlamentar, (II) a determinação do afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado e (III) de Aécio Neves do mandato de Senador (embora o STF tenha posteriormente recuado desses dois posicionamentos), e (IV) a restrição do foro por prerrogativa de função de parlamentares federais (MELLO, 2018b, p. 17). Esta última decisão foi proferida no julgamento da Ação Penal n.º 937, quando a maioria dos ministros decidiu que a competência originária do STF para processar e julgar Deputados Federais e Senadores aplicar-se-ia apenas para os crimes cometidos durante o exercício do mandato e em razão das funções (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018a).

Ministro Gilmar Mendes, tal como ele próprio notou em várias entrevistas, inclusive na concedida a esta pesquisa (MENDES, 2019c, informação verbal). De fato, o ministro foi alvo de diversos insultos, “memes” e pedidos de impeachment; sua impopularidade ascendente chegou a lhe render o “prêmio” de “o mais odiado de 2019”, numa votação aberta ao público promovida pelo jornal “Gazeta Brasil” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 148; PRÊMIO..., 2020).

A aprovação da sociedade parece ter se mantido relativamente constante ao longo dos anos. Isso é visível a partir de dados divulgados pelo instituto “Datafolha”: em abril de 2019, quando a operação já completava cinco anos, 61% dos entrevistados avaliaram o seu desempenho como ótimo ou bom e 18% como regular (DATAFOLHA, 2019a, p. 3).

A mídia, a seu turno, exercia papel de destaque no cenário sociopolítico, peça-chave para viabilizar as estratégias de comunicação que desaguaram na enorme visibilidade da operação. Alimentados pela força-tarefa, os grandes veículos de imprensa transmitiam informações seletivas à sociedade, auxiliando na formação de uma imagem positiva das atividades. A grande crítica que se fez, sobretudo, nos meios jurídicos, residiu justamente nessa seletividade: em meio à “batalha de comunicação” existente na “Lava Jato”, nem todos teriam vozes (MENDES, 2016, p. 423; PRASS; NETO, 2017, p. 4-5).

A respeito das estratégias de diálogo, Marco Aurélio Prass e Antonio Fausto Neto buscaram explicitar o uso da lógica midiática pela operação a partir dos discursos e atitudes do então Juiz Sergio Moro, apresentando como evidências (I) a costumeira argumentação em prol da necessidade de ampla publicidade às investigações e processos, (II) as frequentes menções à “opinião pública” e os pedidos expressos de apoio direcionados à imprensa e à população, na tentativa de travar boas relações para com esses atores sociais³⁶⁷ e (III) a divulgação à imprensa de informações a princípio sigilosas, como forma de exposição das ações da força-tarefa (2017, p. 5-10, 13).

A repercussão do fenômeno comunicacional da “Lava Jato” é de fácil verificação. As notícias sobre os avanços da operação eram destaques obrigatórios nos principais veículos midiáticos e recorrentemente traziam ínsitas em seu conteúdo valorações positivas dela e de Sergio Moro (MENDES, 2016, p. 423).

A parcialidade de alguns desses veículos chegou a ser escancarada em certas ocasiões. Ilustrando, a revista “Veja” publicou, principalmente nos anos de 2015 e 2016,

³⁶⁷ A título de exemplo, durante um evento celebrado nos EUA, em 15 de julho de 2016, Moro proferiu as seguintes palavras: “É importante que a opinião pública exija mudanças nas instituições brasileiras. O que nos dá esperança nesse caso é o apoio da opinião pública. Mais de 3 milhões de pessoas foram às ruas em protesto neste ano contra muitos temas, mas a luta comum era contra a corrupção” (MORO apud NINIO, 2016).

várias edições que traziam já em suas capas elogios à operação. Uma delas, intitulada “Ele salvou o ano!” atribuía a Moro o rótulo de “juiz que deu ao Brasil a primeira esperança real de vencer a corrupção” (CARTA..., 2019). E publicou também críticas veementes a seus opositores, com destaque para uma capa de 2017, que tachava Gilmar Mendes de “O juiz que discorda do Brasil” (BORGES; BRONZATTO, 2017). A revista “Época”, por sua vez, estampou a frase “Os homens que estão mudando o Brasil” acima das imagens de Moro e de procuradores membros da força-tarefa (ESCOSTEGUY, 2015). E atribuiu a Mendes a responsabilidade por vários “estrágos causados” à “Lava Jato” (BERGAMASCO, 2017). Mas talvez o episódio mais ostensivo tenha sido a eleição pelo jornal “O Globo”, ao final de 2015, de Sergio Moro como a personalidade do ano (NETTO, 2016, p. 387).

Ademais, jornalistas de renome condecoravam a operação em seus artigos e colunas³⁶⁸. Chegaram até a escrever livros, obras que tratam a “Lava Jato” como verdadeira epopeia, e Moro, o personagem principal, como “um ser humano incrível e que já entrou para a nossa história”, o “homem que começou a mudar o Brasil” (HASSELMANN, 2016 p. 224, 24), auxiliado em sua jornada por integrantes do Ministério Público Federal³⁶⁹.

É certo que críticas censuradoras da operação, em maior ou menor medida, sempre existiram; e provieram tanto da mídia³⁷⁰ quanto de determinados setores da sociedade. No segundo caso, destaca-se a comunidade de juristas – embora fosse uma coletividade dividida, célebres acadêmicos e operadores do direito, inclusive Ministros do STF, proferiram discursos apontando as ilegalidades e os desvios na condução da operação³⁷¹.

Entretanto, as reprovações eram abafadas pelas estratégias comunicativas da operação e pela própria imprensa, que, segundo Gilmar Mendes, havia incorporado o “espírito da Lava Jato”, atendendo aos reclames dos agentes da força-tarefa, e condenava qualquer reflexão negativa (MENDES, 2019c, informação verbal). Assim, num processo constante e repetitivo, a mídia contribuiu definitivamente para a formação da opinião pública pró-operação, angariando forças para ela e legitimando-a perante a sociedade (ou, ao menos,

³⁶⁸ Como exemplos, ver Ventura (2015) e Gabeira (2016).

³⁶⁹ A título de exemplo, os livros “Lava Jato: O juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil” (NETTO, 2016) e “Sérgio Moro: a história do homem por trás da operação que mudou o Brasil” (HASSELMANN, 2016). Na primeira obra, o prefácio escrito por Fernando Gabeira bem ilustra o fenômeno narrado, com destaque para o seguinte trecho: “E para conhecer o protagonista desta história, o juiz Sergio Moro, a melhor maneira é analisar seu trabalho: o grande conhecimento técnico, as perguntas meticulosas, as sentenças fundamentadas e a coragem de enfrentar a pressão dos advogados mais bem pagos do país.” (2016, p. 10).

³⁷⁰ Digna de menção à obra “A outra história da Lava-Jato”, do jornalista Paulo Moreira Leite (2016).

³⁷¹ Bastante ilustrativas nesse sentido as opiniões publicadas por Cezar Roberto Bitencourt (2014), Lenio Luiz Streck (apud VEJA..., 2015) e Antônio Carlos de Almeida Castro (2018) e o depoimento de Aury Lopes Jr. na Câmara dos Deputados (2017). E também as várias declarações concedidas em entrevistas pelos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, já expostas na subseção 5.3.2.4.1, do eixo II.

perante coletividades expressivas) (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 44). Nas palavras de Mendes:

Mas ela [a mídia] ajuda a formar essa opinião pública [...]. Ela muitas vezes, nesses casos, a mídia, ela até atende a reclames de grupos, às vezes pequenos, até minoritários. Por exemplo como esses agentes da própria “Lava Jato”. **Mas é de tanto repetir isto e de tanto coonestar isto, ela gera na população esse sentimento de equalização, todos passam a estarem imanados por esses ideais,** “ah os errados são os que soltam, bons são os que prendem”, não é, sem uma análise crítica do que que é prender e soltar (MENDES, 2019c, informação verbal, grifo nosso).

Afinada à aludida constatação está a visão do advogado criminalista Antônio Carlos de Almeida Castro. Num artigo de sua autoria, ele apontou que os defensores da operação se empenhavam para “calar qualquer crítica”, tachando as pessoas que “ousassem apontar excessos” de “contrárias ao combate à corrupção” (2018).

Esse cenário sociopolítico insuflado pela ideologia do combate à corrupção aumentou a vulnerabilidade do Supremo Tribunal Federal em face das pressões externas e acentuou a sua fragmentação interna (MELLO, 2018b, p. 17). Era necessário recorrer, com frequência, ao “cálculo político”, ponderando os interesses dos poderes representativos e os interesses da opinião pública, que, tratando-se da “Lava Jato”, normalmente conflitavam. Mas não só; internamente, os interesses dos próprios ministros também entravam em choque e, de forma paulatina, ao passo que a operação avançava, formaram-se blocos de votação cada vez mais acirrados³⁷² (RECONDO; WEBER, 2019, p. 79-80).

5.4.5.3.2 O *habeas corpus* contextualizado

A despeito desse diagnóstico feito sobre o STF – de suscetibilidade ao entorno e fragmentação interna –, em 2016, certa unidade institucional ainda era mantida pela liderança do Ministro Teori Zavascki, relator da “Lava Jato” (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 28). E, após dois anos de atividades, Zavascki já conhecia a amplitude da operação e os instrumentos por ela utilizados, participara de diversos atos e contribuía para definir o seu desenho. Sabia, por exemplo, da importância dos acordos de colaboração premiada³⁷³ como

³⁷² Recomenda-se a leitura do tópico 5.3.2.4, do eixo II, que tratou da formação das coalizões.

³⁷³ Muito se falou sobre a essencialidade dos acordos de colaboração premiada para a operação “Lava Jato”, os quais propiciaram a obtenção de inúmeras provas e o desenvolvimento de novas linhas investigativas. J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão, por exemplo, afirmam que os acordos celebrados nos primórdios da investigação foram as suas “pedras basilares” (2017, p. 134, 154). E o próprio MPF, em website dedicado à operação, enaltece a sua importância (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

meios de obtenção de provas e, inclusive, já havia homologado vários deles (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 47). E sabia também da repercussão positiva que a prisão dos responsáveis pelos esquemas de corrupção tinha perante a mídia e a sociedade.

Ciente de toda a conjuntura, a leitura que se faz é a seguinte: *a readmissão da execução provisória da pena foi uma estratégia encontrada por alguns dos ministros para fortalecer uma “Lava Jato” que experimentava seu auge, atendendo aos anseios populares e às propagações midiáticas* pelo rigor no combate à corrupção, pela superação do paradigma da impunidade e pela redução das tramitações excessivamente prolongadas, *bem como favorecendo a obtenção de provas pelas autoridades investigadoras* – pois a ameaça mais próxima de prisão seria um claro incentivo à celebração dos acordos de colaboração premiada (MELLO, 2018b, p. 18; RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 23; STRECK, 2018, p. 380; RECONDO; WEBER, 2019, p. 485).

Vários elementos corroboram a afirmação, a iniciar pela *natureza e características do processo que serviu de palco para essa segunda virada jurisprudencial*. Conforme dito no capítulo 3, trata-se de um *habeas corpus* (um processo subjetivo, portanto) que nada tinha relação com a criminalidade de colarinho branco; o beneficiário era uma pessoa pobre, acusada da prática de um crime de roubo qualificado. E havia respondido ao processo em liberdade, até que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao confirmar a condenação, decretou a sua prisão de ofício, sem que houvesse pedido do Ministério Público e sem justificar a necessidade de custódia cautelar³⁷⁴ (BRASIL, 2016a; STRECK, 2018, p. 371-372; RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 31).

Em síntese, o caso chegou ao Supremo e às mãos de Teori Zavascki, que, no mês de fevereiro de 2015, deferiu a liminar para colocar o réu em liberdade, inclusive mencionando que “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar” (2015a). Após, a Procuradoria Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem. Entretanto, no ano seguinte, o processo foi a julgamento pelo Plenário do STF que, curiosamente, denegou a ordem e decidiu pela prisão do réu, com fundamento no acórdão condenatório de segundo grau (op. cit.).

Isso significou a revisão da jurisprudência que se formara a partir de 2009. Uma revisão capitaneada pelo próprio Ministro Zavascki, que voltou atrás em relação à liminar antes concedida. *Uma revisão capitaneada pelo próprio relator da “Lava Jato”*.

³⁷⁴ Streck destaca a questão da ilegalidade do encarceramento em questão, já que o caso subiu ao TJ/SP em recurso exclusivo da defesa e não houve qualquer alteração contextual que justificasse um decreto de prisão preventiva de ofício de um réu que respondia ao processo em liberdade (2018, p. 372).

Ademais, considerando apenas o processo em si, percebe-se que não havia urgência no provimento de mérito, pois o réu estava em liberdade por força da liminar. E, uma vez ignorado o seu contexto, ele provavelmente nem teria sido submetido à apreciação do Pleno. Assim, a celeridade na tramitação deste HC (passou-se pouco mais de um ano entre a data da distribuição e a data da decisão final de mérito), sobretudo quando comparada ao tempo do HC n.º 84.078/MG de 2009 (quase seis anos)³⁷⁵, e a atribuição ao órgão máximo do STF são também evidências de um julgamento planejado, intencionalmente concebido para revitalizar o instituto da execução antecipada da pena, o qual poderia ser útil à “Lava Jato”.

Outro elemento que põe luz sobre a conduta estratégica do tribunal é a *ausência de provocação para a reabertura do debate sobre a prisão em segunda instância*. A partir de pesquisa jurisprudencial, Rodrigues e Arantes verificaram que, entre os *habeas corpus* de 2009 e de 2016, não houve qualquer decisão do Supremo em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em ações de controle concentrado envolvendo o tema (2020, p. 28). Esse resultado levou à afirmação bastante pertinente de que “o STF redefiniu significados constitucionais a partir de expedientes no mínimo improvisados” (op. cit.).

Mas nem é preciso ir longe para ter contato com indícios desse tipo; a utilização estratégica do instituto pode ser constatada nos próprios votos dos ministros vencedores, em função da ênfase numa *argumentação pragmática* construída em torno da necessidade de zelar pela credibilidade e efetividade do sistema processual penal, combatendo-se a seletividade, o abuso de recursos e a impunidade. Nesse sentido, oportuna a análise de Sreck:

Nitidamente, o Supremo Tribunal Federal transformou a discussão jurídica-constitucional *stricto sensu* em um assunto moral e político acerca da impunidade. Ministros que votaram a favor da possibilidade de antecipação da execução da pena lançaram mão de argumentos fáticos, recuperando o velho dualismo “normatividade versus realidade” [...] (2018, p. 375).

A argumentação que orientou a formação da nova tese foi amplamente explorada no capítulo 3 (item 3.3.3.2), ao qual se remete a leitura. Contudo, há alguns pontos que ora devem ser reiterados, como parte das conclusões a que chegaram Rodrigues e Arantes na análise quanti e qualitativa dos HCs de 2009 e 2016. No plano quantitativo, os autores notaram o crescimento do número de argumentos pragmáticos e respectiva diminuição do número de argumentos jurídicos entre os julgados (2020, p. 33-34). No plano qualitativo, apontaram o fato de que, em 2016, os ministros assumiram para si a responsabilidade de resolver os problemas do sistema, ao invés de relegá-la ao legislador, como haviam feito em

³⁷⁵ Consultar a subseção 5.4.5.4, que trará um quadro comparativo da tramitação dos HCs de 2009, 2016 e 2018.

2009³⁷⁶ (op. cit., p. 40). E também os sinais de que havia uma expectativa de resultados específicos com o novo entendimento, direcionados à criminalidade de colarinho branco (op. cit., p. 42)³⁷⁷. Tais indícios foram muito veementes no voto do Ministro Barroso:

Atualmente [...], **permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos.** Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo grau) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2016a, p. 52, grifo nosso).

Nesse campo do discurso, retoma-se outra consideração, já tangenciada no tópico que tratou das relações entre STF, mídia e opinião pública (5.4.4): a preocupação dos ministros, muito visível nos votos de Barroso, Fux e Zavascki, em confortar uma opinião pública inconformada com o mau funcionamento da justiça penal e com a impunidade, sobretudo de políticos e grandes empresários (2016a, p. 27-54, 59 e 4-5).

A marca do viés pragmático nas justificações permite conceber o HC n.º 126.292/SP como o que Streck denominou de “julgamento político”, sobretudo pela ponderação dos interesses da sociedade ou de grupos expressivos (2013, p. 213-215) e também como um episódio, nas reflexões de Rodrigues e Arantes, de “ativismo judicial voltado à modelagem institucional”, em razão do objetivo de aprimoramento do sistema penal³⁷⁸ (2020, p. 23).

Esta última caracterização é bastante convergente com a visão do Ministro Gilmar Mendes sobre os acontecimentos. Durante a entrevista concedida a esta pesquisa, ele afirmou que a virada de 2016 foi proporcionada por um inconformismo de alguns ministros a respeito do uso procrastinatório de recursos e do conseqüente quadro de impunidade, o que levou ao engajamento dos julgadores – em especial, por iniciativa dele próprio e de Teori Zavascki – na busca por solucionar esses problemas. Além de outros, expostos na subseção 5.4.2, destaca-se os excertos a seguir:

³⁷⁶ Inclusive, os ministros sequer discutiram a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, incluído pelo legislador no ano de 2011 (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 41). Apenas o Ministro Barroso mencionou o dispositivo, e de passagem, afirmando: “não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional” (BRASIL, 2016a, p. 39, *italico do autor*).

³⁷⁷ Em suma, os ministros favoráveis à execução provisória sustentaram que não haveria aumento da população carcerária, mas sim uma substituição de presos provisórios por condenados em segundo grau, pois os juízes seriam desincentivados a decretar prisões cautelares desnecessárias. E, considerando que entre os primeiros predominariam pessoas pobres, sem condições para arcar com os custos da interposição sucessiva de recursos, a medida contribuiria para diminuir a seletividade do sistema (BRASIL, 2016a, p. 33, 52, 64-65, 101-102).

³⁷⁸ Essas diferentes expressões e os fenômenos a que se referem foram abordados na subseção 5.4.2.

O tempo passou, e, nesse debate que se faz fortemente sobre o problema penal e processual penal no Brasil, foram surgindo outras situações. [...] Desde então, **o Ministro Teori e eu, na turma, começamos a tentar discutir ou rediscutir essa jurisprudência do trânsito em julgado**, para dizer que, em princípio, nós deveríamos admitir a possibilidade de que com o julgamento de segundo grau já se executasse a pena. Portanto, fazer uma revisão naquela jurisprudência que se assentara em 2009 (MENDES, 2019c, informação verbal, grifo nosso).

[...] em geral, muitas das práticas advocatícias da defesa levavam para a demora nesse processo, o que tinha consequências no quadro de impunidade, toda essa queixa. **Então, o sistema tem problemas que precisam ser olhados. E por isso, nós fizemos aquela revisão**, no sentido de dizer: “vamos admitir que em casos mais ou menos consolidados já se comece a execução da pena” (MENDES, 2019c, informação verbal, grifo nosso).

De fato, *após o julgamento do writ, a execução provisória da pena tornou-se um dos pilares da “Lava Jato”* (MELLO, 2018b, p. 18-19; RECONDO; FALCÃO, 2018, p. 194-195; RECONDO; WEBER, 2019, p. 485). Foi assim enaltecida pelos próprios membros da força-tarefa – durante um evento que discutia o combate à corrupção, o então Juiz Sergio Moro considerou a decisão do STF “um passo fundamental”, pois, sem o instituto, não haveria “como funcionar a justiça” (FÓRUM ESTADÃO, 2018).

Em dezembro de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, responsável pela apreciação dos recursos interpostos contra a primeira instância de Curitiba, consagrou o automatismo da prisão em segundo grau no *Enunciado de Súmula n.º 122*, como forma de pacificar a sua jurisprudência. E a diretriz do automatismo passou a ser seguida por muitos outros tribunais de segunda instância, conforme ressaltou Gilmar Mendes na entrevista. Segundo ele, o que era uma autorização do STF para a execução provisória acabou sendo encarado como uma obrigação:

Já estávamos nesse novo contexto, de “Lava Jato” e todas essas medidas, e o que se percebeu logo é que essas medidas, essa mudança, teve consequências radicais, porque os tribunais, em geral, passaram a usar aquele nosso argumento da possibilidade como uma determinação, uma regra inafastável (MENDES, 2019c, informação verbal).

Mas merecem especial destaque alguns números referentes à “Lava Jato”. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informou, em outubro de 2019, que os tribunais haviam expedido 4.895 mandados de prisão com fundamento exclusivo na condenação em segundo

grau (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019)³⁷⁹. A mídia, a seu turno, buscou divulgar as personalidades notórias que, por força da operação, encontravam-se nessa situação. Em geral, as notícias apresentavam listas contendo cerca de 20 réus que cumpriam pena em regime fechado ou semiaberto, com algumas variações a depender do veículo³⁸⁰. Todas elas faziam o destaque ao ex-Presidente Lula.

Ademais, *a nova posição parece ter contribuído para fomentar a celebração de acordos de colaboração premiada*, instrumento fundamental para as investigações. Dados do Ministério Público Federal revelam que, desde o início da operação até março de 2020, os acordos homologados pelas primeiras instâncias das Justiças de Curitiba, Rio de Janeiro, São Paulo e pelo STF somavam um total 234 (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL). E, conforme anterior manifestação do então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot³⁸¹, apenas 40 desses acordos haviam sido celebrados até o final de 2015 (RODRIGO..., 2016)³⁸², o que denota um crescimento exponencial entre os anos de 2016 e 2019. O argumento constou, inclusive, do voto oral de Luís Roberto Barroso nas ADCs, um voto que buscou defender a jurisprudência firmada a partir de 2016 (BARROSO, 2019b).

Diante dos aspectos expostos, considera-se que o resgate da execução antecipada da pena contribuiu em alto grau para o avanço da “Lava Jato”. Essa interpretação foi muito bem articulada na síntese de Recondo e Weber, à qual vale a menção:

A prisão após julgamento em segunda instância mostrou o poder de coerção sobre os investigados. Antes, os alvos das operações de combate à corrupção apostavam na impunidade – essencialmente por algum erro processual cometido pelo Ministério Público ou pelos magistrados – ou, no mínimo, em anos de tramitação pelas quatro instâncias judiciais, incluindo o Supremo. Não colaboravam com a Justiça e obrigavam o MP a se desdobrar atrás de provas. **Com a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, políticos e empresários passaram a confessar seus crimes e buscar acordos de delação para aliviar sua situação** (2019, p. 485, grifos nossos).

Assim, tendo em vista que o STF fora chamado – e também se dispusera – a atuar com centralidade nas disputas envolvendo o combate à corrupção, em meio a uma operação

³⁷⁹ A informação foi veiculada numa nota que desmentia o argumento numérico muito utilizado pelos defensores da execução antecipada de que eventual procedência das ADCs n.º 43, 44 e 54 beneficiaria 190 mil pessoas privadas de liberdade no Brasil.

³⁸⁰ Listas desse tipo foram divulgadas pela revista “Veja” (ROMANO; CAMPOS, 2019), pelos jornais “Folha de São Paulo” (BÄCHTOLD; BARAN, 2019) e “Estadão” (BRANDT; MACEDO; MOURA, 2019) e pelo portal de notícias “G1” (VIANNA; ROCHA; HISING, 2019). Neste último, a notícia apresentou outro enfoque: haveria 38 réus da “Lava Jato” que, por força da condenação em segundo grau como único fundamento, estariam cumprindo pena em regime fechado, semiaberto ou **monitorados por tornozeleira eletrônica**.

³⁸¹ Janot exerceu o cargo de PGR entre os anos de 2013 e 2017.

³⁸² Trata-se de fala de Janot que foi televisionada pela “TV Justiça” e recortada e divulgada pelo “G1”.

de proporções nunca vistas e largamente chancelada pela mídia e pela sociedade, e considerando também os indícios apontados, *a conclusão mais plausível é de que a nova virada jurisprudencial foi pensada dentro desse contexto, capitaneada pela “Lava Jato”*.

Ou seja, no intuito de facilitar as investigações, solucionar defeitos relacionados ao trâmite processual penal e atender aos anseios sociais, alguns ministros lançaram-se ao ativismo – tiveram a iniciativa de buscar um caso que, com algum malabarismo, permitisse a rediscussão do tema – e operaram a reforma do sistema.

5.4.5.4 Habeas Corpus n.º 152.752/PR e a profunda cisão social a respeito do “caso Lula”

Diferentemente do que ocorreu no período de 2009 a 2016, marcado por uma jurisprudência estável e aplicada de maneira uniforme pelos diferentes níveis decisórios do STF, os anos que sucederam o HC n.º 126.292/SP foram mais agitados.

Cerca de três meses após o julgamento desse processo subjetivo, já havia no tribunal duas ações de controle concentrado pleiteando a declaração de constitucionalidade do art. 283, do CPP, dispositivo que até então fora praticamente esquecido pela corte. Ademais, para além das críticas ao mérito da decisão, diversas eram as críticas em relação ao seu *locus* – a utilização de um *habeas corpus* para moldar os contornos de um princípio constitucional.

Antes do término de 2016, o Plenário do Supremo acabou reiterando o entendimento em outras duas decisões sobre o tema – nas medidas cautelares das ADCs e no ARE n.º 964.246/SP. A ideia era o fortalecimento da jurisprudência que, para alguns, assumira agora caráter vinculante. Todavia, o quórum de votação foi alterado: o Ministro Dias Toffoli deixou a corrente majoritária e passou a defender o início do cumprimento de pena a partir do esgotamento da via perante o STJ, deixando a questão ainda mais dividida.

E o impasse ia mais longe. Em manifesta contrariedade à posição do Pleno, alguns ministros pronunciavam-se monocraticamente nos *habeas corpus* que lhes eram submetidos para obstar a execução provisória (ADVOGADOS..., 2018). Dentre eles, o Ministro Gilmar Mendes, que, em meados de 2017, manifestou a mudança de seu posicionamento pessoal sobre o tema (pela segunda vez), em adesão à tese defendida por Toffoli³⁸³.

Não parece mera coincidência o fato de que *ambos os ministros que modificaram suas concepções foram os exatos ministros que, de forma gradual e progressiva, insurgiam-se contra alguns dos procedimentos e decisões tomados no âmbito da “Lava Jato”*,

³⁸³ Para um estudo completo do período e das decisões referidas, consultar o capítulo 3, itens 3.3.4 e 3.3.5.

constituindo (juntamente com o Ministro Lewandowski) o que se tratou anteriormente como uma coalizão interna de oposição à operação³⁸⁴.

De todo modo, com as alterações individuais de Toffoli e Mendes, esperava-se que a postura institucional do STF fosse também modificada na primeira oportunidade de reunião do órgão máximo³⁸⁵. Contudo, não foi o que aconteceu no julgamento do *habeas corpus* preventivo em benefício do ex-Presidente Lula (HC n.º 152.752/PR).

Trata-se de outro episódio que expôs o comportamento estratégico dos ministros, a iniciar pelas circunstâncias que levaram à apreciação do caso pelo tribunal. Afinal, ***uma mobilização relacionada aos poderes individuais de agenda pode ser imputada a pelo menos dois ministros***. O primeiro deles é Fachin, que, uma semana após ter recebido o processo, indeferiu a liminar e afetou-o ao Plenário, evitando que ele fosse submetido à Segunda Turma, onde provavelmente a ordem seria concedida. E a segunda, Cármen Lúcia, então presidente do tribunal, que se recusava veementemente a pautar as ADCs n.º 43 e 44 e, numa clara tentativa de arrefecer as pressões internas e externas, subitamente incluiu no calendário o *habeas corpus* de Lula para o dia seguinte³⁸⁶.

O trâmite deu-se em marcha aceleradíssima: mesmo com duas sessões, o julgamento estava concluído pouco mais de dois meses após a entrada dos autos no tribunal. A extrema celeridade do HC de 2018 fica evidente quando se faz o seu cotejo com outros dois *habeas corpus* paradigmáticos no tema (de 2009 e 2016):

³⁸⁴ Vide tópico 5.3.2.4.1, do eixo II.

³⁸⁵ A expectativa é visível nas notícias divulgadas pela imprensa (p. ex., ADVOGADOS..., 2018).

³⁸⁶ Outra vez, remete-se o leitor ao capítulo 3, agora no item 3.3.6, que cuidou do episódio em detalhes.

Quadro 6 – Tramitação dos *habeas corpus*

	HC n.º 84.078/MG	HC n.º 126.292/SP	HC n.º 152.752/PR
Data da distribuição	15 mar. 2004	15 jan. 2015	02 fev. 2018
Data da decisão liminar	26 abr. 2004 e 12 mai. 2004 ⁽¹⁾	05 fev. 2015	09 fev. 2018
Data da afetação ao Plenário	24 nov. 2004	15 dez. 2015	09 fev. 2018
Data da inclusão em pauta	–		21 mar. 2018
Data(s) do julgamento em Plenário	09 abr. 2008 e 05 fev. 2009	17 fev. 2016	22 mar. 2018 e 04 abr. 2018
Tempo de tramitação ⁽²⁾	04 anos, 10 meses e 21 dias	01 ano, 01 mês e 02 dias	02 meses e 02 dias

Fonte: elaborado pela autora a partir de dados obtidos no portal do STF.

Notas:

⁽¹⁾ No HC n.º 84.078/MG, o min. Nelson Jobim indeferiu a liminar em 26 abr. 2004, contudo, reconsiderou a decisão e deferiu a medida em 12 mai. 2004.

⁽²⁾ Na linha “tempo de tramitação”, considerou-se como marco inicial a data da distribuição do processo no STF e como marco final a data da decisão de mérito do Plenário.

Uma vez que se trata da mesma classe de ação (*habeas corpus*) e dada a importante diferença no tocante às durações, a comparação entre os três processos demonstra o **“controle de tempo” que a corte exerce sobre as questões que lhe são submetidas.**

Na tentativa de compreender as razões por trás do célere HC de 2018, há que se incrementar o estudo do contexto sociopolítico, notadamente, dos ditos constrangimentos externos que pairavam sobre o STF³⁸⁷. Nesse sentido, ainda predominava o entusiasmo popular e midiático em relação ao combate à corrupção. Todavia, **quando o assunto era a prisão do ex-Presidente Lula**, talvez o político mais notório do país, com capacidade para mobilizar grandes massas tanto de seguidores quanto de opositores, **uma cisão mais profunda marcava a sociedade** (MELLO, 2018b, p. 20).

³⁸⁷ O caso fornece amplo material também para a análise da dinâmica interna do tribunal, mas que já foi realizada por ocasião do eixo II.

E como Lula havia sido condenado em segunda instância pelo TRF4, aqueles que eram contrários à sua prisão (ou à prisão em segunda instância em geral), cientes das sinalizações que indicavam uma já formada maioria para reverter o entendimento de 2016, pressionavam o Supremo à reanálise da questão³⁸⁸. Por outro lado, também eram fortes as pressões para a manutenção da jurisprudência.

Basta verificar que, desde julho de 2017, mês em que foi decretada a primeira condenação do ex-presidente, as ruas brasileiras foram inundadas por diversas manifestações contrárias e favoráveis ao político. Esse foi o cenário que marcou os meses de março e abril de 2018, nas proximidades do julgamento do *habeas corpus* pelo Supremo (AMENDOLA; OSAKABE, 2017; ALBUQUERQUE, 2018; HOLANDA *et al.*, 2018).

Na verdade, a questão era ainda mais delicada, pois o político havia anunciado que concorreria novamente ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2018, iniciando sua campanha pelo Brasil³⁸⁹.

Avalia-se que o tribunal enfrentava um problema: caso todos os ministros votassem de acordo com suas preferências declaradas sobre a execução provisória, haveria uma nova virada; contudo, permiti-la a partir do julgamento do “caso Lula” instigaria as suspeitas e os discursos sobre a parcialidade da instituição. ***O estado de ânimos exaltados, com opiniões públicas conflitantes, era um claro indicativo dos altos custos da revisão.***

É certo que a denegação da ordem também ensejou custos à corte. Porém, tivesse ela assumido a posição oposta, os prejuízos provavelmente teriam sido maiores.

Bastante emblemática nesse sentido a afirmação feita na rede social “Twitter” pelo General Eduardo Villas Bôas, comandante do exército à época, um dia antes da data marcada para a segunda sessão de julgamento do HC n.º 152.752/PR:

Asseguro à nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais (BÔAS, 2018).

As palavras do general foram lidas por muitos como um recado ameaçador ao Supremo, insinuasoras de uma possível reação das Forças Armadas caso o resultado fosse

³⁸⁸ Veja-se, por exemplo, que dois dias antes da sessão final de julgamento do HC n.º 152.752/PR, entidades jurídicas entregaram ao STF um abaixo-assinado com mais de 3.600 assinaturas em desfavor da prisão em segunda instância, solicitando ao tribunal que pautasse as ações declaratórias (ADVOGADOS..., 2018).

³⁸⁹ É de se notar que, em agosto de 2018, mesmo após a manutenção da prisão de Lula pelo STF, o político liderava as pesquisas de intenção de voto para a presidência da república, alcançando o percentual de 39% (DATAFOLHA, 2018).

favorável ao ex-presidente. E a mensagem, além de bem recebida na rede social, foi chancelada por uma nota do Ministério da Defesa (VALENTE; FERNANDES; BALLOUSSIER, 2018).

Ademais, na mesma data, vários atos em defesa da prisão de Lula mobilizaram grandes contingentes de pessoas. Com cartazes de apoio à “Lava Jato”, bonecos “pixulecos”³⁹⁰ e frases de ataque e advertência aos Ministros do Supremo, os manifestantes visavam consignar sua opinião para o tribunal (HOLANDA et al., 2018; ALBUQUERQUE; COSTA; PITOMBO, 2018).

O quadro possivelmente influenciou para que a Ministra Rosa Weber não votasse de acordo com a concepção que sempre defendera, adotando uma retórica legalista de respeito aos precedentes para justificar a denegação do HC³⁹¹. Reavendo as considerações tecidas no eixo I (item 5.2.2.2.1), a análise da conduta da ministra deve levar em conta que provavelmente ela era o principal ponto de convergência das pressões internas e externas ao tribunal, já que seu voto, o mais incerto de todos, faria pender a balança para um dos lados. Assim, o sopesamento dos custos de uma decisão contrária à prisão em segunda instância (e benéfica a Lula) com os de uma decisão favorável parece ter-lhe sido especialmente pertinente. E, nessa conta estratégica, a primeira opção saíra como a mais vantajosa.

A hipótese de que Weber se encontrava sob certa pressão de seus colegas, especialmente daqueles que apoiavam a “Lava Jato”, ganha força quando cotejada com a referida postura de Cármen Lúcia para com a formação da agenda. É que a opção da ministra por incluir em pauta o *habeas corpus* de Lula ao invés das ações objetivas foi decisiva para manter a execução antecipada, em consonância com os interesses dela própria e dos demais ministros pró-operação. E, na medida em que o voto de Weber foi crucial para assegurar esse desfecho, cogita-se que ele tenha sido fruto de tratativas informais entre a referida ministra, a então Presidente do STF e outros julgadores, no intuito de alinhar posições na direção que consideraram a melhor saída naquele cenário.

Aliás, durante os debates que permearam a sessão de julgamento, Rosa Weber foi questionada a respeito do voto por Marco Aurélio e Lewandowski, o que suscitou a intervenção de Cármen Lúcia com o claro intuito de resguardá-la: “Ministro [referindo-se a Marco Aurélio], a Ministra Rosa Weber justificou muito bem, exatamente dentro da opinião

³⁹⁰ “Pixulecos” foi o nome dado aos bonecos infláveis que retratavam Lula vestindo roupas de presidiário, os quais se tornaram uma marca dos protestos contra o ex-presidente.

³⁹¹ É claro que se trata de uma hipótese; no sentido do que vem sendo afirmado ao longo de toda a dissertação, não há como ter certeza sobre as reais motivações por trás do voto da Ministra Weber.

dela. Então, acho que há de se respeitar. Ela tem o direito até porque ela poderia também evoluir” (BRASIL, 2018c, p. 217).

Desse modo, vingou novamente a tese fixada em 2016, por um placar de seis a cinco – com Gilmar Mendes e Dias Toffoli integrando a corrente minoritária e Rosa Weber a majoritária.

A decisão foi inesperada para alguns dos ministros e, em geral, para a sociedade. Conforme mencionado, ela acarretou custos para o tribunal, sobretudo em relação aos apoiadores de Lula. O político acabou sendo preso no dia 07 de abril de 2018, num episódio espetacularizado pela mídia³⁹², e, posteriormente, teve o seu pedido de candidatura indeferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, outra ocasião amplamente divulgada e comentada (TUROLLO JR.; CASADO, 2018). Ademais, no mesmo mês do julgamento, aportou no tribunal a ADC n.º 54, apensada às ADCs n.º 43 e 44.

Mas a repercussão dos fatos ligados ao HC n.º 152.752/PR fica ainda mais evidente quando se percebe que, após um ano da prisão, outra onda de manifestações surgiu no cenário brasileiro (CIDADES..., 2019).

5.4.5.5 Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54 e o enfraquecimento da operação “Lava Jato”

Entre o julgamento do *habeas corpus* de Lula, no início de 2018, e aquele das Ações Declaratórias n.º 43, 44 e 45, no final de 2019, transcorreu um período de importantes mudanças, tanto internas quanto externas ao STF.

O Ministro Dias Toffoli assumiu a presidência da instituição em setembro de 2018 e logo agendou o julgamento das ADCs. Conquanto tenha retirado as ações da pauta nas proximidades da data marcada, a pedido do Conselho Federal da OAB, a conduta de Toffoli sinalizara que o feito seria apreciado durante o seu mandato.

No plano externo, embora a prisão de Lula tenha continuado como tema de mobilizações populares (em favor e em desfavor do político), os ânimos em relação à situação do ex-presidente foram se acalmando até o fim de 2018.

Mas as alterações contextuais dizem respeito também a outros fatores de extrema relevância: *os duros golpes sofridos pela “Lava Jato”, em termos de força instrumental e*

³⁹² Após a decisão do STF e a expedição de mandado de prisão, o ex-presidente permaneceu por dois dias na sede do Sindicato dos Metalúrgicos, em São Bernardo do Campo, entregando-se à Polícia Federal em 07 de abril de 2018. Nesse tempo, a mídia manteve cobertura no local em tempo integral, divulgando informações em ritmo acelerado, e transmitiu ao vivo o momento da prisão (LULA..., 2018).

credibilidade perante a mídia e a opinião pública. Dada a sua importância, o assunto será objeto de explanação na subseção seguinte.

5.4.5.5.1 Considerações sobre um novo estágio da operação “Lava Jato”

No tocante à força instrumental, *o STF proferiu uma série de decisões que, em alguma medida, impuseram limites aos mecanismos investigatórios utilizados na operação.* Das mais emblemáticas, a primeira ocorreu no ano de 2017, quando o tribunal definiu que qualquer medida cautelar decretada pelo Judiciário com aptidão para prejudicar o mandato parlamentar deveria ser confirmada pelo Poder Legislativo. Em 2018, a corte proibiu a condução coercitiva de réus e investigados para fins de interrogatório. E, no mesmo ano do julgamento das ADCs, fixou a competência da Justiça Eleitoral para apreciar os crimes comuns conexos aos eleitorais e decidiu que os réus delatados teriam direito a apresentar alegações finais depois dos réus colaboradores, abrindo margem a pedidos de anulação de diversas das condenações da “Lava Jato”³⁹³.

Todas essas decisões foram tomadas por maioria apertada de um ou dois votos de diferença, num caminho que expôs a polarização do tribunal. Mas a última delas merece um destaque: a Ministra Cármen Lúcia, contrariando as expectativas baseadas em sua linha de posicionamento pró-“Lava Jato”, apoiou a corrente majoritária (dos prazos diferenciados para apresentação de alegações finais). E isso apenas alguns dias antes do julgamento das ADCs.

E, afora as perdas no plano logístico, a operação teve sua imagem abalada perante o público a partir de junho de 2019. *À época, a agência de notícias “The Intercept Brasil”³⁹⁴ começou a divulgar mensagens, gravações e outros arquivos que revelavam ações antiéticas, politizadas e legalmente questionáveis adotadas por membros da força-tarefa da “Lava Jato”,* notadamente, o então Juiz Sergio Moro e o Procurador da República Delton Dallagnol³⁹⁵ (GREENWALD; REED; DEMORI, 2019).

Uma nota divulgada pelo veículo esclarecia que o vasto material utilizado para as reportagens fora obtido por meio de uma fonte anônima e explicitava o objetivo de promover uma “investigação jornalística contínua” sobre os juízes e procuradores participantes da

³⁹³ Tais decisões foram tratadas de forma mais detalhada no tópico referente às coalizões (5.3.2.4.3).

³⁹⁴ De acordo com a descrição contida em seu próprio website, “The Intercept Brasil” é uma agência de notícias independente, com liberdade editorial, desprovida de anunciantes e dedicada ao jornalismo investigativo (Disponível em: <https://theintercept.com/brasil/staff/>. Acesso em: 21 jul. 2020).

³⁹⁵ Delton Dallagnol era o coordenador da força-tarefa da “Lava Jato” dentro do Ministério Público e, até a data de conclusão desta dissertação, mantinha-se exercendo essa função.

operação, dada a existência de inúmeras transgressões realizadas em segredo. Nesse sentido, bastante ilustrativo o seguinte trecho:

Tendo em vista o imenso poder dos envolvidos e o grau de sigilo com que eles operam – até agora –, **a transparência é crucial para que o Brasil tenha um entendimento claro do que eles realmente fizeram.** A liberdade de imprensa existe para jogar luz sobre aquilo que as figuras mais poderosas de nossa sociedade fazem às sombras (op. cit., grifos nossos).

Com efeito, a série de reportagens apelidada de “Vaza Jato”, contou com pelo menos cento e uma notícias produzidas pelo “The Intercept Brasil” e seus parceiros³⁹⁶. Para além do mote central – a estreita e irregular cooperação entre Moro e Dallagnol – o conteúdo indicou ilicitudes nas diligências investigatórias realizadas pela força-tarefa (inclusive em face de Ministros do Supremo), abusos nas negociações de colaborações premiadas, tentativas de interferir em feitos submetidos ao STF, manipulações na utilização e divulgação das provas colhidas, estratégias para controlar o fluxo das comunicações na mídia, articulações para beneficiar ou prejudicar políticos e partidos determinados, além de planos de promoção pessoal, dentre outras coisas (op. cit.; ANIZELI, 2019).

A iniciativa do “The Intercept Brasil” gerou grande repercussão na imprensa brasileira; as mensagens vazadas foram difundidas pelos principais veículos do país. Alguns deles, como o jornal “Folha de São Paulo” e a revista “Veja”, firmaram parcerias com a agência de notícias³⁹⁷.

E ressoou também no meio político, com a instauração de investigações para apurar supostos crimes envolvendo os vazamentos. Inclusive, um dos principais jornalistas e cofundador do “The Intercept Brasil” chegou a ser denunciado pelo MPF. A denúncia, que contrariava uma decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes³⁹⁸, foi considerada por integrantes da comunidade jurídica como um ato de perseguição política, com intuito de restringir a liberdade de imprensa (SANTOS, 2020).

³⁹⁶ Até o momento de conclusão deste trabalho, a última notícia, a 101ª, havia sido publicada no início de julho de 2020. Um índice completo de todas as reportagens em ordem cronológica pode ser acessado no website do “The Intercept Brasil” (Disponível em: <https://theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/>. Acesso em: 21 jul. 2020).

³⁹⁷ Conforme o índice referido na nota de rodapé anterior.

³⁹⁸ Refere-se à medida cautelar proferida pelo ministro na ADPF n.º 601, ação ajuizada pela Rede Sustentabilidade visando à declaração de inconstitucionalidade dos atos de instauração de inquérito destinados a investigar o jornalista Glenn Greenald. Com efeito, Mendes concedeu a liminar nos seguintes termos: “[...] apenas para determinar que as autoridades públicas e seus órgãos de apuração administrativa ou criminal abstenham-se de praticar atos que visem à responsabilização do jornalista Glenn Greenwald pela recepção, obtenção ou transmissão de informações publicadas em veículos de mídia, ante a proteção do sigilo constitucional da fonte jornalística” (BRASIL, 2019a).

Mas, sobretudo, as notícias causaram impactos na população; a “Vaza Jato” tornou-se notória. Uma pesquisa realizada pelo instituto “Datafolha” em julho de 2019, com amostragem a nível nacional, revelou que 63% dos entrevistados haviam tomado conhecimento da divulgação das conversas privadas entre o ex-Juiz Sergio Moro e os procuradores atuantes na operação (DATAFOLHA, 2019b, p. 3, 6).

Essa mesma pesquisa permitiu visualizar que houve uma queda – embora leve – na popularidade da operação: entre abril e julho de 2019, o seu índice de aprovação passou de 61% para 55%³⁹⁹ (op. cit., p. 3, 11). Ademais, a maioria dos entrevistados (58%) considerou inadequada a atuação de Sergio Moro na “Lava Jato”, bem como graves as irregularidades por ele cometidas, que deveriam ser revistas (op. cit., p. 3, 7-8)⁴⁰⁰.

O aflorar do sentimento social de desconfiança em relação ao combate à corrupção possivelmente fortaleceu as tendências refreadoras da “Lava Jato” de alguns ministros, pois, a esse ponto, a resistência a uma eventual decisão contrária ao “espírito” da operação deveria ser menor. Trata-se, em especial, dos Ministros Toffoli e Mendes, que, frequentemente, já se manifestavam contra a operação dentro e fora de autos judiciais, ainda que sob o repúdio da imprensa e da opinião pública⁴⁰¹.

Com efeito, após a “Vaza Jato”, Gilmar Mendes concedeu diversas entrevistas e amplificou o rigor e a persistência de sua censura à operação e à própria imprensa. Em suas falas, o ministro reiteradamente enfatizou a ideia de que “não se combate o crime cometendo crime”, reprovou o “conúbio espúrio” formado por juízes, promotores, delegados e membros da receita federal, atribuiu adjetivos como “inexperientes”, “deslumbrados” e “falsos heróis” aos integrantes da força-tarefa e enalteceu a importância das conversas divulgadas, inclusive mencionando o “The Intercept Brasil” (MENDES, 2019b; 2019d)⁴⁰². E reclamou uma espécie de reconhecimento pessoal sobre seu comportamento:

Todos nós sabemos [...] que o poder corrompe. E o poder absurdo corrompe absolutamente. E nós vimos isso aqui. Por sorte, me parece, a despeito de vir de uma

³⁹⁹ A proposição colocada aos entrevistados foi a seguinte: “A operação “Lava Jato” está completando 5 anos, na sua opinião a Lava-Jato está fazendo um trabalho:”, seguida das opções: “ótimo/bom”, “regular”, ruim/péssimo” e “não sabe”. O instituto considerou como índice de aprovação o percentual de respostas “ótimo/bom” (DATAFOLHA, op. cit.).

⁴⁰⁰ As perguntas foram, respectivamente, (I) “Pelo que você sabe ou ouviu falar, a conduta de Sérgio Moro ao manter conversas privadas com os acusadores de Lula foi adequada ou inadequada?” e (II) “Na sua opinião, eventuais irregularidades cometidas pelo juiz Sérgio Moro durante a operação Lava-Jato (LEIA ATÉ A INTERROGAÇÃO):” (DATAFOLHA, op. cit.).

⁴⁰¹ O tema foi tratado sob outra perspectiva no tópico 5.3.2.4, ao qual se remete a leitura.

⁴⁰² As citações são de alguns exemplos de entrevistas concedidas à imprensa pelo ministro; a primeira ao portal de notícias “Uol” em parceria com o jornal “Folha de São Paulo”, em setembro de 2019 e a segunda ao programa “Roda Viva”, da “TV Cultura”, em outubro de 2019.

fonte ilegal, houve essa revelação. **Mas, é interessante que se vocês olharem, entrarem aí agora na internet, vão dizer: “que coisa que acontecia com o Gilmar que ele já sabia, Gilmar estava certo”**. Uma revista de circulação nacional escreveu que eu discordava do Brasil [...]. Agora, Gaspari e o Marcelo Coelho [jornalistas] têm dito: “o Gilmar estava certo, por incrível que pareça, pela alta impopularidade com que ele pagou com as posições que assumiu publicamente” (MENDES, 2019b, grifo nosso).

Um discurso semelhante foi tecido por Mendes na entrevista que forneceu a esta pesquisa, no mês de setembro de 2019, quando questionado sobre sua relação com a mídia no caso da execução provisória:

Eu até, na imprensa, já apontei, **tudo o que tinha a ver com “Lava Jato”** – “ah contraria o espírito da Lava Jato”, “afeta o espírito da Lava Jato” – **tinha reflexos negativos, a mídia adotava o tal espírito da “Lava Jato”** [...]. Eu mesmo fui muito atacado em relação a isto; tem até uma capa da “Veja” em que diz “o juiz que discorda do Brasil”, então isto era construído. Agora tão dizendo que eu estava certo (MENDES, 2019c, informação verbal, grifos nossos).

A conduta de Toffoli foi mais discreta. Quando entrevistado, o então Presidente do Supremo evitou tratar especificamente dos efeitos dos vazamentos para a “Lava Jato” ou do “caso Lula” e, apesar das tímidas críticas, também fez elogios à operação. De todo modo, vale ressaltar que, em 06 de outubro de 2019, o ministro afirmou à imprensa que reinseriria as ADCs no calendário ainda daquele ano (TOFFOLI, 2019a). E, de fato, foi o que fez no dia 14, marcando o julgamento para dali a três dias.

Tempos depois, durante uma entrevista ao jornal “Estadão”, o ministro considerou que a opção pelo adiamento das ações fora muito adequada, pois, no início do ano, o país passava por um momento de adaptação em relação ao novo governo eleito⁴⁰³. Assim, o “controle do tempo” teria permitido que os embates políticos diminuíssem e que a discussão da execução provisória se acomodasse. Para ele, a ausência de protestos expressivos durante as sessões de julgamento das ADCs foi prova disso⁴⁰⁴ (TOFFOLI, 2019c).

Nessa linha, Gilmar Mendes já havia se manifestado sobre a influência do contexto no mês anterior ao do início do julgamento das ADCs, na entrevista a este trabalho. Na ocasião, quando indagado sobre os motivos para a pendência das ações, o ministro mencionou a existência de “vários problemas”, dentre os quais a “expectativa da população”:

Aí tivemos por vários problemas, inclusive problemas políticos; **a repercussão que teria diante da expectativa da população**. Em suma, muitas questões que estão

⁴⁰³ Em janeiro de 2019, teve início o governo do Presidente Jair Bolsonaro, eleito no ano anterior.

⁴⁰⁴ Essas ponderações de Toffoli foram abordadas também na subseção 5.3.2.3.2 (eixo II).

sendo consideradas, **mas acredito que este ano nós vamos julgar essa matéria** (MENDES, 2019c, informação verbal, grifos nossos).

Outro ponto curioso da fala de Mendes foi a sua perspectiva de que as ações seriam julgadas ainda em 2019, sendo que, na data da entrevista, elas nem estavam em pauta. Isso se repetiu em outro momento:

[...] e agora estamos a rediscutir, em algum momento **vamos recolocar esse tema em Plenário, acho que ainda este ano**, não é, para, de novo, nos pronunciarmos sobre a temática. E eu espero que a gente venha a consagrar aquilo que talvez não devesse ter sido alterado, de que, de fato, a execução da pena tem que se dar com o trânsito em julgado (MENDES, 2019c, informação verbal, grifo nosso).

Aliás, neste trecho, a conjugação verbal utilizada (a locução “vamos recolocar”, na primeira pessoa do singular) é indício de que o ministro se considerava corresponsável pelo “controle do tempo” do julgamento. A constatação reforça a hipótese de um estrito alinhamento com Toffoli no que diz respeito à logística e ao posicionamento sobre a prisão em segunda instância⁴⁰⁵.

No mais, a entrevista aclarou a perspectiva de Gilmar Mendes sobre a influência determinante de “razões de índole pragmática” nas oscilações do STF. Segundo ele, isso teria motivado tanto a sua própria postura quanto a postura do tribunal em 2016⁴⁰⁶. E, considerando a data do depoimento – e a provável consciência que tinha sobre a proximidade do futuro julgamento das ações de controle concentrado – o ministro consignou a permanência de suas preocupações pragmáticas, que, ao tempo, já apontavam a necessidade de uma nova virada jurisprudencial, mas não sem o debate das problemáticas correlatas.

Eu tenho impressão que nós vamos ter que resolver a questão do trânsito em julgado, e se reafirmada a ideia do trânsito em julgado, vamos ter que aí debater a questão da prisão provisória, e talvez até sugerir mudanças no sistema, e aí mudanças até de caráter legislativo ou constitucional (MENDES, 2019c, informação verbal).

Feitas essas considerações sobre o contexto de enfraquecimento da “Lava Jato”, com especial destaque às posturas dos Ministros Mendes e Toffoli, passa-se então à abordagem das ações propriamente ditas.

⁴⁰⁵ Vide item 5.3.2.4.1, que abordou a questão das coalizões.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, consultar o item 5.4.5.3.2.

5.4.5.5.2 As ações contextualizadas

A primeira sessão dedicada às ADCs foi realizada no dia 17 de outubro de 2019. O quadro a seguir apresenta uma síntese da tramitação das ações, considerando as principais movimentações no processo⁴⁰⁷.

Quadro 7 – Tramitação das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54

Distribuição	19 mai. 2016 (ADC 43)
Apensamento aos autos	24 mai. 2016 (ADC 44)
Sessões de julgamento das medidas cautelares	01 set. 2016 (voto min. relator); 05 out. 2016 (votos demais ministros e decisão pelo indeferimento)
Liberação para inclusão em pauta pelo relator	05 dez. 2017
Inclusão em pauta pela presidência	18 dez. 2018
Exclusão da pauta pela presidência	04 abr. 2019
Apensamento aos autos	11 abr. 2019 (ADC 54)
Inclusão em pauta pela presidência	14 out. 2019
Sessões de julgamento do mérito	17 out. 2019 (leitura do relatório e sustentações orais); 23 out. 2019 (sustentações orais e voto min. relator); 23 out. 2019 (votos Min. Moraes, Barroso e Fachin); 24 out. 2019 (votos Min. Weber, Lewandowski e Fux). 07 nov. 2019 (votos Min. Cármen Lúcia, Mendes, Celso de Mello e Toffoli e decisão pela procedência).
Tempo de tramitação*	03 anos, 05 meses e 19 dias

Fonte: elaborado pela autora, a partir de dados obtidos no portal do STF.

⁴⁰⁷ Na verdade, a tramitação é muito mais complexa, com inúmeras decisões monocráticas dos ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, sobretudo, em relação a pedidos de ingresso de entidades que desejavam atuar como *amicus curiae*, bem como pedidos de produção de provas e recursos das entidades admitidas.

Nota: *Na linha “tempo de tramitação”, considerou-se como marco inicial a data da distribuição da primeira ação no STF (ADC n.º 43) e como marco final a data da decisão de mérito do Plenário.

Interessante é comparar o tempo decorrido entre a distribuição e a decisão final de mérito das ADCs com o do HC n.º 152.752/PR (2018): enquanto as primeiras demoraram mais de três anos para serem julgadas, o último levou apenas dois meses. É claro que se trata de espécies processuais muito diferentes, com destaque para a celeridade e prioridade dos *habeas corpus* em relação às ações de controle concentrado. Contudo, a discrepância também se deve à opção de Cármen Lúcia por pautar o HC de Lula ao invés das ADCs, quando estas já seriam passíveis de apreciação pelo Pleno. Nesse quadro, entende-se que o remédio constitucional não era o expediente mais adequado para uma nova apreciação do tema da prisão em segunda instância, altamente questionável quanto aos efeitos na formação de jurisprudência; se vinculantes ou não.

Conquanto tenha sido mencionada inúmeras vezes ao longo desta dissertação⁴⁰⁸, a manobra da então Presidente do Supremo (e, possivelmente, dos ministros a ela alinhados⁴⁰⁹) deve ser lembrada para uma visão panorâmica das estratégias envolvendo o “*controle de tempo*” sobre as ações declaratórias. *Estratégias que se perfizeram quase como disputas relacionadas a perspectivas diversas da “Lava Jato”*: se, de um lado, Cármen Lúcia integrava o grupo que queria evitar o julgamento das ações para manter o entendimento pela possibilidade de execução provisória; de outro, Toffoli representava o bloco em prol da virada jurisprudencial, chegando a pautar as ADCs logo no início de seu mandato e possivelmente adiando o julgamento no aguardo de um contexto mais favorável à mudança.

Mas, na linha do que ocorrera nos julgamentos de 2016 e 2018, *a sensibilidade dos ministros ao contexto sociopolítico fez-se perceptível também por seus próprios discursos*. A argumentação pragmática foi uma marca do julgamento, presente nos votos e também nos debates tidos em Plenário⁴¹⁰.

Nesse sentido, os ministros que se mantiveram firmes à possibilidade de execução provisória – Barroso, Fachin, Fux, Cármen Lúcia e Moraes – continuaram com exposições acerca da necessidade do instituto para o aprimoramento da justiça penal e para a satisfação

⁴⁰⁸ Considera-se essa atitude de Cármen Lúcia como um dos eventos mais marcantes de todo o caso, fortemente indicativa da ação estratégica no tribunal, tanto no nível individual, quando no nível das coalizões. Por isso, ela acabou sendo mencionada em vários pontos do trabalho, mas explorada em aspectos diversos. Em especial, encaminha-se o leitor aos itens 5.3.2.3.2, 5.3.2.5, do eixo II e ao item 5.4.5.4, deste item.

⁴⁰⁹ Levando em conta a existência da coalizão pró “Lava Jato”, tratada no item 5.3.2.4.2.

⁴¹⁰ Uma visão geral da argumentação foi exposta na subseção 3.3.7.2 do capítulo 3.

da opinião pública. Outra vez, vieram à tona argumentos sobre a seletividade e a ineficácia do sistema, a crença na impunidade e a desvalorização das instâncias ordinárias, coloridos com retóricas emotivas, exemplos de casos graves e dados estatísticos.

Embora todos os julgadores referidos tenham se valido de alegações consequencialistas, imbuídas do dever de solucionar problemas práticos⁴¹¹, alguns destaques merecem ser realizados.

O primeiro, ao Ministro Alexandre de Moraes, que dedicou parte de seu voto oral para expressar uma aversão ao horizonte de desrespeito e ameaça que se impusera frente ao STF:

[...] **infelizmente, desinformações dolosas, radicalismo político, exacerbadas paixões ideológicas acabaram gerando um absurdo inédito e ofensivo grau de desrespeito;** ofensas, inclusive ameaças, ao Supremo Tribunal Federal enquanto instituição e a cada um de seus membros, cada um de seus ministros, inclusive de seus familiares, muito acima [...] das necessárias e salutares manifestações que são imprescindíveis em uma democracia (MORAES, 2019, grifo nosso).

O segundo, ao Ministro Fux, que, na conclusão de seu voto oral, afirmou, com todas as letras, ter procedido de acordo com o que pensava ser melhor pra a sociedade:

Entendo que essa viragem jurisprudencial trará danos incomensuráveis ao país e à sociedade brasileira [...] Com essa convicção, **com essa percepção que eu tenho do que é melhor para o meu país e para a sociedade brasileira**, eu voto no sentido de manter a decisão proferida em sede cautelar [...] (FUX, 2019, grifos nossos).

E o último, a Barroso, que, tratando da seletividade do sistema, enalteceu a importância da execução provisória para o combate à corrupção⁴¹². Inclusive, o ministro, conhecido por ser o maior defensor da “Lava Jato” no tribunal, fez menção expressa ao incentivo de colaborações premiadas no âmbito da operação:

Vejam, Vossas Excelências, o impacto positivo trazido pela nova jurisprudência, que **impulsionou a solução de boa parte dos crimes de colarinho branco, porque**

⁴¹¹ Não foi possível obter acesso a todos os votos escritos. Ademais, não se pode dizer que os que foram consultados são os votos definitivos, pois a maioria dos documentos escritos contém observações como “cópia”, “resumo”, “em elaboração” ou “em revisão”. Assim, para complementar o estudo, procedeu-se ao exame das gravações dos votos orais.

⁴¹² A questão da seletividade foi abordada também por Fux e Cármen Lúcia, embora sem referência expressa à “Lava Jato”. O primeiro disse: “[...] a justiça é cega, os juízes não são. Será que estamos falando aqui de réus pobres? [...] os crimes que nós temos assistido, e que são cobertos pela presunção de inocência, não são crimes de pessoas humildes [...]” (FUX, 2019) Quanto à última, destaca-se a frase: “E afirme-se que os que mais contam com essa certeza, ou com essa crença, não são os mais pobres. São aqueles que dispõem de meios para usar, ou até para abusar, de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal [...]” (ROCHA, 2019).

o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas por réus e de acordos de leniência por empresas.

[...]

E a colaboração premiada foi incentivada pela probabilidade ou pela possibilidade real da punição, que, agora [...], vai ficar retardada tão largamente que vamos voltar a um modelo anterior em que ninguém fazia colaboração premiada [...] (BARROSO, 2019b, grifos nossos).

Dentre os ministros favoráveis à revisão da jurisprudência, mesmo aqueles que sempre sustentaram a tese da interpretação literal da presunção de inocência fizeram alusões ao contexto do combate à corrupção, ainda que de maneira subsidiária.

Com efeito, Lewandowski levantou a questão das mazelas do sistema carcerário e classificou como ingênua a solução de flexibilizar a garantia constitucional para combater a “corrupção endêmica”, pois haveria outros problemas igualmente graves deixados de lado (LEWANDOWSKI, 2019b).

Na abertura de seu voto, Celso de Mello fez um discurso de quase vinte minutos em repúdio ao quadro de corrupção estrutural revelado pela “Lava Jato”, entendimento que, segundo ele, seria compartilhado por todos os colegas do STF:

[...] **nenhum Juiz** do Supremo Tribunal Federal, **independentemente** de ser favorável, *ou não*, **à tese do trânsito em julgado**, **discorda ou é contrário à necessidade imperiosa** de combater e de reprimir com vigor, **respeitada, sempre, a garantia constitucional do devido processo legal**, **todas as modalidades** de crime praticadas por agentes públicos [...], **ou** por delinquentes empresariais **investidos** de grande poder econômico (MELLO FILHO, 2019a, p. 4, grifos do autor).

De acordo com o ministro, a introdução seria necessária para a adequada compreensão de seu pronunciamento, diante das alegações desarrazoadas de que a defesa da presunção de inocência na extensão do trânsito em julgado consistiria numa posição de “obstrução e de frustração das atividades investigatórias e persecutórias do Estado na apuração e na repressão a delitos objetivamente graves, como os atos de corrupção governamental e de lavagem de dinheiro [...]” (MELLO FILHO, 2019b).

Mas foram justamente os ministros que migraram de polo – Toffoli e, em especial, Mendes – que mais adentraram em explanações pragmáticas para justificar a virada.

O primeiro disse que, apesar de se tratar de um julgamento em abstrato, sentiu necessidade de abordar questões teleológicas e factuais, porquanto todos que o antecederam assim haviam feito. E dedicou uma seção de seu voto à ideia de que a prisão após condenação em segunda instância não seria capaz de solucionar os problemas do sistema, traçando uma comparação com os tempos do “Mensalão”:

Como se vê, não é prisão após condenação em segunda instância que resolve tais problemas, com a devida vênia, ou que será a panaceia a resolver problemas de impunidade. De evitar práticas de crimes. Ou de atingir o cumprimento da lei penal. Relembremos aqui o mensalão; todos foram presos, cumpriram pena ou ainda estão a cumprir pena (TOFFOLI, 2019b, grifos nossos).

Mendes, a seu turno, buscou demonstrar um sincretismo fino entre a evolução de seu posicionamento pessoal na matéria e as alterações contextuais:

Acerca da minha posição individual, tenho registrado que **profundas alterações no contexto normativo e fático subjacentes ao debate fizeram com que, ao longo dos anos, meus posicionamentos evoluíssem** conforme as condições reais de satisfação do princípio constitucional da presunção de inocência (MENDES, 2019e, p. 10, grifo nosso).

Assim, o ministro explicou que se o fator determinante em 2016 fora o “diagnóstico” de “inefetividade do sistema recursal penal”, a partir de 2017, passou a ser o “desvirtuamento” que as instâncias ordinárias fizeram da possibilidade de prisão em segunda instância, dotando-a de imperatividade⁴¹³ (op. cit., p. 11-14). Nesse ponto, já deu as primeiras mostras da animosidade que há temos nutria em relação à “Lava Jato”:

Falei várias vezes que nós tínhamos um encontro marcado com as prisões alongadas de Curitiba. E as prisões provisórias de Curitiba se transformaram em sentenças definitivas que depois se transformaram em decisões definitivas de segundo grau. Portanto, a regra era a prisão provisória de caráter permanente. E isto passou a me chamar a atenção (MENDES, 2019f).

Seguindo o fio da crítica à operação, rechaçou o argumento de que a mudança jurisprudencial serviria para beneficiar réus ricos, contrapondo-se ao que sempre denominara de “populismo judicial”, afirmou que o debate fora “contaminado” por uma politização indesejável, agravada com o “caso Lula”, reprovou a conduta dos membros da força-tarefa e invocou a ideia que se tornara quase que um lema pessoal seu – de que o combate à corrupção deve ser feito “dentro de marcos legais”⁴¹⁴ (op. cit.).

E não parou por aí. Em meio ao voto de Toffoli, posterior ao seu próprio, Mendes fez um aparte para abordar de forma muito mais profunda as irregularidades da “Lava Jato”. Neste momento, reproduziu o discurso crítico que já vinha expondo à imprensa: tratou das

⁴¹³ A explicação do próprio Ministro Gilmar Mendes sobre a evolução de seus posicionamentos já foi mencionada em vários pontos desta dissertação, em especial, nos itens 3.3.7.2 e 5.3.2.2.6.

⁴¹⁴ Lembre-se que, em diversas entrevistas, o ministro preferira frases de semelhante teor, como, por exemplo: “não se combate o crime cometendo crime” (MENDES, 2019b; 2019d).

estratégias de manipulação de informações e uso da mídia, das cooperações indevidas e das ilegalidades nos acordos de colaboração, bem como comparou a atuação do Ministério Público com a de uma organização criminosa e desferiu impropérios contra seus membros.

O ministro chegou ao auge de seu pragmatismo quando disse que, diante dos abusos mencionados, seria “preciso arrumar as coisas”, referindo-se principalmente à prisão em segunda instância: “**É preciso arrumar as coisas**; algumas concessões que foram feitas em nome inclusive da higidez do sistema e da celeridade precisam ser revistas. É esta questão que se coloca, quer dizer, de respostas para esses fatos [...]” (TOFFOLI, 2019b, grifo nosso).

Os vários trechos destacados – sejam menções às pressões externas que pairavam sobre o STF, sejam ponderações sobre as consequências de uma ou outra escolha – *indicam que os ministros estiveram atentos, durante o julgamento, ao contexto de extrema politização fomentado pelo combate à corrupção. Contexto esse que se tornara ainda mais fragmentado, em termos ideológicos, após a divulgação das comunicações da “Lava Jato”.*

Com efeito, uma interpretação bastante verossímil para a nova virada jurisprudencial envolve a *sensibilidade a essa conjuntura, experimentada por Rosa Weber e, principalmente, por Gilmar Mendes e Dias Toffoli.*

Quanto à Ministra Rosa, o enfraquecimento da “Lava Jato”, somado a certo distanciamento do “caso Lula”, possivelmente criou condições para que ela retomasse a posição que defendera ao menos até 2016. Na verdade, esse caminho fora aberto no julgamento do *habeas corpus* de 2018, quando a ministra, apesar de votar com a maioria, ressaltou que seu posicionamento pessoal sempre fora pelo aguardo do trânsito em julgado e que o tema deveria ser revisitado em sede de controle concentrado (BRASIL, 2018c, p. 206). Assim, eventuais tratativas informais entre ela e os integrantes da coalizão pró-operação⁴¹⁵, se realmente existiram, restringiram-se ao julgamento do HC de Lula, não abarcando a definição do tema nas ADCs.

Nesta última oportunidade, os ânimos externos ao tribunal haviam se arrefecido, embora Weber continuasse a ser alvo de críticas e especulações (quanto ao posicionamento que viria a adotar) na mídia e redes sociais. Por esse motivo, ela apresentou um voto extenso, com retórica centrada na interpretação literal da presunção de inocência e um longo discurso sobre a premissa de que enfim se estaria diante da via adequada para a “cognição plena da

⁴¹⁵ A hipótese já foi levantada no item 5.4.5.4, ao qual se remete a leitura.

questão de fundo em debate” (WEBER, 2019, p. 37)⁴¹⁶. Nesse sentido, emblemáticas as seguintes palavras da ministra:

Não obstante, sempre ressaltei estar pronta para me debruçar sobre o tema quando a questão se apresentasse em procedimento apto a produzir pronunciamento com a mesma eficácia – dos pontos de vista procedimental e sistêmico – como apenas hoje – por razões que não detenho –, se oportuniza (op. cit., p. 38).

Mas é especialmente às posturas de Mendes e Toffoli que se atribui esta terceira mudança de orientação. Ambos os ministros, além de revelarem uma fina sintonia entre si (para além do tema em comento) e a incorporação de ponderações pragmáticas em suas decisões, há tempos já apresentavam tendências de refrear os poderes da operação “Lava Jato”. Integravam uma coalizão no STF que foi amplamente tida, aos olhos do público externo, como “anti-lavajatista”.

Veja-se que essas tendências ainda não eram tão fortes em 2016, provavelmente restando sobrepujadas pela aclamação midiática e popular em torno da “Lava Jato” e pelo objetivo de incrementar a eficiência do aparato estatal persecutório. Isso explica porque os dois ministros votaram a favor da execução provisória, que se tornou um instrumento muito útil às investigações. Aliás, frise-se, outra vez, que Mendes sempre deixou clara a sua percepção de que os ministros do STF podem – e devem – agir para melhorar o sistema e adequá-lo à realidade⁴¹⁷.

Todavia, com o passar do tempo, essas tendências reprimidoras da “Lava Jato” evoluíram, em contraposição a uma queda de popularidade da operação. Ademais, a autorização para o cumprimento de pena antecipado, encarada como um imperativo pelos tribunais, passou a surtir efeitos incompatíveis com seus interesses. Da execução após a condenação em segunda instância, os ministros passaram a defender o marco do julgamento pelo STJ. E, ao final de 2019, num momento bastante propício para contrariar o “espírito da Lava Jato”, endossaram a tese do trânsito em julgado.

⁴¹⁶ Para maiores detalhes sobre as fundamentações da ministra, consultar o capítulo 3, item 3.3.6.2.1 (referente ao HC n.º 152.752/PR) e 3.3.7.2 (referente às ADCs n.º 43, 44 e 54).

⁴¹⁷ Vide item 5.3.2.3.1, deste capítulo.

CONCLUSÃO

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, diz o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. E o diz desde 1988. Para alguns, a norma é clara. Para outros, nem tanto. De todo modo, fato é que nunca houve alteração de qualquer das palavras ali dispostas, mas várias foram as ressignificações que o Supremo Tribunal Federal e seus ministros deram ao sentido fornecido pelo conjunto.

Essa constatação provocou a elaboração do presente trabalho, com o objetivo geral de investigar os aspectos jurídicos, ideológicos e estratégicos envolvidos nos processos decisórios do STF e possivelmente determinantes para as oscilações de comportamento do tribunal no caso da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Para tanto, buscou-se realizar uma análise empírica do caso, pautada nos métodos da pesquisa em julgados, da pesquisa documental e da entrevista, e mantenedora de constante diálogo com a literatura – obras teóricas e outros trabalhos empíricos relacionados aos temas pertinentes.

Inaugurando o conteúdo de forma dogmática, concluiu-se, no *capítulo 2*, que, conquanto haja amplo reconhecimento sobre a posição nuclear do princípio da presunção de inocência no sistema processual penal brasileiro, e sobre sua decorrência ínsita e mais genérica – a lógica da excepcionalidade da culpa –, muito se discute a respeito do conteúdo e da extensão da garantia em sua manifestação específica do adequado tratamento ao inocente. No centro dessa controvérsia, está justamente a possibilidade (ou a impossibilidade) de se iniciar o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença, que opõe interpretações ditas literais da norma do art. 5º, LVII, em prestígio ao texto e à supremacia da Constituição, a outras, intituladas sistêmicas e/ou pragmáticas, as quais orientam a considerar também as regras recursais e/ou a tutela da efetividade e credibilidade da justiça penal.

No *capítulo 3*, histórico-evolutivo, a cronologia dos eventos expôs a oscilação do tribunal na matéria, compreendida a partir das viradas promovidas pelo órgão máximo dentro de curtos espaços de tempo – nos anos de 2009, 2016 e 2019. Ademais, revelou que, de um lado, a posição fixada em 2009 manteve-se estável até 2016, de outro, o período transcorrido entre 2016 e 2019 foi marcado por grande instabilidade, com inúmeras decisões que contrariavam a orientação do colegiado, alterações nos entendimentos pessoais de Dias Toffoli e Gilmar Mendes e um voto surpreendente de Rosa Weber no “caso Lula”. E, por fim, apontou que o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade não encerrou a

controvérsia da execução provisória da pena, subsistindo debates no próprio Judiciário, no Legislativo e na comunidade de juristas.

Assim, embora o foco tenha sido construir uma visão panorâmica do caso, com exposição das principais teses e argumentos debatidos, e intuito de servir ao ulterior exame das motivações por trás do comportamento oscilante, o capítulo acabou permitindo algumas considerações preliminares sobre o elevado grau de personalismo dentro do tribunal e sobre a influência marcante dos variados contextos sociopolíticos.

Ao explorar os modelos de comportamento judicial no **capítulo 4**, chegou-se a duas importantes conclusões para a parte principal, que viria na sequência. A primeira delas é, na verdade, uma ponderação bastante recorrente na produção nacional, e diz respeito à dificuldade de transposição das metodologias originalmente desenvolvidas pelos modelos clássicos para o estudo dos juízes e tribunais brasileiros, pois tais teorias foram concebidas para o contexto do Poder Judiciário norte-americano, dotado de particularidades que não se repetem no Brasil.

A segunda, mais distintiva, e decorrente de uma ampla visão das deficiências inerentes à técnica dos modelos, consiste na eleição de uma **abordagem dita inter-relacional** como a melhor forma para analisar o comportamento do STF em casos difíceis no aspecto político-social, categoria muito bem ilustrada pelo caso da execução provisória da pena. Nesse sentido, denominou-se “inter-relacional” o tratamento integrado dos modelos legalista, atitudinal (ideológico) e estratégico, superando as fronteiras existentes entre eles para lidar com os seus elementos de maneira complementar, sobreposta e fluida.

Essa abordagem inter-relacional orientou o **capítulo 5**, que, tratando-se da parte propriamente empírica do trabalho, é considerado o seu âmago. Os dados coletados foram sistematizados em **três eixos de análise** da atuação do tribunal e de seus ministros, os quais funcionaram como diferentes lentes de observação para o fenômeno relativo à controvérsia da prisão em segunda instância.

Dentro dessa lógica, o **eixo I – Normas, precedentes, interpretação e dogmática jurídica** – teve que recorrer aos próprios discursos dos ministros, o que ensejou uma ressalva, no sentido da impossibilidade de discernir os fundamentos jurídicos constantes dos votos como causas para determinada solução ou como mera retórica de racionalização. Mais do que isso, questionou-se a separação dos contextos da descoberta e da justificação que, na visão de alguns autores, devem ser encaradas como fenômenos dinâmicos.

De todo modo, a grande contribuição do eixo foi admitir a **participação das normas e precedentes nos processos decisórios relacionados à execução provisória da pena**

na forma de um constrangimento legalista – uma participação longe de ser preeminente, com força variável a depender do ministro e não extensível a todos eles (levando em conta a ressalva sobre a mera retórica de racionalização). Trata-se esse constrangimento de ponderações que, embora possam assumir natureza sincera ou estratégica e se manifestar já na descoberta ou somente depois de idealizada a melhor solução, conduziram ao descarte de resultados tidos pelo julgador como inconciliáveis com o princípio da presunção de inocência.

Ademais, considerando a amostra, inferiu-se a maior possibilidade de conformação legalista nos discursos provenientes de ministros que sempre mantiveram uma posição em desfavor da prisão antes do trânsito em julgado (Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski), devido à preponderância da interpretação dita literal do princípio e ao menor uso de argumentos pragmáticos.

No *eixo II – “Radiografia” do Supremo: composições, preferências pessoais e coalizões* –, voltado à dinâmica interna que rege suas várias unidades decisórias, concluiu-se que o comportamento oscilante e instável do tribunal ao longo dos trinta anos de controvérsia foi composto por uma *coleção de condutas deliberativas e personalistas, imbrincadas numa relação pendular*, o que revela o funcionamento por vezes desarmônico da instituição.

Um olhar focado nas *mudanças de composição* permitiu levantar uma hipótese que foi posteriormente retomada no eixo III: se, por um lado, a renovação quase que total dos ministros ocorrida entre os precedentes de 1991 e 2009, foi um fator relevantíssimo para a primeira virada jurisprudencial, por outro, um segundo processo renovatório entre os *habeas corpus* de 2009 e 2016, embora tenha claramente contribuído, não foi assim tão determinante para a virada subsequente. A principal evidência nesse sentido é o advento de uma terceira virada em 2019, dentro de um período de tempo curto e bastante instável, e com apenas uma substituição entre os integrantes da corte.

Diante dessa percepção, os demais elementos do eixo levaram em conta os ministros que fizeram parte da corte de 2016 em diante. Alguns deles, sobretudo pela presença marcante no caso, foram examinados quanto às suas preferências pessoais – expressão utilizada em ampla acepção, abrangendo a visão de mundo e também a disposição ao agir estratégico. Essa abordagem particular acabou sendo complementada pela observação do fenômeno das coalizões, pois se notou que, em tema de execução provisória, *a fragmentação político-ideológica do tribunal, tanto ao nível das disputas individuais de preferências, quanto ao nível da divisão em blocos de votação, esteve intimamente ligada à perspectiva dos ministros sobre a operação “Lava Jato”*.

Tratando-se das coalizões, os dados permitiram inferir que, com o avanço da “Lava Jato” e sua incorporação no cotidiano do Supremo, houve o desenvolvimento de dois grupos antagônicos dentro do tribunal, dos quais estiveram à frente os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso. Assim, se, de um lado, Mendes, Toffoli e Lewandowski faziam inúmeras críticas à operação e se pronunciavam de modo a limitar a atuação da força-tarefa, de outro, Barroso, Cármen Lúcia, Fachin e Fux enfatizavam a importância da “Lava Jato” para o combate à corrupção e buscavam cancelar e fortalecer as condutas de seus agentes. Com efeito, a extrema desunião entre os membros da corte ficou muito evidente a partir de uma série de julgamentos que dividiram o Plenário.

O alinhamento de posições entre os ministros de uma mesma coalizão indicou a ocorrência de processos deliberativos no tribunal, dentro e fora das sessões de julgamento. Os últimos são o que se denominou como “tratativas informais”. No caso em apreço, os próprios ministros reportaram a realização de tratativas dessa ordem, com o intuito não apenas de alinhar posições, mas também de persuadir e/ou negociar.

Mas, a despeito dos registros de atuação compartilhada, ***o caso foi palco de um personalismo exacerbado***, verificável por meio das diversas manifestações de poderes individuais: decisões monocráticas que contrariaram o entendimento fixado pelo colegiado, interferências na agenda do Plenário – seja pela presidência, claramente voltadas ao “controle de tempo”, seja pela relatoria, com escopo de afastar a apreciação de um processo pela Segunda Turma – e exposições na mídia de intenções de voto, preferências pessoais a respeito do tema e críticas direcionadas aos colegas de corte.

No ***terceiro e último eixo – “Panorama” com o Supremo: diferentes contextos sociopolíticos e pragmatismo decisório*** – refletiu-se sobre a ascendência do STF na arena de debates públicos, que hoje atua como única ou última instância na apreciação e regulação de inúmeras demandas sociais, em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de possível conceituação do fenômeno da judicialização da política, que trouxe consigo outras ponderações acerca do recente desempenho do STF – ou, ao menos, de parte de seus ministros – nos casos difíceis.

A primeira delas direcionou-se ao ***elevado grau de ativismo judicial***, definido como uma disposição interna do julgador para interpretar a Constituição de maneira proativa e construir e adaptar o direito.

A segunda recaiu sobre a constante sensibilidade dos ministros em relação ao contexto, às possíveis consequências de uma decisão ou às reivindicações sociais (gerais ou atinentes a determinadas coletividades), que acaba gerando respostas muito mais pragmáticas

do que propriamente jurídicas. Ou seja, em razão da judicialização da política, ***o pensamento pragmático*** – tido como espécie de atuação politizada, embora não partidária – ***ganhou destaque como perfil decisório do Supremo.***

Diretamente relacionada às duas anteriores, a terceira das ponderações caminhou no sentido de que a postura ativista e o raciocínio pragmático frequentemente abrangem um tipo específico de preocupação: a forma como uma determinada decisão será recebida pelos Poderes Legislativo e Executivo, pela opinião pública e pela mídia. Estando o STF no centro da arena política, sendo composto por ministros não eleitos por voto popular, ele precisa assegurar capital político para manter sua legitimidade e autoridade decisória e, assim, deve evitar proferir decisões impopulares aos olhos de todos os agentes sociais. Desse modo, ganha força a hipótese de que ***o tribunal desempenha uma espécie de “cálculo político” nos casos difíceis***, equacionando os interesses dos poderes representativos e da opinião pública para tentar prever quais os limites externos que pairam sobre suas escolhas e, assim, possivelmente moderá-las.

Ademais, destacou-se o papel ativo que a mídia exerce na mediação dos fluxos comunicativos bidirecionais mantidos entre o Supremo e a sociedade. Ao transmitir as informações de modo seletivo e distorcido, ***a mídia é capaz de interferir tanto na formação da opinião pública quanto no comportamento dos Ministros do Supremo, ao mesmo tempo em que também sofre influência recíproca desses atores.***

Após essas reflexões gerais, foram formuladas hipóteses sobre os julgados paradigmáticos e seus respectivos contextos sociopolíticos.

Nesse sentido, o HC n.º 68.726/DF remete ao período de transição democrática, no qual o STF ***ainda hesitava em exercer os amplos poderes que lhe haviam sido conferidos pela Constituição de 1988 e interpretava as normas constitucionais de maneira restritiva.*** Essas circunstâncias são bastante visíveis no precedente, uma vez que a consagração do princípio da presunção de inocência não foi suficiente para incitar desconfiança sobre a jurisprudência anterior pela possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, fundamentada na legislação infraconstitucional.

Em 2009, porém, o tribunal havia experimentado um processo de expansão das próprias competências, fomentado por incentivos do Legislativo e da sociedade, e também pelas sucessivas renovações em sua composição. Assim, ***novos ministros, conscientes de seu protagonismo na cena política, engajados num movimento de efetivação dos direitos e garantias constitucionais e preocupados com a questão carcerária,*** engataram a marcha que

culminou com a primeira virada jurisprudencial no HC n.º 84.079/MG, proibindo a execução provisória da pena.

Esse foi o entendimento que perdurou até 2016, quando a operação “Lava Jato” tomara conta do cenário sociopolítico brasileiro e fragilizara o equilíbrio do Supremo, submetendo-o a constantes pressões antagônicas. Parte importante da agenda do tribunal passara a ser dedicada a demandas ligadas direta ou indiretamente à “Lava Jato”, e agir em benefício da operação, que conquistara o apoio da mídia e da sociedade (ou, ao menos, de grupos expressivos), normalmente significava contrariar os interesses de autoridades políticas.

Referido contexto gradualmente intensificou o comportamento oscilante do tribunal e a desagregação interna nas ditas coalizões. Todavia, em 2016, certa unidade institucional ainda era preservada, sobretudo, porque a operação estava no auge, e também porque o seu relator, o Ministro Teori Zavascki, atuava de maneira centralizadora. Assim, concluiu-se que a readmissão da execução da pena após a condenação em segunda instância *foi estrategicamente pensada pelo relator e outros ministros* (inclusive Gilmar Mendes e Dias Toffoli) *como forma de aprimorar o sistema processual e fortalecer o combate à corrupção*, dado o potencial do instituto para fomentar acordos de colaboração premiada e inibir recursos protelatórios. Estratégia tal que envolveu o manejo inusitado de um processo subjetivo – o HC n.º 126.292/SP – e que correspondeu às expectativas da força-tarefa da “Lava Jato”, da opinião pública e da mídia.

No entanto, o novo precedente não pacificou a questão, sucedendo-se um período de extrema instabilidade e fragmentariedade na corte. A recolocação do tema em Plenário noutros dois processos ainda no mesmo ano, a perda da figura central de Zavascki, as várias decisões monocráticas que contrariaram a posição do colegiado e as alterações pessoais de Toffoli e Mendes, que agora defendiam o esgotamento da via perante o STJ como marco inicial para a execução, são evidências nesse sentido.

E o desequilíbrio evoluiu até 2018, quando, por opção da então Presidente Cármen Lúcia, houve o julgamento do HC n.º 152.752/PR – o *habeas corpus* do ex-Presidente Lula. O Supremo viu-se em meio a uma situação altamente complexa, pois a prisão do político era assunto que gerava profunda cisão na sociedade brasileira. Assim, embora uma maioria de ministros já se declarasse contra a prisão em segunda instância (ao menos), *permitir a revisão da jurisprudência no “caso Lula” poderia ensejar altos custos à credibilidade da instituição*. Presume-se que o quadro tenha ensejado negociações informais que levaram a Ministra Rosa Weber, foco de pressões externas e internas, a denegar a ordem e, conseqüentemente, fazer prevalecer a posição de 2016.

Ao final de 2019, porém, o relativo enfraquecimento da operação “Lava Jato” criou condições para a terceira virada jurisprudencial nas ADCs n.º 43, 44 e 54. Uma sequência de decisões do STF impusera limitações às técnicas e mecanismos investigatórios, e, ademais, a operação tivera a sua credibilidade abalada perante a mídia e a opinião pública, a partir das várias divulgações de mensagens sigilosas trocadas entre os membros da força-tarefa, as quais revelavam ações politizadas, pouco éticas e legalmente questionáveis na condução das diligências.

A conjuntura possivelmente favoreceu as tendências moderadoras de Toffoli e Mendes em relação à “Lava Jato”, contribuindo para mais uma evolução em seus posicionamentos pessoais. Com efeito, sempre adeptos ao ativismo, sensíveis ao contexto e impulsionados pelo objetivo de aprimorar o sistema, ambos os ministros haviam sido favoráveis à execução a partir da segunda instância em 2016, passaram a defender como marco inicial o esgotamento perante o STJ e, finalmente, aderiram à tese do trânsito em julgado nas ADCs. Inclusive, o julgamento destas ações foi pautado por iniciativa de Toffoli, quando ele entendeu ser mais conveniente.

Igualmente, reputa-se que *o novo contexto, aliado a um distanciamento do “caso Lula”, também tenha permitido que Rosa Weber retomasse a posição pelo aguardo do trânsito em julgado.*

A narrativa abrangente deste estudo de caso levou a concluir que os processos decisórios desenvolvidos pelo STF em casos difíceis de grande repercussão política e social são altamente complexos e diversificados e, assim, *compreendê-los em perspectiva qualitativa demanda investigações que transcendam as tradicionais categorias dos modelos comportamentais.* Investigações multifacetadas, capazes de considerar (ou, pelo menos, de não desconsiderar) a *influência simultânea e dinâmica de fatores motivacionais variados* – de natureza jurídica e, principalmente, extrajurídica – e a *existência de diferentes níveis decisórios dentro do tribunal*, os quais frequentemente atuam de maneira descoordenada.

De fato, acredita-se que cada um dos eixos desta análise dita inter-relacional permitiu formular interpretações minuciosas e relevantes sobre determinados aspectos do episódio da execução provisória da pena, *combináveis, em certa medida, para uma visão panorâmica, que agrega estratégia, preferências pessoais e constrangimento legalista*, ainda que com certa preponderância do primeiro elemento. Visão essa que admite o alto grau de personalismo dentro do tribunal, mas sem desmerecer a formação de grupos de afinidade e as deliberações que ocorrem dentro e fora das sessões de julgamento. E que se mantém atenta à

evolução do contexto sociopolítico, notadamente, dos interesses de atores externos à corte, com possíveis reflexos nas ponderações dos ministros.

Aliás, aposta-se no potencial explicativo dessa sistematização para outros casos difíceis de semelhante natureza, atentando-se – como não poderia deixar de ser, numa aproximação qualitativa – para as particularidades de cada um.

De todo modo, é claro que um trabalho como este, inserido no complexo e obscuro campo do estudo do comportamento humano, apresenta limitações. Com efeito, a realidade sobre as motivações que regem as condutas dos ministros do STF, assim como as de quaisquer seres humanos, é demasiadamente complexa e provavelmente inalcançável; está além daquilo que pode ser apreendido por meio da observação.

Mas, ainda que não seja possível chegar a conclusões absolutas, ainda que se deva reconhecer a inafastabilidade de certo subjetivismo do pesquisador na interpretação dos dados, *acredita-se que a formulação de hipóteses bastante plausíveis, convergentes com uma série de indícios das mais variadas ordens, represente uma contribuição enriquecedora para a pesquisa em direito.*

Diante dos claros sinais da natureza criativa da atividade judicial, a superação das fronteiras da tradicional cultura baseada na autonomia do direito e no dogmatismo, com acolhimento da interdisciplinaridade e da metodologia empírica, parece ser o melhor caminho para a compreensão das múltiplas dimensões desse fenômeno, que, além de jurídico, é também psicológico, social e político.

É assim que se espera que o presente trabalho tenha sido recebido.

REFERÊNCIAS⁴¹⁸

ABRANCHES, S. H. H. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de ciências sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988.

ADVOGADOS entregam ao STF abaixo-assinado contra prisão após segunda instância. **Folha de São Paulo** [on line], 15 jul. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/advogados-entregam-ao-stf-abaixo-assinado-contra-prisao-apos-segunda-instancia.shtml>. Acesso em: 25 mai. 2020.

ALBUQUERQUE, Ana Luiza. Movimentos pró e contra Lula tentam garantir espaço para manifestação. **Folha de São Paulo** [on line], 18 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1951555-movimentos-pro-e-contra-lula-tentam-garantir-espaco-para-manifestacao.shtml>. Acesso em: 27 mai. 2020.

ALBUQUERQUE, Ana Luiza; COSTA, Luís; PITOMBO, João Pedro. Protestos contra *habeas corpus* de Lula têm oração e mensagens de apoio a Moro. **Folha de São Paulo** [on line], 03 abr. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/manifestacao-contra-habeas-corpus-de-lula-reune-centenas-em-copacabana.shtml>. Acesso em: 27 mai. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Judiciário e uma agenda de moralização da política. In: PRONER et al. (Org.). **Comentários a um acórdão anunciado: o processo de Lula no TRF4**. CLASO, 2018 [arquivo eletrônico]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctvn96ggq.14>. Acesso em: 06 fev. 2020.

ALVES da SILVA, Paulo Eduardo. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei n. 12.403/2011 comentadas artigo por artigo**. Leme: J.H. Mizuno, 2012.

AMENDOLA, Gilberto; OSAKABE, Marcelo. Manifestantes fazem ato na Av. Paulista em apoio a Lula. **Estadão** [on line], 20 jul. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,manifestacao-em-apoio-a-lula-interdita-av-paulista,70001898383>. Acesso em: 27 mai. 2020.

ANDRADE, Cândido Teobaldo de Souza. Mito e realidade da opinião pública. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v.4, n.11, 1964.

ANIZELLI, Eduardo. Veja o que já foi publicado pela Folha com base em mensagens da Lava Jato. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 jul. 2019. Disponível em:

⁴¹⁸ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023).

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/veja-o-que-ja-foi-publicado-pela-folha-com-base-em-mensagens-da-lava-jato.shtml>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Em recado à Lava Jato, Toffoli diz que, sem STF, não haveria combate à corrupção. **Folha de São Paulo** [*on line*], 02 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/em-recado-a-lava-jato-toffoli-diz-que-sem-stf-nao-haveria-combate-a-corrupcao.shtml>. Acesso em: 09 abr. 2020.

APÓS votos de Rosa, Fux e Lewandowski, STF interrompe julgamento sobre prisão após 2ª instância. **Folha de São Paulo**, 24 out. 2019. Disponível em: <https://aovivo.folha.uol.com.br/poder/2019/10/24/5826-apos-votos-de-rosa-fux-e-lewandowski-stf-interrompe-julgamento-sobre-prisao-apos-2-instancia.shtml>. Acesso em: 27 jan. 2019.

ARBEX, Thais; TUROLLO JR., Reynaldo. Em recado à Lava Jato, Toffoli diz que, sem STF, não haveria combate à corrupção. **Folha de São Paulo**, Brasília, 02 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/em-recado-a-lava-jato-toffoli-diz-que-sem-stf-nao-haveria-combate-a-corrupcao.shtml>. Acesso em: 29 mai. 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck. Julgamento do STF sobre *impeachment* já começou: na imprensa, não no Plenário. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016a.

_____. Ligações Perigosas. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016b.

_____. Teori Zavascki: independência, serenidade e exatidão. In: FALCÃO, J. et al. (Org.) **O supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Filipe. Onze supremos e votos vencidos: dois fenômenos distintos. In: FALCÃO, J. et al. (Org.) **O supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista direito e práxis**, v.4, n. 7, 2013.

_____. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista direito GV**, São Paulo: Fundação Getulio Vargas, v.12, n.2, mai./ago. 2016.

_____. Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP: dossiê STF em discussão**, São Paulo, v. 37, n. 1, jan./abr., 2018.

ATOS nas ruas pedem impeachment de Gilmar Mendes. **Estadão** [*on line*], 19 nov. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,manifestacao-na-paulista-pede-impeachment-de-gilmar-mendes,70003093045>. Acesso: em 20 mai. 2020.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrícia de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55 n. 217, jan./mar. 2018, p. 135-156.

BÄCHTOLD, Felipe; BARAN, Katna. Mudança sobre 2ª instância no STF favorece Lula e mais 12 presos da Lava Jato. **Folha de São Paulo** [on line], São Paulo e Curitiba 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/mudanca-sobre-2a-instancia-no-stf-favoreceria-lula-e-mais-12-presos-da-lava-jato.shtml>. Acesso em: 24 mai. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais. Acesso em: 05 dez. 2019.

BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia brasileira revelada no “caso triplex”. In: PRONER et al. (Org.). **Comentários a um acórdão anunciado**: o processo de Lula no TRF4. CLASO, 2018 [arquivo eletrônico]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctvn96ggq.10>. Acesso em: 06 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, número especial, 2015.

_____. 'Sou contra a operação abafa, é preciso estar atento', diz ministro do STF. [Entrevista concedida a] Mônica Bergamo e Reynaldo Turollo Jr. **Folha de São Paulo** [on line], 14 nov. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1832033-sou-contr-a-operacao-abafa-e-preciso-estar-atento-diz-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. “O modelo político atual incentiva o pior nas pessoas”, diz Barroso. [Entrevista concedida a] Carolina Brígido e Francisco Leali. **O globo** [on line], 25 ago. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/o-modelo-politico-atual-incentiva-pior-nas-pessoas-diz-barroso-21744993>. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. Atravessando a tempestade em direção à nova ordem. **Consultor Jurídico** [on line], 28 dez., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/luis-roberto-barroso-atravessando-tempestade>. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF**. Rel.: Min. Marco Aurélio. [Voto escrito do Min. Luís Roberto Barroso – em elaboração]. Brasília, 23 out. 2019a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. [Voto oral do Min. Luís Roberto Barroso nas ADCs n.º 43, 44 e 54]. In: PLENO: prisão após condenação em segunda, instância (3/3). **STF**, 24 out. 2019b. vídeo (1h33 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1pEDCzYJafM&t=2874s>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BARROSO X Gilmar: entenda sucessão de fatos que deu ensejo à discussão. **Migalhas** [online], 22 mar., 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276851/barroso-x-gilmar-entenda-sucessao-de-fatos-que-deu-ensejo-a-discussao>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BAUM, Lawrence. **Judges ant their audiences: a perspective on judicial behavior**. 3 ed. Princeton: Princeton University Press, 2008.

BECCARIA, Cezare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Coleção biblioteca clássica. XXII v. 6 ed. São Paulo: Atena Editôra, 1959.

BERGAMASCO, Débora. Os estragos causados por Gilmar Mendes à Lava Jato. **Época**. [online], 22 dez. 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/12/os-estragos-causados-por-gilmar-mendes-lava-jato.html>. Acesso em: 19 mai. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 1 v. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades. **Consultor Jurídico** [online], 04 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BÔAS, Eduardo Villas. “Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atendo às suas missões institucionais”, **Twitter**: @Gen_VillasBoas, 03 abr. 2018. Disponível em: https://twitter.com/Gen_VillasBoas/status/981315180226318336?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E981315180226318336&ref_url=https%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fpoder%2F2018%2F04%2Fna-vespera-de-julgamento-sobre-lula-comandante-do-exercito-diz-repudiar-impunidade.shtml. Acesso em: 26 mai. 2020.

BOGOSSIAN, André. Fachin não encantou, nem escandalizou. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

BORGES, Laryssa; BRONZATTO, Thiago. Gilmar Mendes: o juiz que discorda do Brasil. **Veja** [online], 25 ago. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/gilmar-mendes-o-juiz-que-discorda-do-brasil/>. Acesso em: 19 mai. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. **Consultor Jurídico** [on line], 23 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Org.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOYD, C.; EPSTEIN, L., MARTIN, A.. Untangling the causal effects of sex on judging. **American journal of political science**, v. 54, n. 2, abr. 2010.

BRANDT, R.; MACEDO, F.; MOURA, Rafael Moraes. Lava Jato tem cerca de 100 condenados em segunda instância. **Estadão** [on line], 16 out. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lava-jato-tem-cerca-de-100-condenados-em-segunda-instancia/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 410**, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>. Acesso em: 30 jan. 2019.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 199**, de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em 30 jun. 2019.

_____. **Código de Processo Civil** (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1072. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Código de Processo Penal** (Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#art411. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. **Código de Processo Penal: Exposição de Motivos**, de 08 setembro de 1941. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 02 ago. 2019.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. **Decreto n.º 592**, de 06 de julho de 1992. Atos internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. **Decreto n.º 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. **Lei n.º 5.941**, de 22 de novembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. **Lei n.º 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. **Lei n.º 7.210**, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. **Lei n.º 8.038**, de 28 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. **Lei n.º 8.072**, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. **Lei n.º 9.034**, de 03 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

_____. **Lei n.º 12.034**, de 04 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

_____. **Lei n.º 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de lei anticrime**, de 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 15, de 2011**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 5, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7917931&ts=1574256753446&disposition=inline>. Acesso em: 30 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno** [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n.º 68.726/DF. Relator: Min. Néri da Silveira, Brasília, DF, 28 jun. 1991. **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 nov. 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso de *Habeas Corpus* n.º 71.959/RS. Relator: Min. Francisco Rezek, Brasília, DF, 03 fev. 1995. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 mai. 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102548>. Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n.º 72.366/SP. Relator: Min. Néri da Silveira, Brasília, DF, 13 set. 1995. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 nov. 1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15193/false>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus* n.º 80.174/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, DF, 06 jun. 2000. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 abr. 2002a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78268>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso de *Habeas Corpus* n.º 81.786/SC. Relator: Min. Carlos Veloso, Brasília, DF, 02 abr. 2002. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 abr. 2002b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur17088/false>. Acesso em: 1º jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus* n.º 82.909/PR. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 05 ago. 2003. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 out. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97062/false>. Acesso em: 1º jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 83.415-9/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 03 fev. 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 ago. 2004a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80229>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n.º HC n.º 79.376-2/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 24 set. 2002. **Diário da Justiça Eletrônico**, 22

out. 2004b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78044>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso ordinário em *Habeas Corpus* n.º 89.550-6/SP. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, DF, 27 mar. 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, 27 abr. 2007a. Disponível em:<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443482> >. Acesso em 04 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus* n.º 88.174/SP. Relator (acórdão): Min. Eros Grau, Brasília, DF, 12 dez. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, 31 ago. 2007b. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2888174%2EENUME%2E+OU+88174%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2w4x91y>. Acesso em: 04 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Medida Cautelar na Reclamação 2.391-5/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 09 set. 2003. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 mai. 2008a. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527241>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Questão de Ordem na Reclamação 2.391-5/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 10 mar. 2005. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 mai. 2008b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527243>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n.º 84.078-7/MG. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, DF, 05 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 25 fev. 2010. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso ordinário em *Habeas Corpus* n.º 93.172/SP. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 12 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 mai. 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622572>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo regimental no *Habeas Corpus* n.º 118.046. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 10 set. 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 out. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4622302>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus* n.º 117.897/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 04 fev. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 fev. 2014a. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5282445>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Monocrática). Recurso Extraordinário n.º 820.050/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 jun. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 jun. 2014b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000227435&base=baseMonocraticas>. Acesso: em 03 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Monocrática). Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, DF, 05 fev. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 10 fev. 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000302660&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 21 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Monocrática). Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 131.610/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 dez. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 dez. 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000182079&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, DF, 17 fev. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 mai. 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 135.327/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 08 set. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 set. 2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000042249&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 05 out. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 10 out. 2016c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf%3E..> Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo em Recurso Extraordinário n.º 964.246/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, DF, 10 nov. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 25 nov. 2016d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 142.173/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 23 mai. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 jun. 2017a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 135.933/SP. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 22 nov. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 08 jun. 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13016100>. Acesso em: 19 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 142.969/GO. Relator: Min. Rosa Weber, Brasília, DF, 30 jun. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 ago. 2017c Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268791>. Acesso em: 19 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 145.856/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 17 ago. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 22 ago. 2017d Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000309168&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 147.452/MG. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 05 set. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 08 set. 2017e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223920&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 147.953/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 19 out. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 out. 2017f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000083732&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 140.217/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 14 nov. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 nov. 2017g. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170213_029.pdf. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 138.092/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 01 dez. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 abr. 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14730411>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n.º 154.420/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 05 jun. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 11 jun. 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000065457&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* n.º 152.752/PR. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 04 abr. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 jun. 2018c.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 148.122/MG. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 18 out. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 23 out. 2018d. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000050584&base=baseMonocraticas2>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 601/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 07 ago. 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 ago. 2019a. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1006127/false>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 54. Rel.: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 19 dez. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 1º fev. 2019b. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho940855/false>. Acesso em: 03 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.º 1.188/DF. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 19 dez. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 1º fev. 2019c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Enunciado de súmula 122. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 dez. 2016. Disponível em:

https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRÍGIDO, Carolina. Marco Aurélio diz que faltou urbanidade a Joaquim Barbosa. **O globo [on line]**, 03 ago. 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/mensalao/marco-aurelio-diz-que-faltou-urbanidade-joaquim-barbosa-5679202>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Gilmar Mendes pede vista e adia julgamento de *habeas corpus* de Lula. **O globo [on line]**, 04 dez. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-pede-vista-adia-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula-23280717>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. Barroso vê risco de anular esforço no combate à corrupção e propõe alternativa. **O globo [on line]**, 26 set. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-ve-risco-de-anular-esforco-no-combate-corrupcao-propoe-alternativa-23976588>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Cármen Lúcia manobra para não beneficiar réus no supremo. **Época [on line]**, 05 mar 2020. Disponível em: <https://epoca.globo.com/carolina-brigido/carmen-lucia-manobra-para-nao-beneficiar-reus-no-supremo-24287618>. Acesso em: 13 abr. 2020.

CANÁRIO, Pedro. Cármen "tarda a pautar" ações sobre execução antecipada, diz Marco Aurélio. **Consultor Jurídico [on line]**, 20 mar. 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/carmen-tarda-pautar-aco-es-exceuc-o-marco-aurelio>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. Propostas foram ideias, decisão foi proibir execução provisória, diz Marco Aurélio. **Consultor Jurídico** [on line], 08 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/stf-proibiu-execucao-provisoria-debates-foram-ideias-relator>. Acesso em: 30 jan. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 133, ano 25, São Paulo: RT, jul. 2017.

CARDOSO, Maurício; MATSUURA, Lilian. “Senhor voto vencido”, Marco Aurélio diverge e fala pelas minorias. **Consultor Jurídico** [on line], 15 jun., 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/senhor-voto-vencido-marco-aurelio-diverge-pelas-minorias>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CARTA ao leitor: sobre princípios e valores. **Veja** [on line], 12 jul. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/carta-ao-leitor-sobre-principios-e-valores/>. Acesso em: 06 mai. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER *et al.*(Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASADO, Letícia; TUROLLO JR., Pressionada, Cármen Lúcia pauta julgamento de *habeas corpus* de Lula para quinta. **Folha de São Paulo** [on line], 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/pressionada-carmen-lucia-pauta-julgamento-de-habeas-corpus-de-lula-para-quinta.shtml>. Acesso em: 17 abr. 2020.

CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. A operação “lava jato” e o posto Ipiranga. **Consultor Jurídico** [on line], 26 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/kakay-operacao-lava-jato-posto-ipuranga>. Acesso em: 20 mai. 2020.

CESTARI, Roberto Tagliari; NOJIRI, Sergio. Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico. In: CONPEDI/UFS (org.). **Teorias da decisão e realismo jurídico** [recurso eletrônico on-line], coord. Eloy p. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas. Florianópolis: CONPEDI, 2015

CIDADES brasileiras têm atos contra a prisão do ex-presidente. **G1** [on line], 07 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/07/cidades-brasileiras-tem-atos-contr-a-prisao-do-ex-presidente-lula.ghtml>. Acesso em: 27 mai. 2020.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria geral do processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COELHO, Gabriela. Quero garantir que a “lava jato” vai continuar, defende Luiz Fux. **Consultor Jurídico** [on line], 08 jul. 2019a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-08/quero-garantir-lava-jato-continuar-fux>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Juíza condenou Lula no caso do sítio sem distinguir delatores e delatados. **Consultor Jurídico** [on line], 28 ago. 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/hardt-condenou-lula-distinguir-delatores-delatados>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Fux defende, mais uma vez, manutenção da prisão em segunda instância. **Consultor Jurídico** [on line], 24 out. 2019c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/fux-defende-novamente-manutencao-prisao-instancia>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Cármen Lúcia vota a favor da prisão após condenação em 2ª instância. **Consultor Jurídico** [on line], 07 nov. 2019d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/carmen-lucia-vota-favor-prisao-instancia>. Acesso em: 12 mar. 2020.

COLLETA, Ricardo Della. Fachin nega riscos à Lava Jato após vazamento e diz que ela não é suscetível a retrocesso. **Folha de São Paulo** [on line], 12 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/fachin-nega-riscos-a-lava-jato-apos-vazamento-e-diz-que-ela-nao-e-suscetivel-a-retrocesso.shtml>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, de 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Nota sobre julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF. 16 out. 2019. **Notícias CNJ**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: <https://goo.gl/13ktUk>. Acesso em: 31 jan. 2020.

D'AGOSTINO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. STF suspende julgamento com 4 votos a favor e 3 contra prisão após condenação em 2ª instância. **G1** [on line], Brasília, 24 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/24/julgamento-stf-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 27 jan. 2020.

D'MACÊDO, Juliana Maria. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Humanidades**, São Caetano do Sul – Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) – n. 25, 2013.

DATAFOLHA. Eleições 2018. **Folha de São Paulo**, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/08/22/dca656b8f2c41be5d125ec4e51b9e513.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

_____. Lava Jato. **Folha de São Paulo**, São Paulo, abr. 2019. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/04/1987747-maioria-61-considera-otimo-om-bom-desempenho-da-operacao-lava-jato.shtml>. Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Sérgio Moro. **Folha de São Paulo**, São Paulo, jul. 2019b. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/08/d2bb46e41e5edbef71074a8acc085b5smlj.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Avaliação do STF. **Folha de São Paulo**, São Paulo, jan. 2020. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/01/02/7e8c42dd3b0fc21750fd09831e73bdd9stf.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

DESPOSATO, S. W.; INGRAM, M. C.; LANNES JR., O. P. Power, composition, and decision making: the behavioral consequences of institutional reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 31, n. 3, ago, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. Coord.: Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS Toffoli, a marionete de Gilmar Mendes, e os detalhes dessa relação sinistra. **Jornal da cidade** [on line], 18 out. 2019. Disponível em: <https://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/16889/dias-toffoli-a-marionete-de-gilmar-mendes-e-os-detalhes-dessa-relacao-sinistra>. Acesso em: 13 abr. 2020.

DISCUSSÃO entre Gilmar e Lewandowski exemplifica polarização política do país. **Revista Consultor Jurídico** [on line], 17 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-17/discussao-entre-gilmar-lewandowski-exemplifica-polarizacao-pais>. Acesso em: 13 abr. 2020.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 1, n. 62, mar. 2002.

ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon (Org.). **Rational choice**. Nova York: New York University Press, 1986.

EM livro, Janot cita choro de políticos e ‘farmacinha’ de bebidas na PGR; leia resumo. **Folha de São Paulo** [on line], São Paulo, 19 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/em-livro-janot-cita-choro-de-politicos-e-farmacinha-de-bebidas-na-pgr-leia-resumo.shtml>. Acesso em: 24 mar. 2020.

EPSTEIN, Lee. Some thoughts on the study of judicial behavior. **William & Mary Law Review**. V.57. William & Mary Law School, 2017.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. **Political science paper**, n. 275, 1995. Disponível em: <http://20cience.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1998.

_____. Toward a strategic revolution in judicial politics: a look back, a look ahead. **Political Research Quarterly**. v. 53, n. 3, set, 2000, Sage Publications, University of Utah.

EPSTEIN; L.; LANDES, W.M.; POSNER, R.A. **The behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.. **Advice and consent**: the politics of judicial appointments. New York: Oxford University Press, 2005.

ESCOSTEGUY, Diego. Os homens que estão mudando o Brasil. **Época** [on line], 06 fev. 2015. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/02/os-homens-que-estao-bmudando-o-brasilb.html>. Acesso em: 06 mai. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF**. Rel.: Min. Marco Aurélio. [Voto escrito do Min. Edson Fachin – cópia]. Brasília, 23 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-edson-fachin.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

FALCÃO, Joaquim. Por que Lewandowski não pauta a ação da OAB sobre financiamento de campanha, retida por Gilmar?. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do supremo: uma retrospectiva de 2015. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

_____. Onze supremos: todos contra o Plenário. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, 2012.

FALCÃO, J.; PEREIRA, T.; ARGUELHES, D.W.. Gilmar Mendes contra as ideias. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

FALCÃO, Márcio. Fachin e a lava jato: 9 questões essenciais. **Jota** [on line], 02 fev., 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/fachin-e-lava-jato-9-questoes-essenciais-02022017>. Acesso em: 17 mar. 2020.

FARIA, Flávia. Veja as idas e vindas do Supremo sobre prisão após condenação em 2ª instância. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/veja-as-idas-e-vindas-do-stf-sobre-prisao-apos-2a-instancia.shtml?origin=uol>. Acesso em: 23 jan. 2020.

FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 33, jul./set. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTAINHA, Fernando; LIMA, Amanda. E. C.. Judiciário e a crise política no Brasil hoje: do mensalão à lava jato. In: KERCHE, F., FERES JR., J. (Coord.). **Operação lava jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

FÓRUM ESTADÃO: a reconstrução do Brasil, 5., 25 jul. 2018 [série de debates]. **Estadão**, 25 jul. 2018. vídeo (3h5min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YTEsSADWPN8&t=1076s>. Acesso em: 21 jul. 2020.

FERREIRA, Pedro Fernando de Almeida Nery. **Como decidem os ministros do STF**: pontos ideais e dimensões de preferências. Dissertação (Mestrado em Economia). Brasília: Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/13565>. Acesso em: 25 fev. 2020.

FIGUEIREDO, Rubens; CERVELLINI, Sílvia. Contribuições para o conceito de opinião pública. **Opinião Pública**, Campinas, v. 3, n. 3, dez. 1995.

FILHO, João. Como Barroso, Fachin e Fux blindaram a Lava Jato no STF. **The Intercept Brasil** [on line], 06 out. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/10/06/barroso-fachin-fux-blindaram-lava-jato-no-stf/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

FISCHER, Douglas. Execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. **Revista de Direito Público**, 25 n, jan./fev. 2009.

FOLHA cresce e lidera circulação entre jornais do país em 2019. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/folha-cresce-e-lidera-circulacao-entre-jornais-do-pais-em-2019.shtml>. Acesso em: 14 mai. 2020.

FONTAINHA, F.; SANTOS, C. V.; OLIVEIRA, A. In: ENGELMANN, F. (Org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

FORÇA-TAREFA da Lava Jato vence prêmio anticorrupção da Transparência Internacional. **Uol**, Brasília, 03 dez. 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/03/forca-tarefa-da-lava-jato-vence-premio-anticorrupcao-da-transparencia-internacional.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 17 jun. 2020.

FUX, Luiz. [Voto oral do Min. Luiz Fux nas ADCs n.º 43, 44 e 54]. In: PLENO: prisão após condenação em segunda, instância (2/2). **STF**, 25 out. 2019. vídeo (1h31 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=vf0si_XxmoU. Acesso em: 04 jun. 2020.

GABEIRA, Fernando. Uma operação transformadora [prefácio]. In: NETTO, Vladimir. **Lava jato**: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil [recurso eletrônico]. 1 ed. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre *et al.* Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, ano 1, n. 1, 2009. Disponível em:

http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf. Acesso em: 03 mai. 2020.

GIBSON, James L. From simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behavior. **Political behavior**, v. 5, n. 1, 1983.

GILLMAN, Howard. What's law got to do with it?: judicial behavioralists test the "legal model" of judicial decision making. **Law & social inquiry**, v. 26, n. 2, spring, 2001.

GILMAR MENDES ATACA Marco Aurélio Mello: “de velho a velhaco”. **Congresso em foco**, 11 mai. 2017. Disponível em:

<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/gilmar-mendes-ataca-marco-aurelio-mello-%e2%80%9cde-velho-a-velhaco%e2%80%9d/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

GILMAR MENDES DEVOLVE ação sobre financiamento empresarial de campanhas. **Consultor Jurídico** [on line], 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/gilmar-mendes-devolve-acao-questiona-doacoes-eleitorais>. Acesso em: 23 mar. 2020.

GOMES, Carla S. C. L. B.; MILHOMENS, Eduardo B. A.. Os desafetos da Constituição e a presunção de culpa na organização criminosa. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.).

Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Congresso pode permitir prisão após 2ª instância via emenda constitucional. **Consultor Jurídico** [on line], 12 nov. 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/luiz-flavio-gomes-congresso-permitir-prisao-instancia>. Acesso em: 30 jan. 2020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** 23/3, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 1994.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Análise de um modelo atitudinal do comportamento dos membros dos tribunais superiores no Brasil. **VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, Gramado, ago. 2012.

GREENHOUSE, Linda. Telling the Court's story: justice and journalism at the Supreme Court. **Yale Law Journal**, v. 105, 1996.

GREENWALD, Glenn; REED, Betsy; DEMORI, Leandro. Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro. **The Intercept Brasil** [on line], 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>. Acesso em: 29 mai. 2020.

GRUPO de deputados quer afrouxar a PEC da segunda instância. **G1** [on line], 02 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/02/grupo-de-deputados-quer-afrouxar-a-pec-da-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 06 jul. 2020.

HASSELMANN, Joice. **Sérgio Moro**: a história do homem por trás da operação que mudou o Brasil [recurso eletrônico]. São Paulo: Universo dos Livros, 2016.

HOLANDA, Marianna et al. Manifestações por prisão de Lula ganham as ruas do País. **Estadão** [on line], 03 abr. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,manifestacoes-por-prisao-de-lula-ganham-as-ruas-do-pais,70002253445>. Acesso em: 27 mai. 2020.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1923.

_____. **The path of the law**. Auckland: The floating press, 2009.

HORTA, Ricardo. L.; COSTA, Alexandre A. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista opinião jurídica**. Fortaleza, ano 15, n. 20, jan./jun., 2017.

IGREJA, Rebecca Lemos. O direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

JOHNSON, Charles A.. Law, politics, and Decision making: lower federal court uses of Supreme Court decisions. **Law & society review**, v. 21, n. 2, 1987.

JUPIASSU, Hilton. O espírito interdisciplinar. Palestra proferida em 20-4-2006 para alunos das disciplinas teoria crítica e teoria das organizações na EBAPE. **Cadernos EBAPE-BR**, v. IV, n. 3, out. 2006.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. **Law & society review**, v. 45, n. 2, jun. 2011.

KER, João. Gilmar Mendes é o ministro que deu mais HCs desde 2009. **Estadão** [on line], 06 jan. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,gilmar-e-o-ministro-que-deu-mais-hcs-desde-2009,70003145363>. Acesso em: 24 mar. 2020.

KLAFKE, G. F.; PRETZEL, B. R.; (2014). Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de estudos empíricos em direito**, v. 1, n. 1, jan. 2013.

LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. **The Georgetown Law Review**, v.101:113, 2012.

LAZARI, Rafael de. Estado de Coisas Inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade. **LFG**, Blog Acontece, 21 mai. 2018. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/estado-de-coisas-inconstitucional-um-dilema-judiciario-da-contemporaneidade>. Acesso em: 03 jul. 2020.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história da Lava-jato**. 2 ed (Coleção história agora. 13 v.). São Paulo: Geração Editorial, 2016.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF**. Rel.: Min. Marco Aurélio. [Voto escrito do Min. **Lewandowski** – em elaboração]. Brasília, 24 out. 2019a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-entende-prisao-instancia.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. [Voto oral do Min. Ricardo Lewandowski nas ADCs n.º 43, 44 e 54]. In: PLENO: prisão após condenação em segunda instância (2/2). **STF**, Brasília, 25 out. 2019b. vídeo (1h31 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=vf0si_XxmoU. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. Lewandowski: “O combate à corrupção no Brasil sempre foi um mote para permitir retrocessos”. [Entrevista concedida a] Carla Jiménez e Regiane Oliveira. **El país** [on line], 07 jan. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/politica/2020-01-07/lewandowski-o-combate-a-corrupcao-no-brasil-sempre-foi-um-mote-para-permitir-retrocessos.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

LIPPMANN, Walter. **Opinião pública**. Tradução e prefácio de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Depoimento do professor Aury Celso Lima Lopes. [Depoimento na audiência pública realizada na Câmara dos Deputados em 21 nov. 2017]. **O cafezinho**, 22 nov. 2017. vídeo (20 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=a9DxCd3bdIM>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Aury. Jurista desmonta argumentos que defendem prisão após segunda instância [Entrevista concedida a] Rafael Tatemoto. **Brasil de fato** [on line], 17 out. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/17/jurista-desmonta-argumentos-que-defendem-prisao-apos-segunda-instancia-falacias>. Acesso em: 10 jul. 2020.

LULA DA SILVA, Luiz Inácio. **Trajano e Juca Kfourri entrevistam Lula em Curitiba**. [Entrevista concedida a] José Trajano e Juca Kfourri, **Rede TVT**, 25 jun. 2019. vídeo (2h). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0hANma6KC1c>. Acesso em: 20 abr. 2020.

LULA se entrega à PF e é preso para cumprir pena por corrupção e lavagem de dinheiro. **G1** [on line], 07 abr. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/lula-se-entrega-a-pf-para-cumprir-pena-por-corrupcao-e-lavagem-de-dinheiro.ghtml>. Acesso em: 27 mai. 2020.

MACAULAY. The new versus the old legal realism: “things ain’t what they used to be”. **Wisconsin law review**. Wisconsin, v. 365, p. 366-403, 2005.

MACHADO, Maira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MANIFESTAÇÕES contra Gilmar Mendes e STF ocorrem em cidades pelo país. **O Globo** [on line], 19 nov. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/manifestacoes-contra-gilmar-mendes-stf-ocorrem-em-cidades-pelo-pais-24085774>. Acesso em: 20 mai. 2020.

MANZINI, Eduardo José. Considerações sobre a transcrição de entrevistas. In: **A entrevista na pesquisa em educação e educação especial: uso e processo de análise** (material utilizado para obtenção do título de livre-docência em Educação). Faculdade de Filosofia e Ciências – UNESP Marília. Observatório Nacional de Educação Especial (ONEESP), 2008. Disponível em: https://transcricoes.com.br/wp-content/uploads/2014/03/texto_orientacao_transcricao_entrevista.pdf. Acesso em: 07 out. 2019.

MARIANO SILVA, Jeferson. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). **Novos Estudos CEBRAP: dossiê STF em discussão**, São Paulo, v. 37, n. 1, jan/abr., 2018.

MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas. **Direitos Fundamentais.net**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 03 dez. 2019.

MARTÍ, Silas. Operação-abafa contra Lava Jato agora mira prisão em 2º grau, diz Barroso. **Folha de São Paulo** [on line], 08 abr. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/operacao-abafa-contralava-jato-agora-mira-prisao-em-2o-grau-diz-barroso.shtml?cmpid=assmob>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MARTINS, Rodrigo; MARIANO SILVA, Jeferson. Diferenças que fazem diferença: técnicas de estimação de pontos ideais no comportamento dos ministros do STF. In: **Encontro Anual da Anpocs**, 41. Caxambu: Anpocs, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. **Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF**. [Entrevista concedida a] Sylvio Costa. **Congresso em foco**, 17 abr. 2014. Disponível em : <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%9Ctroca-de-votos%E2%80%9D-de-ministros-no-stf/>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. **Marco Aurélio Mello: 25 anos de STF**. [Entrevista concedida a] Luiz Orlando Carneiro e Felipe Recondo, 09 jun. 2015. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D. W.;

RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

_____. **Marco Aurélio Mendes de Farias Mello II** (depoimento, 2016). Rio de Janeiro, CPDOC/Fundação Getulio Vargas (FGV), (3h 45min).

_____. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF**. Rel.: min. Marco Aurélio. [Voto escrito do Min. Marco Aurélio – em elaboração]. Brasília, 23 out. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017.

_____. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, 2018a.

_____. **Trinta anos, uma Constituição, três Supremos**: autorrestrrição, expansão e ambivalência, nov., 2018b. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329178877_Trinta_Anos_uma_Constituicao_tres_Supremos_-_Dra_Patricia_Perrone. Acesso em: 31 mar. 2020.

MELLO FILHO, José Celso de. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF**. Rel.: Min. Marco Aurélio. [Voto escrito do Min. Celso de Mello – em elaboração]. Brasília, 07 nov. 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. [Voto oral do min. Celso de Mello nas ADCs n.º 43, 44 e 54]. In: PLENO: início do cumprimento da pena (2/3). **STF**, 08 nov. 2019b. vídeo (2h23min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=j9esiq65rFY>. Acesso em: 04 jun. 2020.

MENDES, Andre. Lava Jato e a batalha da comunicação. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**: Tendências e Debates, São Paulo, 01 dez. 2010. Disponível em: <http://avaranda.blogspot.com/2010/02/conrado-hubner-mendes.html>. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. O inimigo do Supremo. In: FALCÃO, J. et al. (Org.) **O supremo tribunal criminal**: o supremo em 2017. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. [entre 2014 e 2016]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2019.

_____. **Gilmar critica Lava-Jato: “organização criminosa para investigar pessoas”**. [Entrevista concedida a] Correio Braziliense. Correio Braziliense [on line], 04 ago. 2019a.

Disponível em:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/08/04/interna_politica,775355/gilmar-mendes-chama-lava-jato-de-organizacao-criminosa-em-entrevista.shtml. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. **Uol e Folha entrevistam: Gilmar Mendes**. [Entrevista concedida a] Tales Faria e Thais Arbex. **Uol**, 15 set. 2019b. vídeo (49 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mJ00BT03RCY>. Acesso em: 31 mai. 2020.

_____. **Entrevista**. [Entrevista concedida a] Taísa Magro Ostini, mestrande do programa de Pós-graduação da **Faculdade de Direito de Ribeirão Preto** – USP, Brasília, 16 set, 2019c. 1 arquivo.mp3 (25 min). A entrevista na íntegra (versão editada) encontra-se transcrita no anexo D desta dissertação.

_____. **Roda Viva: Gilmar Mendes**. [Entrevista concedida a] Daniela Lima. **Roda Viva**, 07 out. 2019d. vídeo (1h22min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-X-rECWSNJw>. Acesso em: 31 mai. 2020.

_____. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF**. Rel.: Min. Marco Aurélio. [Voto escrito do Min. Gilmar Mendes]. Brasília, 07 nov. 2019e. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. **[Voto oral do min. Gilmar Mendes nas ADCs n.º 43, 44 e 54]**. In: PLENO: início do cumprimento de pena (1/3). **STF**, 08 nov. 2019f. vídeo (1h46min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JdpSdrxSKmc>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. Gilmar Mendes, ministro do STF, solta o verbo para a Poder: “Se me chamar de corrupto, toma processo... e doo tudo que recebo”. [Entrevista concedida a] Paulo Vieira e Fábio Dutra. **Glamurama** [*on line*], 16 nov. 2019g. Disponível em: <https://glamurama.uol.com.br/gilmar-mendes-ministro-do-stf-solta-o-verbo-para-a-poder-se-me-chamar-de-corrupto-toma-processo-e-doo-tudo-que-recebo/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. “Prisão antes da sentença judicial condenatória é exceção (e não a regra) na Constituição Federal de 1988”. **Twitter**: @gilarmendes, 29 jun. 2019h. Disponível em: https://twitter.com/gilarmendes/status/1145093856276492293?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ct_wcamp%5Etweetembed%7Ctwtterm%5E1145093856276492293&ref_url=https%3A%2F%2Ftwitter.com%2Fgilarmendes%2Fstatus%2F1145093856276492293. Acesso em: 08 abr. 2020.

MILES; T.J.; SUSTEIN, C.R. The new legal realism. **Public law and legal theory working paper series**. Chicago, dez. 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283. Acesso em: 29 set. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 23 mai. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. [Voto oral do Min. Alexandre de Moraes nas ADCs n.º 43, 44 e 54]. In: PLENO: prisão após condenação em segunda instância (2/3). STF, Brasília, 24 out. 2019. vídeo (1h57 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8fvdtMX4hPo&t=7s>. Acesso em: 04 jun. 2020.

MORAES, Carolina. Manifestação na paulista apoia Moro e Bolsonaro e pede impeachment de Gilmar e Toffoli. **Folha de São Paulo** [on line], 17 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/manifestacao-na-paulista-apoia-moro-e-bolsonaro-e-pede-impeachment-de-gilmar-e-toffoli.shtml?cmpid=assmob&origin=folha>. Acesso em: 24 mar. 2020.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019.

MOTTA, Sylvio. A hierarquia legal dos tratados internacionais. **Consultor Jurídico** [on line], 18 set. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MOURA, Rafael Moraes. Gilmar diz que Moro foi “coaching da acusação”. **Estadão** [on line], 18 mai. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/10/02/gilmar-diz-que-moro-foi-coaching-da-acusacao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2020.

MOURA, R.M.; PIRES, B.; BULLA, B. “São tempos estranhos, geradores de grande perplexidade”, diz ministro do STF. **Estadão** [on line], 18 mai. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/sao-tempos-estranhos-geradores-de-grande-perplexidade-diz-ministro-do-stf/>. Acesso em: 18 mar. 2020.

MOURA, R. M.; PUPO, A. Voto de Rosa Weber deve indicar rumo de julgamento de 2ª instância no STF. **Estadão** [on line], 24 out. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,rosa-weber-deve-indicar-rumo-de-julgamento-da-2-instancia-no-stf,70003061499>. Acesso em: 23 jan. 2020.

‘NÃO há razões para isso’, diz Cármen Lúcia sobre STF voltar a julgar prisão após condenação em 2ª instância. **G1** [on line], Brasília, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/nao-ha-razoas-para-isso-diz-carmen-lucia-sobre-stf-voltar-a-julgar-prisao-apos-2-instancia.ghtml>. Acesso em: 16 jan. 2020.

NETTO, Vladimir. **Lava jato:** o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil [recurso eletrônico]. 1 ed. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NINIO, Marcelo. Apoio do público protege a Lava Jato de sabotagens, diz Moro nos EUA. **Folha de São Paulo** [on line], 15 jul. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1792158-apoio-do-publico-protege-a-lava-jato-de-sabotagens-diz-moro-nos-eua.shtml>. Acesso em: 24 mai. 2020.

NOJIRI, Sergio. Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre modelos de decisão judicial. In: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da (Org.). **Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE**. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 313–324.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo Relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista brasileira de ciências sociais**. São Paulo, v. 27, n. 80, out. 2012a.

_____. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. **Revista de sociologia e política**. Curitiba, v. 20, n. 44, nov. 2012b.

_____. **Supremo Tribunal Federal: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012c.

_____. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. **Revista direito e práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 03, 2017.

OLIVEIRA, Mariana. Marco Aurélio Mello determina soltura de todos os presos com condenação após 2ª instância. **G1 [on line]**, 19 dez. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/19/marco-aurelio-mello-determina-soltura-de-todos-os-presos-com-condenacao-apos-2a-instancia.ghtml>. Acesso em: 06 abr. 2020.

OLIVEIRA, Mariana; D'AGOSTINO, Rosanne. STF deve definir em 2020 regra das alegações finais de réus delatados e delatores. **G1 [on line]**, Brasília, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/27/stf-deve-deixar-para-2020-definicao-de-regras-das-alegacoes-finais-de-reus-delatados-e-delatores.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Toffoli derruba decisão que mandou soltar presos condenados em 2ª instância. **G1 [on line]**, 19 dez. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/19/toffoli-derruba-decisao-que-mandou-soltar-presos-condenados-em-2a-instancia.ghtml>. Acesso em: 06 abr. 2020.

OPERAÇÃO Lava Jato. **Folha de São Paulo [on line]**. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/?origin=uol>. Acesso em 20 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul)**, de 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 19 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> . Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. **ONU Brasil**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

OSAKABE, Marcelo. ‘Operação abafa’ contra corrupção é realidade ostensiva, diz Barroso. **Estadão** [on line]03 ago., 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,operacao-abafa-contracorrupcao-e-realidade-ostensiva-diz-barroso,70001922746>. Acesso em: 20 mar. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAULINO, Galtilênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16, n. 50, jul./dez. 2017.

PELUSO, Cezar. É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência. **Consultor Jurídico** [on line], 26 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia..> Acesso em: 19 mar. 2020.

PEREIRA, Joelma. Rosa Weber vota contra *habeas corpus* de Lula e abre caminho para a rejeição do pedido por 6 x 5. **Congresso em foco** [on line], 04 abr. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/rosa-weber-vota-contrahabeas-corpus-de-lula-e-abre-caminho-para-a-rejeicao-do-pedido-por-6-x-5/>. Acesso em: 04 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 9, n. 2, jul./dez. 2014.

POSNER, Richard A.. What has pragmatism to offer law? **Southern California Law Review**, v. 63, 1990.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, Yale Law School, v. 42, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 1 v. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRASS, Marco Aurélio; NETO, Antonio Fausto. ‘Pensamento comunicacional’ da Lava Jato: fragmentos de leitura do juiz Sérgio Moro. In: **XL Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - INTERCOM**, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/sis/eventos/2017/resumos/R12-2143-1.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2020.

PRÊMIO Gazeta Brasil: Gilmar Mendes o mais odiado de 2019. **Gazeta Brasil** [on line], 05 jan. 2020. Disponível em: <https://gazetabrasil.com.br/opiniao-do-leitor/premio-gazeta-brasil-gilmar-mendes-o-mais-odiado-de-2019/>. Acesso em: 19 mai. 2020.

RAMALHO, Renan. Toffoli diz que trocou de turma para atender a ‘apelo’ de ministros do STF. **G1** [on line], 11 mar. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava->

jato/noticia/2015/03/presidente-do-stf-autoriza-ida-de-toffoli-para-segunda-turma.html. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Celso de Mello diz ter sugerido reunião entre ministros, mas afirma que Cármen Lúcia ainda não fez convites. **G1** [on line], 20 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/celso-de-mello-diz-ter-sugerido-reuniao-entre-ministros-mas-afirma-que-carmen-lucia-ainda-nao-fez-convites.ghtml>. Acesso em: 17 abr. 2020.

RAMALHO, Renan; OLIVEIRA, Mariana. TSE decide por 6 votos a 1 rejeitar a candidatura de Lula a presidente. **G1** [on line], 31 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/31/maioria-dos-ministros-do-tse-vota-pela-rejeicao-da-candidatura-de-lula.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

RECONDO, Felipe. Concentrador, errático e arriscado: o processo de escolha de Fachin. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016a.

_____. A política como inimiga. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016b.

_____. Retrospectiva: o supremo em 2017. In: FALCÃO, J. et al. (Org.) **O supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Letramento, 2018a.

_____. O duelo do ano no STF. In: FALCÃO, J. et al. (Org.) **O supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Letramento, 2018b.

_____. Aécio Neves e os 14 supremos. In: FALCÃO, J. et al. (Org.) **O supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Letramento, 2018c.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Márcio. Cármen Lúcia pode adiar o julgamento sobre prisão em segunda instância?. In: FALCÃO, J. et al. (Org.) **O supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

RECONDO, Felipe; MENDES, Conrado Hübner. O STF entre 2015 e 2016. In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W.; RECONDO, F.(Org.). **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

RELATOR da lava jato no STF, Fachin faz balanço de dois anos da operação. **G1** [on line], 10 dez. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/12/10/relator-da-lava-jato-no-stf-fachin-faz-balanco-de-dois-anos-da-operacao.ghtml>. Acesso em: 17 mar. 2020.

RIBEIRO, M.C.P.; DOMINGUES, V.H.. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista brasileira de políticas públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Cármen Lúcia reafirma posição a favor de prisão em segunda instância**. [Entrevista concedida a] Heraldo Pereira. **G1** [*on line*], 19 mar. 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/carmen-lucia-reafirma-posicao-favor-de-prisao-em-segunda-instancia.html>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. [Voto oral da min. Cármen Lúcia nas ADCs n.º 43, 44 e 54]. In: PLENO: início do cumprimento de pena (1/3). **STF**, 08 nov. 2019. vídeo (1h46min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JdpSdrxSKmc>. Acesso em: 04 jun. 2020.

ROCHA, Emerson. Decisões polêmicas de Gilmar Mendes rendem memes. **Pleno.news** [*on line*], 22 dez. 2017. Disponível em: <https://pleno.news/brasil/politica-nacional/decisoes-polemicas-de-gilmar-mendes-rendem-memes.html>. Acesso: em 24 mar. 2020.

RODAS, Sérgio. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após trânsito em julgado, diz STJ. **Consultor jurídico** [*on line*], 12 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-12/pena-restritiva-direitos-executada-fim-acao>. Acesso: em 1º jul. 2020.

RODRIGO Janot faz balanço da Operação Lava Jat. **G1**, 01 fev. 2016. vídeo. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/video/rodrigo-janot-faz-balanco-da-operacao-lava-jato-4779334.ghtml>. Acesso em: 22 mai. 2020.

RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rodrigo Bastos. Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020.

ROMANO, Giovanna; CAMPOS, João Pedroso. Quem são os condenados pela Lava Jato que podem deixar a prisão. **Veja** [*on line*], 07 nov. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/quem-sao-os-condenados-pela-lava-jato-que-podem-deixar-a-prisao/>. Acesso em: 22 mai. 2020

ROUVENAT, Fernanda. Após criticar MP, Gilmar Mendes diz que apoia Operação Lava Jato. **G1** [*on line*], Rio de Janeiro, 26 ago. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/08/apos-criticar-mp-gilmar-mendes-diz-que-apoia-operacao-lava-jato.html>. Acesso: em 16 abr. 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução [para o espanhol]: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

ROXO, Sérgio. Barroso diz que constituição deve ser interpretada em ‘sintonia com o sentimento social’. **O globo** [*on line*], 02 abr., 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-constituicao-deve-ser-interpretada-em-sintonia-com-sentimento-social-22549589>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SANTOS, Rafa. Para advogados, denúncia do MPF contra Glenn Greenwald é absurdo jurídico. **Consultor jurídico** [on line], 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/advogados-denuncia-mp-glenn-absurdo-juridico>. Acesso: em 29 mai. 2020.

SANTOS DE OLIVEIRA, Eduardo. O sistema político brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e a legitimidade democrática. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n. 33, mai./ago. 2013.

SCHAUER, Frederick. Legal Realism Untamed, **Texas Law Review**, v. 91, 2013. Disponível em: <http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Schauer.pdf>. Acesso em: 22 jan.2020. Acesso em: 19 jan. 2020.

SHAPIRO, Martin M.. **Courts: a comparative and political analysis** (e-book). Chicago: The University of Chicago Press, 1986.

SEGAL, J.A.; COVER. A.D.. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices. **American political science review**. v.83, n.2, p.557-565, jun.1989. Disponível em: <http://jstor.org/stable/1962405>. Acesso em: 19 jan. 2020.

SEGAL, J.; SPAETH, H.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, jan./abr. 2009.

STF DECIDE que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos (é proibida a execução provisória da pena). **Dizer o Direito**, 08 nov. 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/11/stf-decide-que-o-cumprimento-da-pena.html>. Acesso em: 23 jan. 2020.

STF SUSPENDE julgamento da prisão em 2ª instância com placar em 3x4. **Migalhas**, 24 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI313774,61044-AO+VIVO+Rosa+Weber+e+contra+prisao+em+2+instancia+placar+e+3x2>. Acesso em: 23 jan. 2020.

STF: TOFFOLI pauta prisão em 2ª instância para a próxima quinta-feira. **Migalhas** [on line], 14 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI313007,11049-STF+Toffoli+pauta+prisao+em+2+instancia+para+a+proxima+quintafeira>. Acesso em: 23 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 6, v.1, mai. 2013.

_____. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; BRENDA, Juliano. Novos argumentos sobre as ADCs contra a prisão em segunda instância. **Consultor jurídico** [on line], 13 jun. 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/senso-incomum-novos-argumentos-adcs-prisao-segunda-instancia>. Acesso: em 1º jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo. PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição. **Consultor Jurídico** [on line], 11 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>. Acesso em: 30 jan. 2020.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, N.; TAVARES, R.S.(Org). **As novas fronteiras do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: PoD Editora, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ministro Cezar Peluso defende PEC dos Recursos na CCJ do Senado. **Notícias STF**, Brasília, 07 jun. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181328&ori=1>. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____. AP 470: baixe a íntegra do acórdão. **Notícias STF**, Brasília, 22 abr.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. Lava-jato: apenas investigação contra detentor de prerrogativa de foro tramitará no STF. **Notícias STF**, Brasília, 10 jun. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=268915&caixaBusca=N>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. STF reafirma rito aplicado ao processo de impeachment de Fernando Collor. **Notícias STF**, Brasília, 17 dez. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306614>. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. 2ª Turma afasta prisão preventiva de José Dirceu. **Notícias STF**, Brasília, 02 mai. 2017a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342195>. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. 2ª Turma concede HC a empresários ligados ao ex-ministro José Dirceu. **Notícias STF**, Brasília, 03 out. 2017b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357942>. Acesso em 09 abr. 2020.

_____. 2ª Turma substitui por medidas cautelares prisão de empresário e ex-dirigente de federação do RJ. **Notícias STF**, Brasília, 10 out. 2017c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358688>. Acesso em: 09 abr. 2020

_____. STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares. **Notícias STF**, Brasília, 11 out. 2017d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853>. Acesso em: 14 abr. 2020

_____. **Informativo STF**, n. 886, Brasília, 27 nov. 2017/1º dez. 2017e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm#ADI:%20amianto%20e%20efeito%20vinculante%20de%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade>. Acesso em: 14 jul. 2020

_____. STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais. **Notícias STF**, Brasília, 03 mai. 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. **Notícias STF**, Brasília, 14 jun. 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Suspensa execução das penas de José Dirceu e João Cláudio Genu. **Notícias STF**, Brasília, 26 jun. 2018c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382521>. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais. **Notícias STF**, Brasília, 14 mar. 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. 2ª Turma reconhece cerceamento de defesa e anula condenação de ex-presidente da Petrobras. **Notícias STF**, Brasília, 27 ago. 2019b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421829>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. STF decide que delatados têm direito a apresentar alegações finais depois de delatores. **Notícias STF**, Brasília, 02 out. 2019c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Julgamento de ações sobre cumprimento de pena após condenação em segunda instância continuará na quarta-feira (23): relatório do ministro Marco Aurélio. **Notícias STF**, Brasília, 17 out. 2019d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC434454.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. Encerrada etapa de manifestações das partes no julgamento sobre execução da pena após condenação em 2ª instância. **Notícias STF**, Brasília, 23 out. 2019e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427779&caixaBusca=N>. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. STF retoma na quinta-feira (24) julgamento sobre prisão após condenação em segunda instância. **Notícias STF**, Brasília, 23 out. 2019f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427866&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. **Notícias STF**, Brasília, 07 nov. 2019g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público. **Notícias STF**, Brasília, 28 nov. 2019h. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&ori=1>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Julgamentos de impacto social, político e econômico marcaram pauta do STF em 2019. **Notícias STF**, Brasília, 31 dez. 2019i. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433939&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 jan. 2020.

SUSTEIN, Cass. R. (et al.). **Are judges political?:** an empirical analysis of the federal judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

TAMANAH, Brian. Z. **Beyond the formalist-realist divide:** the role of politics in judging. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TEIXEIRA, Matheus. Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena. **Consultor Jurídico** [*on line*], 26 mai. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>. Acesso em: 20 jul. 2020.

TOFFOLI, José Antonio Dias. **A Advocacia-Geral da União aberta às demandas da população:** entrevista com José Antonio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União. [Entrevista concedida a] Giselle Souza. **Revista Justiça & Cidadania**, 98 ed., 30 set. 2008. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-advocacia-geral-da-uniao-aberta-as-demandas-da-populacao/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. **José Antonio Dias Toffoli** (depoimento, 2014 / 2016). Rio de Janeiro, CPDOC/Fundação Getúlio Vargas (FGV), (5h 40min).

_____. **Ministro Dias Toffoli avalia a condução das operações.** [Entrevista concedida a] Portal o Tempo. **Portal o tempo**, 28 fev. 2016. vídeo (42 seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RtwtgacnUU>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. **Entrevista com Dias Toffoli: poder em foco.** [Entrevista concedida a] Fernando Rodrigues. **SBT Jornalismo**, 06 out. 2019a. vídeo (54 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IzzGGGhVz0E>. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. [Voto oral do Min. Dias Toffoli nas ADCs n.º 43, 44 e 54]. In: PLENO: Início do cumprimento de pena (3/3). **STF**, 08 nov. 2019b. vídeo (2h06 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HCnJpeGoyos>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Toffoli diz que Lava Jato ‘destruiu empresas’ e MP é pouco transparente.** [Entrevista concedida a] Luiz Maklouf Carvalho. **O Estado de São Paulo** [*on line*], 19 dez.

2019c. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,toffoli-diz-que-lava-jato-destruiu-empresas-e-mp-e-pouco-transparente,70003126821>. Acesso em: 10 abr. 2020.

TORQUATO, Gaudêncio. A politização do judiciário. **Migalhas** [on line], 15 mar. 2005. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/10541/a-politizacao-do-judiciario>. Acesso em: 28 abr. 2020.

TOTA, Antonio Pedro. Origens do bipartidarismo: uma tentativa de entender as eleições norte-americanas. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 81, jul. 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). Operação Lava Jato: TRF4 confirma condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. **Notícias**, 24 jan. 2018. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13418. Acesso em: 07 abr. 2020.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em Educação**. São Paulo: Atlas, 1987

TUMONIS, Vitalius. Legal realism & judicial decision-making. **Jurisprudence**. Mykolas Romeris University, v. 19, n. 4, p. 1361-1382, 2012.

TUROLLO JR., Reynaldo. Toffoli propõe ao Congresso que mude lei para evitar prescrição quando réu recorrer. **Folha de São Paulo** [on line], 28 out., 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/toffoli-propoe-ao-congresso-que-mude-lei-para-evitar-prescricao-quando-reu-recorrer.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

TUROLLO JR., Reynaldo; CASADO, Letícia. TSE barra candidatura de Lula com base na Ficha Limpa. **Folha de São Paulo** [on line], 31 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/maioria-do-tse-decide-barrar-candidatura-de-lula.shtml>. Acesso em: 27 mar. 2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science: new series**, v. 185, n. 4157, set. 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. Limitação de extensão da apelação e inexistência de execução penal provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 9, n. 33, 2001

_____. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon (Org.). **Rational choice**. Nova York: New York University Press, 1986.

VALENTE, Rubens; FERNANDES, Thalita; BALLOUSSIER, Anna Virginia. Na véspera de julgamento sobre Lula, comandante do Exército diz repudiar impunidade. **Folha de São Paulo** [on line], 3 abr. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/na-vespera-de-julgamento-sobre-lula-comandante-do-exercito-diz-repudiar-impunidade.shtml>. Acesso em: 26 mai. 2020.

VEJA melhores trechos de palestra de Moro e Lenio Streck em evento do IBCCrim. **Consultor Jurídico** [on line], 25 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-25/veja-melhores-trechos-palestra-moro-lenio-streck-ibccrim>. Acesso em: 20 mai. 2020.

VENTURA, Zuenir. Um juiz otimista. **O Globo** [on line], 21 mar. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/um-juiz-otimista-15659296>. Acesso em: 06 mai. 2020.

VIANNA, J.; ROCHA, M.; HISING, E.. Julgamento do STF sobre prisão em 2ª instância pode beneficiar 38 condenados da Lava Jato no Paraná. **G1** [on line], 17 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/10/17/julgamento-do-stf-sobre-prisao-em-2a-instancia-pode-beneficiar-38-condenados-da-lava-jato-no-parana.ghtml>. Acesso em: 22 mai. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M.. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social** (Revista de Sociologia da USP), São Paulo, v.19, n. 2, nov. 2017.

VIANNA, L.W.; CARVALHO, M. A. R.; BURGOS, M. B.. **Quem somos**: a magistratura que queremos. Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, nov. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista direito GV**, São Paulo, v.4, n. 2, jul/dez. 2008.

WEBER, Rosa Maria Pires. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF**. Rel.: Min. Marco Aurélio. [Voto escrito da Min. Rosa Weber – em revisão]. Brasília, 24 out. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

WOLF, Mauro. **Teorias das comunicações de massa**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Avanços e retrocessos do STF nos 30 anos de “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” – uma homenagem ao ministro Eros Grau. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. Crítica à execução antecipada da pena: a revisão da súmula 267 pelo STJ. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Teori Albino Zavascki** (depoimento, 2014). Rio de Janeiro, CPDOC/Fundação Getulio Vargas (FGV), (2h 41min).

ANEXO A – ROTEIRO DE ENTREVISTA⁴¹⁹

Entrevistado: Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

1 DIRETRIZ INICIAL

Gostaria que o senhor me contasse um pouco sobre sua atuação no desenvolvimento do caso da execução antecipada da pena, desde o julgamento do HC 84.078, em 2009, até o atual estágio da questão.

2 TEMAS PONTUAIS

Fatores jurídicos e não jurídicos no posicionamento do ministro

Ministro, desde o HC de 2009, o senhor alterou o seu entendimento sobre a execução antecipada mais de uma vez. Considerando essa evolução, quais os fatores que foram relevantes para a formação de seu posicionamento atual?

Complementação – fatores não jurídicos

O senhor poderia me falar sobre eventuais influências estranhas ao ordenamento jurídico que também contribuíram para a formação do seu posicionamento atual?

Complementação – a mídia e a opinião pública

No HC 152.752, de 2018, o senhor falou muito da questão da mídia opressiva. Como foi a relação do senhor com a mídia no caso da execução antecipada da pena?

Complementação – a pressão da mídia

Como o senhor lidou com essa pressão exercida pela mídia?

Complementação – a opinião pública

O senhor acredita que a pressão exercida pela mídia reflete a chamada “opinião pública”?

Complementação – a pessoa do acusado

Ainda nesse tema dos fatores extrajurídicos, o senhor acredita que a identidade da pessoa que está sendo julgada chegue a ser uma influência externa relevante para a Corte como um todo?

Complementação – posição e expectativa dos outros ministros que compõem a corte

Tratando agora um pouco sobre a dinâmica interna do colegiado, como o senhor enxerga a sua própria atuação no caso da execução antecipada da pena em relação aos posicionamentos e expectativas dos outros ministros?

⁴¹⁹ Roteiro elaborado previamente à colheita do depoimento do entrevistado. Os objetivos e os critérios utilizados para sua elaboração foram tratados no item 1.3.4.3.1, do capítulo metodológico.

Complementação – “second best decision”:

O senhor sentiu a necessidade de flexibilizar alguma preferência pessoal em prol de um posicionamento mais atrativo aos outros ministros?

Interpretação do art. 5º, LVII e deficiências do processo penal

Ministro, o senhor utilizou interessantes ensinamentos sobre hermenêutica constitucional em seus votos. Considerando uma possível mutação constitucional do princípio da presunção de não culpabilidade, como o senhor relaciona a tese da execução da pena a partir do julgamento do recurso especial pelo STJ com as deficiências do modelo processual penal brasileiro?

Refiro-me aqui, mais especificamente, ao abuso na interposição de recursos e ao uso excessivo da prisão preventiva, decretada muitas vezes sem a devida fundamentação.

Complementação – limites interpretativos

Ainda sobre a questão da evolução interpretativa do art. 5º, LVII, o senhor poderia discorrer sobre eventuais limitações decorrentes da preservação do núcleo essencial da garantia?

Posição da corte

Apesar de seu próprio entendimento, compartilhado pelo Ministro Dias Toffoli, no julgamento do HC 152.752, a Corte admitiu a execução antecipada da pena a partir do esgotamento da via em segunda instância. Em sua opinião, o que foi decisivo para o predomínio dessa posição?

ADC's pendentes

Até então, a execução antecipada da pena foi objeto de discussão apenas em processos constitucionais subjetivos. Nesse quadro, como o senhor enxerga a existência das ADC's 43, 44 e 54, ainda pendentes de julgamento definitivo?

Complementação – possíveis mudanças no cenário jurídico

Para o senhor, o julgamento definitivo dessas ADC's poderia provocar mudanças no cenário jurídico?

Complementação – a postura da corte

Qual a sua representação sobre a postura da corte em relação à não-apreciação das ADCs?

[FIM DO ROTEIRO]

ANEXO B – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE)**TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE)**

Excelentíssimo **Ministro Gilmar Ferreira Mendes**,

O senhor foi convidado a participar da pesquisa “Ideologia e Estratégia no Supremo Tribunal Federal: a oscilante trajetória do princípio da presunção de inocência”, conduzida pela pesquisadora Taísa Magro Ostini, aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (mestrado), sob orientação do Professor Associado Sergio Nojiri.

A pesquisa versa sobre os processos decisórios desenvolvidos no Supremo Tribunal Federal em relação ao caso da admissibilidade ou inadmissibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Nesse sentido, seu principal objetivo é explorar as teses e argumentações construídas pelos ministros e seus principais fundamentos, de ordem jurídica e não jurídica. Considerando as mudanças de posicionamento da Corte, parte-se da premissa de que a questão não se resume à interpretação do dispositivo constitucional que trata do princípio da presunção de inocência, mas está relacionada também a fatores subjetivos e contextuais.

Para atingir tal escopo, optou-se por uma abordagem empírica, sendo o principal instrumento esta **entrevista**, de caráter semiestruturado, com previsão de duração de 20 minutos, que tem por finalidade permitir conhecer a representação do entrevistado sobre os fatos e elementos que circundam o caso da execução da pena antes do trânsito em julgado.

Havendo o consentimento do senhor, as informações colhidas durante a entrevista serão utilizadas tão somente para a confecção da dissertação de mestrado da pesquisadora, com o título e tema acima referidos, inexistente qualquer outra destinação.

A pesquisadora assume responsabilidade pela validade e veracidade na reprodução do conteúdo da entrevista a ser incluído na dissertação, e compromete-se a submetê-lo ao senhor para novo consentimento, prévio a qualquer forma de divulgação.



Caso o senhor deseje, a sua participação será excluída, total ou parcialmente, a qualquer momento antes da finalização e publicação da dissertação.

A pesquisadora e seu orientador agradecem a colaboração do senhor e colocam-se à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Ribeirão Preto, 16 de setembro de 2019.

De acordo com os termos da entrevista,



MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES

ANEXO C – TRANSCRIÇÃO DA ENTREVISTA: versão original⁴²⁰

Entrevistado: Ministro Gilmar Ferreira Mendes (G.M.).

Local da entrevista: Gabinete do ministro, Anexo II, Supremo Tribunal Federal, Brasília/DF.

Data da entrevista: 16 set. 2019.

P.: Queria que o senhor então me contasse sobre a sua atuação no desenvolvimento do caso da execução antecipada da pena.

G.M.: Tá bem. Essa questão é uma questão que já ocupa o tribunal é há algum tempo e: a jurisprudência que vinha de tempos pré-constitucionais, ela subsistiu por bastante tempo é sobre a Constituição de 1988, que era qual, que era a jurisprudência segundo a qual nós poderíamos, com a decisão de segundo grau, iniciar a execução provisória da pena. É: imagino que deva ter tido é: protestos e: e: provocações, talvez de votos vencidos, mas essa posição se fez majoritária. Até 2009 me parece que isto veio sem é: grandes questionamentos. Portanto, e havendo a decisão de segundo grau, ainda que haja recurso especial e recurso extraordinário, é começa-se a cumprir a pena. E deixava-se sempre uma porta para ahn uma suspensão da execução, em casos em que se verificasse a perspectiva de de é: de revisão e tudo o mais (não é). Então, isto mais ou menos ficou. É em 2009, salvo engano, o que eu tenho de memória, eu teria que olhar isto de maneira mais precisa, mas, é: salvo engano tem um protagonismo bastante marcante o Ministro Peluso, e ele então chama atenção para o dispositivo da Constituição, e diz: “o que nós estamos fazendo é incompatível com o que está no texto constitucional, temos que exigir é que a execução da pena só se dê com o trânsito em julgado”. Então, isto passa a ser algo é é definitivo pra nós. O Ministro Peluso deixa e e constrói, e nós acho que chancelamos isto, uma porta aberta para a prisão provisória é determinada eventualmente em segundo grau. Portanto, seria possível, é manter aquela ideia da execução provisória da pena, só que sob um enfoque agora de uma prisão provisória. Portanto, vamos lá, hipóteses em que uma organização criminosa/ alguém participa de uma organização criminosa e: ativa e: ela tem então a condenação em segundo grau. Então dizia o Ministro Peluso, com a com a nossa chancela ahn: “nesse caso, o tribunal em segundo grau poderá determinar a prisão provisória”. Portanto, tentou fazer essa/ esse tipo de combinação. O tempo passou, e nesse debate que se faz é fortemente sobre o problema é penal e processual

⁴²⁰ As representações gráficas utilizadas no processo de transcrição seguem os critérios elencados no Quadro 3, constante na subseção 1.3.4.3.3 do capítulo metodológico.

penal no Brasil, foram surgindo é outras situações. Uma delas de que me lembro foi provocada pelo Ministro Dias Toffoli no caso do senador aqui do do Luiz Estevão, aqui do Distrito Federal, em que, manejando embargos de declaração, é Luiz Estevão ia tentando construir tempo para a prescrição de seus processos, até que um dia o Ministro Toffoli levou um caso ou decidiu e levou imediatamente ao pleno para dizer: “olha é impossível manter-se uma situação desta é: em que as pessoas ficam entrando com recursos de caráter procrastinatório e para obter a prescrição/ portanto isto não é razoável”. E: o tribunal o apoiou. Desde então, o Ministro Teori e eu, na turma, começamos a tentar discutir ou rediscutir essa jurisprudência do trânsito em julgado, para dizer que em alguns/ que, em princípio nós deveríamos admitir é, a possibilidade de um julgamento/ de que com o julgamento de segundo grau já se executasse a pena. Portanto fazer uma revisão naque/ naquela jurisprudência que se assentara em 2009. E acho que foi o Ministro Teori que levou essa matéria para o plenário e assentamos então é: o: o precedente, nesta linha de possibilidade. Já estávamos nesse novo contexto, é de a da di: di: di: é: Lava Jato e: e: todas essas medidas, e o que se percebeu logo é que essas medidas, essa mudança teve consequências radicais, porque os tribunais, em geral, passaram a usar aquele nosso argumento da possibilidade como uma determinação, uma ahn: uma regra inafastável.

Na riqueza de casos que marca tudo: e: é: que marca tudo isso aí, é a toda hora aparecem novas situações, é: em que você vê que está se executando uma uma sentença de segundo grau, mas que não/ parece adequado, não parece justo, precisa ser revisto. Então, eu mesmo disse: “nós vamos ter que rever essa matéria, o entendimento que é: está graçando, parece que nós é é determinamos aí um um imperativo categórico, decisão de segundo grau leva à execução da pena”, e criamos então uma série de problemas”. E: e: o próprio tribunal regional da quarta região, do rio grande do sul, é expediu uma súmula, dizendo que com a decisão de segundo grau, expedie-se o mandato de prisão. Então foi nesse contexto que nós começamos a rediscutir a temática e estamos nesse terreno movediço agora, com várias versões/ o Ministro Toffoli sugeriu levar o tema pelo menos obrigatoriamente até o STJ, eu eu inicialmente aderi a essa tese, e: e agora estamos a rediscutir/ em algum momento vamos recolocar esse tema em plenário, acho que ainda este ano, não é, para de novo, nos pronunciarmos sobre a: a temática ah:. E eu espero que a gente venha é é: a consagrar aquilo que talvez não devesse ter sido alterado, de que: de fato, a execução da pena tem que se dar com o: trânsito em julgado.

P.: Tá certo. É: se eu entendi bem então, o senhor acredita que é: essa mutação/ não sei se eu posso denominar assim/ mas uma mutação constitucional do dispositivo que consagra a

presunção de inocência na Constituição é: ela se deu em razão de problemas do processo penal brasileiro?

G.M.: Sim, porque eu é u u que que nós temos, se você olhar a: a: a estrutura é: nossa em termos de instância; o que que nós temos normalmente? Nós temos um Tribunal de Justiça, (não é) que julga a apelação ou o Tribunal Regional Federal, na esfera f federal que julga a apelação vinda do do juiz. É a partir daí começam os recursos especiais, é o recurso extraordinário e o recurso especial para o STJ e para o: o Supremo. Não é isso? É: já que já/ eu já não discuto provas/ eu não faço revisão de provas/ eu discuto apenas a boa aplicação do direito federal ou do: direito constitucional. E aí é de fato nós entramos num quadro muito obscuro, quer dizer, sabe-se lá quando que isso será julgado e: e como será julgado e: e aí em geral, MUITAS das práticas advocatícias da defesa levava para a: a demora nesse processo, o que tinha consequências no quadro de impunidade, toda essa queixa. Então, o sistema tem problemas que precisam ser é: olhados. E por isso, nós fizemos aquela revisão, no sentido de dizer: “vamos admitir que em casos mais ou menos consolidados já se comece a execução da pena”. Não é. E foi essa a premissa de que partimos nessa revisão em relação ao ao julgamento de de 2009. E isso se deu, sei lá, 2014, 2015, eu não me lembro bem e: e a partir daí, nós criamos também um problema, porque é é qual é o critério? E e como compatibilizar isso com a Constituição? Não é? Que diz que o texto é: é: que só se supera a presunção de inocência com o trânsito em julgado. Então, essa questão é que hoje nos embaraça/ em alguns países, a solução tem sido dada a partir de reformas legislativas. Portugal tem uma expressão idêntica à nossa na Constituição, só que Portugal colocou, na legislação, que a decisão transita em julgado com o segundo grau. A partir daí, os recursos têm efeito rescisório ou rescindendo. Então é fez-se uma uma adaptação formal para a: a essa realidade que é complexa. Entre nós nós temos que esperar o julgamento do: REsp e do RE. É então, é isto precisa ser olhado. Quer dizer, a despeito da decisão que venhamos a tomar, é o tema continua a merecer é: é: visitas, não é/ nós vamos/ tanto do ponto de vista de legislação como do ponto de vista também é de construção jurisprudencial.

P.: Tá certo. E o senhor acredita que seria possível alterar o conteúdo do princípio constitucional por meio de reformas legislativas então?

G.M.: Esta é uma questão que se coloca, ou pelo menos e: definir o que que é trânsito em julgado, isso tem ocorrido em alguns países. Não é. É: de: de o Ministro Peluso tentou até

fazer isto numa/ quando ele esteve na presidência do do Supremo, numa emenda constitucional. Aquela, uma uma PEC que tramitou acho que no Senado e que: dizia que em segundo grau já haveria o trânsito em julgado. Ele tentou fazer isso. Mas isto acabou também não sendo é: factível. E e nós vamos ter que é discutir, ou deixar como está, trânsito em julgado, e admitir mais hipóteses de prisão provisória a partir da decisão de segundo grau. É em suma, vamos ter que discutir a a partir do: do assentamento que o tribunal venha a ter na matéria.

P.: Tá certo. E: o senhor acredita que outras influências estranhas ao ordenamento jurídico é: agiram de alguma forma na determinação do posicionamento da corte, em relação à evolução desse caso?

G.M.: Não eu tenho a impressão de que é: é: o fator decisivo é: foi mesmo de índole pragmática é: foi o reconhecimento de que os é é: os fatos reclamavam alguma solução diferente é diante da demora no julgamento dos recursos especiais e extraordinário. É claro que estamos melhorando o sistema, é: o Supremo está julgando mais rapidamente os REs e também o: o: STJ os recursos é de carácter repetitivo tá tá havendo um procedimento, mas, essa questão precisa ser realmente: discutida, não é. A solução de em segundo grau decretar a prisão, com base em no fundamento de prisão provisória, ela é plausível em determinados casos, ela não é plausível em todos os casos. Ela é plausível, por exemplo, se eu lido com organizações criminosas, porque eu posso dizer que vão continuar a delinquir, mas não é plausível em qualquer outra hipótese em que o réu tenha é: permanecido livre até aqui/ é: a essa fase. Então, isto precisa ser mais trabalhado e mais elaborado.

P.: Brigada ministro. É: no HC de 2018, agora, que discutiu a prisão do ex-presidente Lula, o senhor falou muito na questão da mídia opressiva. É: eu gostaria de saber como foi a relação do senhor com a mídia nesse caso, no caso da execução antecipada.

G.M.: Não é é u nã é u u nós nós temos sido muito criticados (incompreensível) e e todos aqueles que adotaram uma posição de maior franquia, de maior abertura de revisão, passaram a ser mais atacados; é isto passou a ser uma: uma: uma: uma uma prática muito: é comum, não é. É: eu até (incompreensível) na na imprensa já aponteí, tudo o que tinha a ver com Lava Jato, ah contraria o espírito da Lava Jato, afeta o espírito da Lava Jato é: tinha reflexos negativos, a mídia adotava o tal espírito da Lava Jato, não é, e nos criticava de forma muito

(assídua) (incompreensível). Mas, em suma, é: a gente tem que encarar isso com uma certa naturalidade, não é. Eu mesmo/ depois você pode olhar aqui, eu mesmo fui muito atacado em relação a isto, tem até uma capa da “Veja” em que (diz): “o juiz que discorda do Brasil”, então isto isto era construído. Agora tão dizendo que eu estava certo. É: mas mas a mídia, certamente, exercia um papel importantíssimo e: deixava as pessoas obviamente constrangidas, não são todos os que têm condições de enfrentar esta é: é a mídia, essa pressão midiática tão forte, né.

P.: E o senhor acredita que: o senhor conseguiu lidar com essa pressão da mídia?

G.M.: Ah sim (antes do término da pergunta) ah sim, lidei com muita tranquilidade. Não não: não me abalei em nenhum momento e: não me afastei das minhas convicções.

P.: E o senhor acha que a pressão da mídia reflete de alguma forma a opinião pública? A opinião da sociedade?

G.M.: Não acho que seja, não acho que seja. Mas ela ajuda a formar essa opinião pública, a opinião pública, ela passa a ser formada. Ela muitas vezes, nesses casos, a mídia, ela até atende a: a reclamações de grupos, às vezes pequenos, até minoritários. Por exemplo, como esses agentes da própria Lava Jato. Mas é de tanto repetir isto e de tanto é: coonestar isto, ela ela gera na na população esse sentimento/ é esse sentimento de equalização, todos passam a estarem imbuídos por esses ideais: “ah os errados são os que soltam, bons são os que prendem”, não é, e e sem é uma análise crítica do que que é prender e soltar.

P.: Tá certo. Mas independentemente da posição do senhor então é:, o senhor acredita que a mídia influenciou no julgamento da Corte como um todo?

G.M.: Também contribuiu, certamente. Certamente acho que contribuiu.

P.: Tá certo. E: ainda sobre esses outros fatores então, essas outras influências que possam ter intervenido no julgamento, o senhor acredita que a identidade da pessoa que está sendo julgada, ela influencia de alguma forma, influenciou no caso?

G.M.: Na na: na hipótese da segunda instância não, eu tenho a impressão que a caminhada foi um pouco tangida por essas razões de índole pragmática, (quer dizer) a: a necessidade de tentar dar uma resposta é: a é a essa sensação de impunidade, não é, e tentar achar uma solução que parecesse compatível com o texto constitucional, considerando que a letra exige o trânsito em julgado, né, para a execução da pena. E: é é o texto não deixa muito ESPAÇO, não é, para interpretações alternativas.

P.: Tá certo. Mas essa é a visão que o senhor tem da sua própria atuação ou da atuação da corte como um todo?

G.M.: Não, acho que isso explica também a atuação da Corte. Acho que, ah como eu te disse, é: lá no início o: o: não se exigia o trânsito em julgado, antes da Constituição de 88 e também depois. É, em 2009 é que se dá a viragem da jurisprudência, de: maneira definitiva, e se diz: “é preciso o trânsito em julgado, mas pode haver prisão sim, (até) em segundo grau, mas aí seria prisão provisória”. Depois vem a mudança, é dizendo que era possível sim decretar-se a prisão é: e iniciar-se a execução da pena em se/ é: é: em se/ com a com a decisão de segundo grau. Só que aí começa a confusão é:, eu mesmo votei nesse sentido no no Plenário, entendendo que a gente estava dando ao juiz uma autorização, uma possibilidade, a probabilidade de se decretar. Isto se tornou regra, praticamente os juízes todos passaram a a decre/ a prisão. E daí nós começamos a fazer uma nova reflexão sobre o assunto e reabrimos o caso.

P.: É: deixa eu ver se eu entendi então, ministro, o o fator decisivo pra essa discussão sobre o assunto foi é o jeito que os tribunais encararam a decisão anterior dos Ministros da Suprema Corte?

G.M.: Sim, sim. Isso, isso (durante a pergunta).

P.: Como uma necessidade e não uma possibilidade?

G.M.: E não uma possibilidade.

P.: Tá certo.

G.M.: Tá bem? (um pouco impaciente).

P.: Sim. E Considerando a dinâmica interna do colegiado, é: o senhor acredita/ como o senhor enxerga a sua própria atuação em relação aos posicionamentos e expectativas dos outros ministros? Há necessidade por vezes de flexibilizar o entendimento é: em prol de uma adesão da maioria, de um maior convencimento?

G.M.: Não, a gente discute aqui construções tendo em vista a formação de maioria, não é, e de fato a partir dos posicionamentos mais próximos de uma dada linha mestra nós é é: nos fixamos em relação a isso. E foi nesse contexto que surgiu a ideia por exemplo de: é: retirar a ideia do trânsito em julgado do Supremo mas passar para o STJ e esperar pelo menos que os processos passassem pelo STJ para então/ mas isso talvez é: seja uma solução *de lege ferenda* ou até *de jure constituendo*, seja uma solução que demande ou uma emenda constitucional, ou pelo menos uma outra alteração legislativa.

P.: O senhor acredita então que é: a a o: a o início da execução no após o julgamento pelo STJ ele ele não pode/ não é uma interpretação compatível com o art. 5º da Constituição?

G.M.: (antes do término da pergunta) Não, é é é é uma busca de de uma interpretação, sobretudo porque hoje, como você sabe, é: é muito difícil lograr no tempo adequado o: o o acolhimento de um recurso extraordinário, por conta da repercussão geral que é é um/ antes era rotineiro, não é, ter-se um recurso extraordinário julgado/ agora não mais, né, e se chegarem recursos inclusive semelhantes é, um subirá e os demais ficarão retidos, então, por isso nós deixamos de ser um tribunal (óbvio) de instância, não é, é: aqui tem outras questões mais complexas que não vale à pena falar, é: que ao lado do recurso extraordinário e da do do REsp, ainda sobem é tratando do mesmo tema *habeas corpus*, que muitas vezes prejudicam os recursos. Então, tudo isso é muito confuso. É: eu tenho impressão que nós vamos ter que resolver a questão do: trânsito em julgado, e se reafirmada a ideia do trânsito em julgado, vamos ter que aí debater é: a questão da prisão provisória, e talvez até sugerir mudanças no sistema, e aí mudanças até de caráter legislativo ou constitucional.

P.: Tá certo. E o senhor acredita então que esse posicionamento atual da corte ele não é definitivo.

G.M.: Acho que não.

P.: E e nesse sentido é: quais os motivos que o senhor pode apontar, que que o senhor entende que: pra-pra pendência de ações é: de controle concentrado de constitucionalidade que ainda não foram julgadas?

G.M.: Aí tivemos por vários problemas, inclusive problemas políticos, a repercussão que teria diante da expectativa da população/ em suma, é é: muitas questões que estão sendo é: consideradas, mas acredito que este ano nós vamos julgar essa matéria.

P.: Na opinião do senhor, o julgamento dessas ADCs é decisivo então para a pacificação do caso?

G.M.: (antes do término da pergunta) Isto. É, acho que é importante.

P.: Tá certo. E:, diante disso, como o senhor avalia o fato de que vários é ministros individualmente têm concedido liminares, e as turmas também têm concedido *habeas corpus*, contrários à decisão do Plenário?

G.M.: Não vejo nenhum problema. Até porque é possível fazer-se um *distinguish*; toda vez que num caso concreto se vislumbrar que a prisão é injusta ou que que o recurso tem perspectivas de ser provido, nós devemos dar. Eu mesmo dei vários casos.

P.: Tá certo...

G.M.: (durante a interlocução) Porque do contrário a alternativa outra é o cumprimento da pena, quando nós formos nos debruçar sobre o assunto, já não terá efeito útil para a (pessoa). Não é isso?

P.: A questão é é muito mais de ordem pragmática...

G.M.: (durante a interlocução) Pragmática.

P.: De resolver um pro/ um problema processual.

G.M.: (incompreensível). É eu, por exem/, às vezes um tribunal decide uma coisa, a-aponta um crime e e e e manda punir alguém, é e aí nós dizemos: “mas aqui pra nós isto é atípico, como que vamo deixar esse processo ser executado?” Não é? Porque depois “Inês é morta”. Isso acontece com muita frequência.

P.: E o senhor é: entende que é papel do senhor e dos outros ministros então, resolver de alguma forma essa questão?

G.M.: (antes do término da pergunta) É, e fazemos por *habeas corpus* muitas vezes. Tá bom? (um pouco impaciente).

P.: Tá certo. Ministro, muito muito obrigada.

G.M.: Eu que agradeço.

P.: Muito obrigada mesmo, vai ser assim, muito essencial mesmo para a minha pesquisa essa entrevista.

[FIM DO DEPOIMENTO]

ANEXO D – TRANSCRIÇÃO DA ENTREVISTA: versão editada⁴²¹

Entrevistado: Ministro Gilmar Ferreira Mendes (G.M.).

Local da entrevista: Gabinete do ministro, Anexo II, Supremo Tribunal Federal, Brasília/DF.

Data da entrevista: 16 set. 2019.

P.: Queria que o senhor então me contasse sobre a sua atuação no desenvolvimento do caso da execução antecipada da pena.

G.M.: Está bem. Essa questão é uma questão que já ocupa o tribunal há algum tempo e a jurisprudência que vinha de tempos pré-constitucionais, ela subsistiu por bastante tempo sobre a Constituição de 1988, que era qual, que era a jurisprudência segundo a qual nós poderíamos, com a decisão de segundo grau, iniciar a execução provisória da pena. Imagino que deva ter tido protestos e provocações, talvez de votos vencidos, mas essa posição se fez majoritária. Até 2009 me parece que isto veio sem grandes questionamentos. Portanto, e havendo a decisão de segundo grau, ainda que haja recurso especial e recurso extraordinário, começa-se a cumprir a pena. E deixava-se sempre uma porta para uma suspensão da execução, em casos em que se verificasse a perspectiva de revisão e tudo o mais. Então, isto mais ou menos ficou. Em 2009, salvo engano, o que eu tenho de memória, eu teria que olhar isto de maneira mais precisa, mas, salvo engano tem um protagonismo bastante marcante o Ministro Peluso, e ele então chama atenção para o dispositivo da Constituição, e diz: “o que nós estamos fazendo é incompatível com o que está no texto constitucional, temos que exigir que a execução da pena só se dê com o trânsito em julgado”. Então, isto passa a ser algo definitivo para nós. O Ministro Peluso deixa e constrói, e nós, acho que chancelamos isto, uma porta aberta para a prisão provisória determinada eventualmente em segundo grau. Portanto, seria possível, manter aquela ideia da execução provisória da pena, só que sob um enfoque agora de uma prisão provisória. Portanto, vamos lá, hipóteses em que uma organização criminosa, alguém participa de uma organização criminosa ativa, e ela tem então a condenação em segundo grau. Então, dizia o Ministro Peluso com a nossa chancela: “nesse caso, o tribunal em segundo grau poderá determinar a prisão provisória”. Portanto, tentou fazer esse tipo de combinação. O tempo passou, e, nesse debate que se faz fortemente sobre o problema penal e processual penal no Brasil, foram surgindo outras situações. Uma delas de que me lembro foi provocada

⁴²¹ O texto constante neste anexo D é resultado de um processo de edição realizado sobre a transcrição original. Nesse sentido, ver o item 1.3.4.3.3 do capítulo metodológico.

pelo Ministro Dias Toffoli no caso do Senador Luiz Estevão, aqui do Distrito Federal, em que, manejando embargos de declaração, Luiz Estevão ia tentando construir tempo para a prescrição de seus processos, até que um dia o Ministro Toffoli levou um caso, ou decidiu e levou imediatamente ao pleno para dizer: “olha é impossível manter-se uma situação desta, em que as pessoas ficam entrando com recursos de caráter procrastinatório e para obter a prescrição, portanto isto não é razoável”. E o tribunal o apoiou. Desde então, o Ministro Teori e eu, na turma, começamos a tentar discutir ou rediscutir essa jurisprudência do trânsito em julgado, para dizer que, em princípio, nós deveríamos admitir a possibilidade de que com o julgamento de segundo grau já se executasse a pena. Portanto, fazer uma revisão naquela jurisprudência que se assentara em 2009. E acho que foi o Ministro Teori que levou essa matéria para o Plenário e assentamos então o precedente, nesta linha de possibilidade. Já estávamos nesse novo contexto, de “Lava Jato” e todas essas medidas, e o que se percebeu logo é que essas medidas, essa mudança, teve consequências radicais, porque os tribunais, em geral, passaram a usar aquele nosso argumento da possibilidade como uma determinação, uma regra inafastável. Na riqueza de casos que marca tudo, que marca tudo isso aí, a toda hora aparecem novas situações, em que você vê que está se executando uma sentença de segundo grau, mas que não parece adequado, não parece justo, precisa ser revisto. Então, eu mesmo disse: “nós vamos ter que rever essa matéria, o entendimento que está graçando, parece que nós determinamos aí um imperativo categórico, decisão de segundo grau leva à execução da pena”, e criamos então uma série de problemas. E o próprio Tribunal Regional da 4ª região, do Rio Grande do Sul, expediu uma súmula, dizendo que com a decisão de segundo grau, expede-se o mandato de prisão. Então foi nesse contexto que nós começamos a rediscutir a temática e estamos nesse terreno movediço agora, com várias versões; o Ministro Toffoli sugeriu levar o tema pelo menos obrigatoriamente até o STJ, eu inicialmente aderi a essa tese, e agora estamos a rediscutir, em algum momento vamos recolocar esse tema em plenário, acho que ainda este ano, não é, para, de novo, nos pronunciarmos sobre a temática. E eu espero que a gente venha a consagrar aquilo que talvez não devesse ter sido alterado, de que, de fato, a execução da pena tem que se dar com o trânsito em julgado.

P.: Está certo. Se eu entendi bem então, o senhor acredita que essa mutação, não sei se eu posso denominar assim, mas uma mutação constitucional do dispositivo que consagra a presunção de inocência na Constituição, ela se deu em razão de problemas do processo penal brasileiro?

G.M.: Sim, porque é o que nós temos, se você olhar a estrutura nossa em termos de instância; o que que nós temos normalmente? Nós temos um Tribunal de Justiça, que julga a apelação, ou o Tribunal Regional Federal, na esfera federal, que julga a apelação vinda do juiz. A partir daí começam os recursos especiais, o recurso extraordinário e o recurso especial para o STJ e para o Supremo. Não é isso? Já que eu já não discuto provas, eu não faço revisão de provas, eu discuto apenas a boa aplicação do direito federal ou do direito constitucional. E aí de fato nós entramos num quadro muito obscuro, quer dizer, sabe-se lá quando que isso será julgado e como será julgado e aí em geral, muitas das práticas advocatícias da defesa levavam para a demora nesse processo, o que tinha consequências no quadro de impunidade, toda essa queixa. Então, o sistema tem problemas que precisam ser olhados. E por isso, nós fizemos aquela revisão, no sentido de dizer: “vamos admitir que em casos mais ou menos consolidados já se comece a execução da pena”. E foi essa a premissa de que partimos nessa revisão em relação ao julgamento de 2009. E isso se deu, sei lá, 2014, 2015, eu não me lembro bem, e a partir daí, nós criamos também um problema, porque qual é o critério? E como compatibilizar isso com a Constituição? Não é? Que diz que o texto, que só se supera a presunção de inocência com o trânsito em julgado. Então, essa questão é que hoje nos embarça; em alguns países, a solução tem sido dada a partir de reformas legislativas. Portugal tem uma expressão idêntica à nossa na Constituição, só que Portugal colocou, na legislação, que a decisão transita em julgado com o segundo grau. A partir daí, os recursos têm efeito rescisório ou rescindendo. Então fez-se uma adaptação formal para essa realidade que é complexa. Entre nós, nós temos que esperar o julgamento do REsp e do RE. Então, isto precisa ser olhado. Quer dizer, a despeito da decisão que venhamos a tomar, o tema continua a merecer visitas, não é, tanto do ponto de vista de legislação como do ponto de vista também de construção jurisprudencial.

P.: Está certo. E o senhor acredita que seria possível alterar o conteúdo do princípio constitucional por meio de reformas legislativas então?

G.M.: Esta é uma questão que se coloca, ou pelo menos definir o que é trânsito em julgado, isso tem ocorrido em alguns países. O Ministro Peluso tentou até fazer isto numa, quando ele esteve na presidência do Supremo, numa emenda constitucional. Aquela, uma PEC que tramitou acho que no Senado e que dizia que em segundo grau já haveria o trânsito em julgado. Ele tentou fazer isso. Mas isto acabou também não sendo factível. E nós vamos ter que discutir, ou deixar como está, trânsito em julgado, e admitir mais hipóteses de prisão

provisória a partir da decisão de segundo grau. Em suma, vamos ter que discutir a partir do assentamento que o tribunal venha a ter na matéria.

P.: Está certo. E o senhor acredita que outras influências estranhas ao ordenamento jurídico agiram de alguma forma na determinação do posicionamento da corte, em relação à evolução desse caso?

G.M.: Não, eu tenho a impressão de que o fator decisivo foi mesmo de índole pragmática, foi o reconhecimento de que os fatos reclamavam alguma solução diferente diante da demora no julgamento dos recursos especiais e extraordinário. É claro que estamos melhorando o sistema, o Supremo está julgando mais rapidamente os REs e também o STJ os recursos de caráter repetitivo, está havendo um procedimento, mas essa questão precisa ser realmente discutida, não é. A solução de em segundo grau decretar a prisão, com base no fundamento de prisão provisória, ela é plausível em determinados casos, ela não é plausível em todos os casos. Ela é plausível, por exemplo, se eu lido com organizações criminosas, porque eu posso dizer que vão continuar a delinquir, mas não é plausível em qualquer outra hipótese em que o réu tenha permanecido livre até essa fase. Então, isto precisa ser mais trabalhado e mais elaborado.

P.: Obrigada ministro. No HC de 2018, agora, que discutiu a prisão do ex-Presidente Lula, o senhor falou muito na questão da mídia opressiva. Eu gostaria de saber como foi a relação do senhor com a mídia nesse caso, no caso da execução antecipada.

G.M.: Nós temos sido muito criticados e todos aqueles que adotaram uma posição de maior franquia, de maior abertura de revisão, passaram a ser mais atacados; isto passou a ser uma prática muito comum, não é. Eu até, na imprensa, já apontei, tudo o que tinha a ver com “Lava Jato” – “ah contraria o espírito da Lava Jato”, “afeta o espírito da Lava Jato” – tinha reflexos negativos, a mídia adotava o tal espírito da “Lava Jato”, não é, e nos criticava de forma muito (assídua) (incompreensível). Mas, em suma, a gente tem que encarar isso com uma certa naturalidade, não é. Eu mesmo, depois você pode olhar aqui, eu mesmo fui muito atacado em relação a isto; tem até uma capa da “Veja” em que (diz): “o juiz que discorda do Brasil”, então isto era construído. Agora tão dizendo que eu estava certo. Mas a mídia, certamente, exercia um papel importantíssimo e deixava as pessoas obviamente

constrangidas; não são todos os que têm condições de enfrentar a mídia, essa pressão midiática tão forte.

P.: E o senhor acredita que o senhor conseguiu lidar com essa pressão da mídia?

G.M.: Ah sim (antes do término da pergunta), ah sim, lidei com muita tranquilidade. Não me abalei em nenhum momento e não me afastei das minhas convicções.

P.: E o senhor acha que a pressão da mídia reflete de alguma forma a opinião pública, a opinião da sociedade?

G.M.: Não acho que seja, não acho que seja. Mas ela ajuda a formar essa opinião pública; a opinião pública, ela passa a ser formada. Ela muitas vezes, nesses casos, a mídia, ela até atende a reclames de grupos, às vezes pequenos, até minoritários. Por exemplo, como esses agentes da própria “Lava Jato”. Mas, de tanto repetir isto e de tanto coonestar isto, ela gera na população esse sentimento de equalização, todos passam a estarem imanados por esses ideais: “ah os errados são os que soltam, bons são os que prendem”, não é, e sem uma análise crítica do que que é prender e soltar.

P.: Está certo. Mas independentemente da posição do senhor então, o senhor acredita que a mídia influenciou no julgamento da corte como um todo?

G.M.: Também contribuiu, certamente. Certamente acho que contribuiu.

P.: Está certo. E ainda sobre esses outros fatores então, essas outras influências que possam ter intervindo no julgamento, o senhor acredita que a identidade da pessoa que está sendo julgada, ela influencia de alguma forma, influenciou no caso?

G.M.: Na hipótese da segunda instância não, eu tenho a impressão que a caminhada foi um pouco tangida por essas razões de índole pragmática, (quer dizer), a necessidade de tentar dar uma resposta a essa sensação de impunidade, não é, e tentar achar uma solução que parecesse compatível com o texto constitucional, considerando que a letra exige o trânsito em julgado para a execução da pena. E o texto não deixa muito espaço, não é, para interpretações alternativas.

P.: Está certo. Mas essa é a visão que o senhor tem da sua própria atuação ou da atuação da corte como um todo?

G.M.: Não, acho que isso explica também a atuação da corte. Acho que, ah como eu te disse, lá no início não se exigia o trânsito em julgado, antes da Constituição de 88 e também depois. Em 2009 é que se dá a viragem da jurisprudência, de maneira definitiva, e se diz: “é preciso o trânsito em julgado, mas pode haver prisão sim, (até) em segundo grau, mas aí seria prisão provisória”. Depois vem a mudança, dizendo que era possível sim decretar-se a prisão e iniciar-se a execução da pena com a decisão de segundo grau. Só que aí começa a confusão; eu mesmo votei nesse sentido no Plenário, entendendo que a gente estava dando ao juiz uma autorização, uma possibilidade, a probabilidade de se decretar. Isto se tornou regra, praticamente os juízes todos passaram a (decretar) a prisão. E daí nós começamos a fazer uma nova reflexão sobre o assunto e reabrimos o caso.

P.: Deixa eu ver se eu entendi então, ministro, o fator decisivo para essa rediscussão sobre o assunto foi o jeito que os tribunais encararam a decisão anterior dos Ministros da Suprema Corte?

G.M.: Sim, sim. Isso, isso (durante a pergunta).

P.: Como uma necessidade e não uma possibilidade?

G.M.: E não uma possibilidade.

P.: Está certo.

G.M.: Está bem? (um pouco impaciente).

P.: Sim. E considerando a dinâmica interna do colegiado, como o senhor enxerga a sua própria atuação em relação aos posicionamentos e expectativas dos outros ministros? Há necessidade por vezes de flexibilizar o entendimento em prol de uma adesão da maioria, de um maior convencimento?

G.M.: Não, a gente discute aqui construções tendo em vista a formação de maioria, não é, e de fato a partir dos posicionamentos mais próximos de uma dada linha mestra nós nos fixamos em relação a isso. E foi nesse contexto que surgiu a ideia, por exemplo, de retirar a ideia do trânsito em julgado do Supremo, mas passar para o STJ e esperar pelo menos que os processos passassem pelo STJ; mas isso talvez seja uma solução *de lege ferenda* ou até de *jure constituendo*, seja uma solução que demande ou uma emenda constitucional, ou pelo menos uma outra alteração legislativa.

P.: O senhor acredita então que o início da execução após o julgamento pelo STJ, ele não é uma interpretação compatível com o art. 5º da Constituição?

G.M.: (antes do término da pergunta) Não, é uma busca de uma interpretação, sobretudo porque hoje, como você sabe, é muito difícil lograr no tempo adequado o acolhimento de um recurso extraordinário, por conta da repercussão geral; antes era rotineiro, não é, ter-se um recurso extraordinário julgado, agora não mais, e se chegarem recursos inclusive semelhantes, um subirá e os demais ficarão retidos, então, por isso nós deixamos de ser um tribunal (óbvio) de instância, não é. Aqui tem outras questões mais complexas que não vale à pena falar, que ao lado do recurso extraordinário e do REsp, ainda sobem tratando do mesmo tema *habeas corpus*, que muitas vezes prejudicam os recursos. Então, tudo isso é muito confuso. Eu tenho impressão que nós vamos ter que resolver a questão do trânsito em julgado, e se reafirmada a ideia do trânsito em julgado, vamos ter que aí debater a questão da prisão provisória, e talvez até sugerir mudanças no sistema, e aí mudanças até de caráter legislativo ou constitucional.

P.: Está certo. E o senhor acredita então que esse posicionamento atual da corte ele não é definitivo.

G.M.: Acho que não.

P: E, nesse sentido, quais os motivos que o senhor pode apontar, que o senhor entende, para a pendência de ações de controle concentrado de constitucionalidade que ainda não foram julgadas?

G.M.: Aí tivemos por vários problemas, inclusive problemas políticos, a repercussão que teria diante da expectativa da população; em suma, muitas questões que estão sendo consideradas, mas acredito que este ano nós vamos julgar essa matéria.

P.: Na opinião do senhor, o julgamento dessas ADCs é decisivo então para a pacificação do caso?

G.M.: (antes do término da pergunta) Isto. É, acho que é importante.

P.: Está certo. E, diante disso, como o senhor avalia o fato de que vários ministros individualmente têm concedido liminares, e as turmas também têm concedido *habeas corpus*, contrários à decisão do Plenário?

G.M.: Não vejo nenhum problema. Até porque é possível fazer-se um *distinguish*; toda vez que num caso concreto se vislumbrar que a prisão é injusta ou que o recurso tem perspectivas de ser provido, nós devemos dar. Eu mesmo dei vários casos.

P.: Está certo...

G.M.: (durante a interlocução) Porque do contrário a alternativa outra é o cumprimento da pena; quando nós formos nos debruçar sobre o assunto, já não terá efeito útil para a (pessoa). Não é isso?

P.: A questão é muito mais de ordem pragmática.

G.M.: (durante a interlocução) Pragmática.

P.: De resolver um problema processual.

G.M.: (incompreensível). É, eu, por exemplo; às vezes um tribunal decide uma coisa, aponta um crime e manda punir alguém, e aí nós dizemos: “mas aqui para nós isto é atípico”, como que vamos deixar esse processo ser executado? Não é? Porque depois “Inês é morta”. Isso acontece com muita frequência.

P.: E o senhor entende que é papel do senhor e dos outros ministros, então, resolver de alguma forma essa questão?

G.M.: (antes do término da pergunta) É, e fazemos por *habeas corpus* muitas vezes. Está bom? (um pouco impaciente).

P: Está certo. Ministro, muito obrigada.

G.M.: Eu que agradeço.

P.: Muito obrigada mesmo, vai ser assim, muito essencial mesmo para a minha pesquisa essa entrevista.

[FIM DO DEPOIMENTO]