

DO ATIVISMO AO POPULISMO JUDICIAL: O ENRIJECIMENTO DA *PERSECUTIO CRIMINIS* SOB OS DITAMES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luis Cláudio Alves de Souza¹

RESUMO: O artigo ora exposto foi produzido no intuito de analisar simplificada e os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes, a partir do estudo da massiva intervenção do Poder Judiciário na atividade política, abordando-se o emprego da persecução criminal como ferramenta de expansão da influência judicial no cotidiano político. Pretende-se, por meio da exposição de jurisprudência, dados estatísticos e explanações doutrinárias comprovar a relação entre o declínio da atividade política e o endurecimento da justiça penal por método qualitativo. Tem-se como principais resultados a identificação de mudança na jurisprudência da Corte em coincidência com o avanço de operações policiais (Lava Jato) e a busca pela reverência aos anseios sociais. Alcança-se, por fim, parecer a respeito do risco das sucessivas intervenções do Judiciário, arguindo-se a necessidade de restauração da atividade política como veículo de expressão popular.

PALAVRAS-CHAVE: Populismo judicial. Processo penal. Supremo Tribunal Federal.

1) INTRODUÇÃO:

Os acontecimentos políticos recentes na história brasileira, bem como a efervescência de indignação popular decorrente da descrença generalizada nas instituições públicas, constituem fatores de grande impulso à atuação do Poder Judiciário nessas esferas, ao que se denomina corriqueiramente “judicialização da política”.

A doutrina, inclusive, tem colaborado na compreensão desse fenômeno, historicamente recente, com o objetivo de aclarar as causas e os notórios impactos

¹ Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Sete de Setembro, 5º semestre no turno da Noite. E-mail: luisclaudio_100@hotmail.com.

da judicialização na vida pública. De forma sucinta, tem-se por judicialização a participação dos órgãos jurisdicionais em decisões de larga repercussão política e social que, comumente, seriam deliberadas pelas instâncias políticas tradicionais – Presidente da República e Congresso Nacional – ensejando, dessa forma, certa transferência de poder aos magistrados, acompanhada de alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação na sociedade (BARROSO, 2012, p. 3).

Com efeito, além da judicialização, a crise de representatividade que assola a classe política brasileira, indubitavelmente, contribui em peso para o nascimento de outra modalidade de ativismo ainda mais gravosa em termos de impactos na sociedade: o populismo judicial.

Por se tratar de fenômeno relativamente recente, requer-se maior cuidado ao passear sobre as causas e consequências do populismo judicial no Brasil, o que albergaria maior bagagem bibliográfica que a comumente empregada na fabricação de textos acadêmicos. Entretanto, e considerando a notória importância do tema no campo de pesquisa jurídica, delimita-se, aqui, ao estudo dessa nova modalidade de expressão judicante no âmbito do Direito Processual Penal, objetivando-se, desse modo, aclarar, humilimamente, as causas e efeitos de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal nesse mérito.

Busca-se, dessa forma, em meio a satisfatória bibliografia doutrinária, relatórios estatísticos e pesquisa jurisprudencial, encontrar recursos bastantes à explanação do assunto de forma sucinta, almejando, ao final, alçar a lógica conclusão resultante da coleta de informações.

1.1. DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E “JUDICIALIZAÇÃO”:

De bom alvitre é fincar que, conquanto seja premente a confusão quanto ao significado dos termos “judicialização” e “ativismo judicial”, trata-se de espécies distintas de compreensão das (dis)funções jurisdicionais, as quais, frise-se, arroubam a atenção de analistas políticos e, principalmente, dos meios de comunicação social. Com essa exata percepção, assenta Oscar Vilhena Vieira:

Em 1968, Aliomar Baleeiro publicou 'O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido'. O título desta obra clássica de nosso direito constitucional não poderia estar em maior descompasso com a proeminência do Supremo Tribunal Federal no cenário político atual. Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura.

[...]

Por outro lado, a ciência política, depois de longo período de desatenção em relação às instituições, despertou para a necessidade de compreender melhor o papel do direito e das agências responsáveis pela sua aplicação. Neste novo amanhecer da ciência política, com viés mais institucionalista, o Supremo tem se tornado objeto privilegiado de muitos autores. (2008, p. 2, 3).

O ativismo judicial, consoante preciosa lição de Elival da Silva Ramos, consiste no exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010). Distingue-se, no entanto, da judicialização enquanto realidade jurídica.

Ao verificar a origem da expansão judicial sobre as matérias políticas, Luís Roberto Barroso destaca três marcos propulsores desse fenômeno:

- 1.) A redemocratização brasileira na década de 1980;
- 2.) A constitucionalização abrangente; e
- 3.) O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O primeiro evento, cujo ponto culminante, política e juridicamente, foi a promulgação da Constituição Federal em 1988, imprimiu sentimento nacional de superação do autoritarismo, da hipertrofia do Poder Executivo e dos desmandos castrenses. A jurisdição constitucional, desse modo, acolheu a necessidade de reprimir-se o arbítrio e conter os abusos sistêmicos contra direitos humanos e fundamentais efetuados a partir das centrais do poder político.

Com efeito, o constitucionalismo, em si, surgiu verdadeiramente como teoria política, tendo a notória contribuição americana consolidado a expressão da vontade popular na Carta Maior como fator, exatamente, de limitação do poder estatal. Na análise do filósofo político Friedrich A. Hayek, assim é descrita a função primordial de um diploma constitucional:

Uma Constituição que, deste modo, visa a limitar o governo deve conter normas que sejam efetivamente substantivas, além de dispositivos destinados a regulamentar a origem da autoridade. Cabe-lhe estabelecer princípios gerais que governem os atos da legislatura nomeada. O conceito de Constituição implica, portanto, não somente a ideia de hierarquia de normas ou leis em que aquelas com grau mais elevado de generalidade e derivadas de uma autoridade superior controlam o conteúdo das leis mais particulares aprovadas por uma autoridade delegada. (1983, p. 209)

A segunda causa, aponta Barroso, foi a criação de uma Carta Política dirigente, ambiciosa de certo modo, o que possibilitou o englobamento de todas as questões eminentemente político-sociais ao crivo do constituinte originário e, conseqüentemente, à apreciação pelos juízes:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (2012, p. 4)

Dessa forma, vários temas, outrora centrados nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, são trasladados aos gabinetes dos Ministros do Supremo Tribunal; assuntos que provocavam calorosos debates de alto nível nas casas parlamentares e aqueciam a atividade legislativa, hoje, encontram-se *sub judice*. Paulatinamente, a constitucionalização analítica transformou os Tribunais brasileiros em organismos “para-legisladores”, e os juízes, em desbravadores da seara política como verdadeiros arquitetos da gestão pública.

Por fim, o terceiro elemento listado por Barroso é o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pela Carta de 1988. O Brasil assimilou elementos característicos dos modelos americano e austríaco/europeu, abarcando tanto as hipóteses de controle incidental de compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Carta Magna, como a do controle concentrado, executado pelo Supremo Tribunal, em sede de ações diretas.

Em verdade, o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Estatuto Supremo de 1988 não é pioneiro em boa parte de seus aspectos, havendo as Cartas republicanas antecessoras disciplinado, ora em maior, ora em menor grau, a possibilidade do Poder Judiciário afastar a incidência de lei ou ato normativo por considerá-lo afrontoso às normas constitucionais. No entanto, a fórmula atual é ainda mais generosa no tocante ao papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, devido tanto às vias de provocação da Corte e o contexto político de suas decisões, muitas vezes, atuando o Tribunal como tutor dos demais Poderes.

2) A CRISE DA INSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: PONTAPÉ À JURISDIÇÃO *AD POPULUM*:

Historicamente, a relevância da atuação dos Tribunais é diretamente proporcional ao grau de instabilidade e o aprofundamento das tensões entre os Poderes. Isso não decorre, como mormente se especula, da condição de guarda da Constituição outorgada ao Supremo Tribunal, ou à capacidade/dever dos magistrados em conhecer da inconstitucionalidade das leis, ou ainda, à simples inércia do Poder Legislativo em determinadas matérias de ampla importância.

A ingerência judicial em fenômenos de repercussão política, de per se, configura tão somente ao que, conforme exposto alhures, chama-se judicialização, sem, entretanto, implicar autêntica conversão das decisões jurídicas em proclamações de caráter eleitoral ou demagógico, como se tratasse, em tom mais grosseiro, de transfiguração dos julgadores em candidatos. No entanto, caracterizada a tendência, e não simples e incidental convergência, dos pronunciamentos dos magistrados com os anseios populares, e, havendo estas decisões aspecto eminentemente cesarista, na qual o julgador sustenta a

fundamentação em nítida consonância e aos sabores da euforia social, surge, então, um novo *modus operandi* no âmbito do ativismo judicial, a saber, a ascensão do populismo judicial.

Com efeito, há toda uma conjuntura político-social, somada aos fatores que corroboram a expansão judicial, que desencadeia esse fenômeno, consideravelmente recente, pelo qual os magistrados se investem na qualidade de representantes da vontade geral da nação. Sob a égide do juiz populista, o ordenamento é convertido em mera inspiração espiritual na prática judicante, os conflitos trazidos ao conhecimento do árbitro estatal se tornam questões políticas, as sentenças são expressões nítidas da inclinação do julgador à ânsia popular de justiça e punibilidade, os tribunais se tornam palanques, e a defesa do Direito, enfim, é reduzida a simples elucubrações intelectuais.

2.1. O DESGASTE GERAL DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS:

A história, quase novelesca por seus “altos e baixos”, da jurisdição constitucional no Brasil ganha, a cada dia, novas feições que indicam o robustecimento da força política do Supremo Tribunal Federal, coincidentemente, em âmbitos de desgaste moral dos legisladores e ceticismo popular em relação às instituições públicas como um todo, incluindo-se, curiosamente, o próprio Judiciário.

Em relatório elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, ICJBrasil (Índice de Confiança na Justiça brasileira), relativo a levantamento do primeiro semestre de 2017, comprovou-se que os brasileiros estão mais descrentes na eficácia dos órgãos jurisdicionais em resolução de conflitos. Conforme a pesquisa, os dados coletados revelam:

(i) a **queda na avaliação da Justiça**, uma vez que o ICJBrasil e os seus subíndices apresentaram uma redução significativa em comparação com anos anteriores; e (ii) a **queda na confiança da população brasileira em praticamente todas as instituições avaliadas**, com destaque para drástica redução no grau de confiança dos entrevistados no Governo Federal, no Ministério Público e nas Grandes Empresas.

Esse cenário de baixa confiança nas instituições revela insatisfação da população com os acontecimentos recentes de corrupção e de falta de respostas satisfatórias às suas demandas. [...] (Grifou-se). (2017, *online*, p. 6).

O estudo aponta vastos caracteres da avaliação das instituições públicas pela população, desde os fatores que mais motivam os brasileiros a procurarem a tutela estatal perante os juizes até à satisfação geral pelo desempenho dos Poderes. Interessante destaque é merecido ao Item III.3 do relatório, o qual aponta os tribunais como institutos entre os mais mal avaliados pelo povo, e, não obstante, as Forças Armadas como favoritas ao gosto popular:

Cerca de um quarto dos brasileiros afirmou confiar ou confiar muito no Poder Judiciário, número ligeiramente abaixo da confiança na Polícia (26%). Tal percentual encontra-se bastante abaixo de outras instituições como as Forças Armadas (56%) e a Igreja Católica (53%). Os brasileiros também confiam mais nas Redes sociais, na Imprensa Escrita, nas Emissoras de TV, nas Grandes Empresas e no Ministério Público, do que no Judiciário.

Todavia, atrás do Poder Judiciário está a confiança nas esferas representativas, sendo que apenas 7% dos entrevistados confiam no Congresso Nacional, 7% nos Partidos Políticos e 6% no Governo Federal. Os sindicatos também são considerados menos confiáveis do que o Poder Judiciário. (2017, *online*, p. 13)

Em verdade, a percepção que se apreende diante do panorama geral de denúncias de corrupção e de escândalos criminosos graves que atingem o coração do Poder, as quais desgastam consideravelmente o crédito político, é de que a corrosão generalizada das instituições é insanável, impassível de qualquer reversão dentro dos conformes da ordem constitucional pactuada em 1988, ensejando, desse modo, o crescimento de pensamento mais cético em relação à democracia e ao estado de Direito e a expansão, inevitável, de teses autoritárias e de profundo radicalismo contrário à institucionalidade.

É de tal modo denso o desprestígio do regime democrático em contexto de tamanha repulsa à ordem institucional, que, sobretudo no Brasil, entre todos os países da América Latina, tal menosprezo é ainda mais nítido. Em uma região com histórico de instabilidade política, sucessivos golpes de Estado e ascensão de governos de linha populista, o Brasil possui um dos menores índices de satisfação com a democracia em toda o continente. É o que revela o relatório de pesquisa da Corporación Latinobarómetro, organização não-governamental sediada no Chile, que realizou o estudo em 18 países latinos a respeito da satisfação com a democracia. Eis o apanhado estatístico levantado (2017, *online*, p. 9):

Gráfico 1: Satisfação com a democracia na América Latina em comparação com a Venezuela



Fonte: Relatório Latinobarómetro – Informe 2017.

A organização preparou consulta geral, comparando o apreço pela democracia na Venezuela em relação aos demais países pesquisados, e o resultado é espantoso: de dezoito Estados latino-americanos, o Brasil amarga a última colocação com apenas 13% de satisfação com o regime democrático, abaixo de El Salvador, Peru, Colômbia, México e da própria Venezuela, e ainda, abaixo do índice geral da América Latina, de 30%.

A lastimável constatação é asseverada pelo fator mais apontado como causa a esse desgosto geral com a democracia: a corrupção. Conforme os pesquisadores:

El declive de la democracia en América Latina ha afectado a los que menos se habían consolidado en el pasado, pero también a los que más se habían consolidado en el pasado. En cada país podemos encontrar una causa principal, como en Brasil la corrupción, pero nunca es un fenómeno mono causal, siendo la corrupción la punta

de un iceberg más profundo que afecta a nuestras sociedades. (2017, *online*, p. 16).

Dessa forma, pela primeira vez a corrupção pública é responsabilizada pela decadência da política nacional, agravando-se a isso o fato de que, com o aumento da percepção desse mal, majora-se a ojeriza ao regime político democrático, criando-se ambiente propício ao afloramento de teses autocráticas, com o conseqüente cerceamento das liberdades públicas.

Convergem, enfim, os resultados divulgados nas duas pesquisas, sobretudo em se tratando de acepção histórica. Na primeira, nota-se a preferência dos brasileiros, entre todas as instituições, pelas Forças Armadas, as quais simbolizam ordem, disciplina e moralidade, na visão popular. Na segunda, vislumbra-se o desprestígio da forma de governo representativa, muitas vezes identificada com a avacalhação e o desrespeito pela coisa pública, de que são frutos a corrupção endêmica e a apropriação sistemática dos atributos do Poder por grupos políticos, tidos por de índole criminosa, com interesses estranhos ao bem comum; ressalte-se: também sob a percepção do populacho.

2.2. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROPALAÇÃO DA DEMAGOGIA JUDICIAL:

Sem embargo, a corrosão da credibilidade institucional gera o desmantelamento do regime de liberdades individuais e públicas, sendo o quadro atual mero painel da derrocada vindoura da democracia representativa e do Estado de Direito.

A ascensão da força política do Judiciário, no contexto de declínio da institucionalidade, nutrida pelo descrédito dos demais Poderes, surge como notável risco ao que, comumente, denomina-se ordem constitucional. O drama exsurge muito além do que se poderia chamar comprometimento ou desgaste da Tripartição dos Poderes. Como se expõe a seguir, parte significativa da empreitada política das falanges judiciais é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a quem o constituinte originário outorgou a guarda da Magna Carta, e, não coincidentemente, a Egrégia Corte tem produzido sistemático e progressivo tolhimento do equilíbrio entre os Poderes de Estado.

Fato notório é que a corrupção pública, desnudada em diversos acontecimentos recentes, em sua maioria, no âmbito de operações policiais, é levantada como problema enraizado na vida política nacional, quase como se se identificassem as manobras criminosas com a atividade política em si.

De fato, a abordagem, sobretudo empreendida pela imprensa, alarma para preocupante espraiamento de conchavos ilícitos entre grupos partidários, importantes lideranças políticas alvejadas por investigações policiais e sucessivas denúncias etc. Já observando os impactos da publicidade midiática nas decisões de magistrados, principalmente em grandes casos criminais, assim preleciona Paulo Mário Canabarro T. Neto:

Em matéria penal, os efeitos dessas distorções são bastante estudados. Crimes são notícia porque surpreendem e chocam. O exagerado destaque dado à criminalidade gera uma sensação difusa de impunidade, em nome de cujo combate se apoiam políticas criminais repressivas. Isso acarreta não apenas o endurecimento da legislação, mas também a criação de uma cultura jurídica consoante a qual o juiz penal, em vez de aplicar a lei racionalmente, com isenção de ânimo, deveria tomar parte na ideologia de 'combater o crime' a qualquer custo. (2012, p. 10)

Todo o apanhado de contaminação geral dos agentes políticos alimenta a percepção de que há total incompatibilidade entre o cumprimento das leis, o respeito à ordem institucional e o exercício da atividade política; em tom grosseiro, trata-se da mediata "criminalização" dessa carreira, pois, afinal, se praticamente todo parlamentar e gestor público estará imbricado em mancomunicações de ardid criminoso, estarão todos, desse modo, submetidos à persecução penal, e inevitavelmente, ao Judiciário.

Ora, não se haveria aqui de arguir que a impunidade e a leniência judicial seriam resultados desejáveis frente à formação de conluíolos flagiciosos no coração do Poder. No entanto, tão nociva ao regime democrático quanto tais atitudes é a transformação do processo criminal em ferramenta de coarctação das instituições políticas, sob os aclames da sociedade civil, virando-se o Poder Judiciário contra os demais Poderes, minando a harmonia e independência funcional consagradas como baluartes do Estado Democrático Constitucional.

3) RECENTES INOVAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL:

Como já se tateou anteriormente, mudanças significativas foram empreendidas no processo penal brasileiro, sobretudo, por construção da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal no que tange ao endurecimento da persecução criminal. As inovações foram operadas, como se observou, em contexto de decadência política e crise da representatividade e da institucionalidade, possibilitando abertura à atuação incisiva do Poder Judiciário, e, em muitos casos, sob fortes questionamentos quanto à constitucionalidade das decisões.

Destaque-se, como principais eventos, a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade, a restrição de alcance do foro especial por prerrogativa de função e a regularidade de aplicação de medidas cautelares contra membros do Poder Legislativo.

3.1. A “PRISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA”: REVISÃO DE ENTENDIMENTO E A LETRA DA CONSTITUIÇÃO:

Em 05 de fevereiro de 2009, em sede de julgamento de *habeas corpus*, a Corte Suprema fixou tese, revisando entendimento consolidado em outras oportunidades, pela qual a antecipação de cumprimento de sentença penal condenatória, isto é, a execução do decreto judicial antes do trânsito em julgado ofenderia o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, o qual estatui que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Na ocasião, o Relator do recurso impetrado, Ministro Eros Grau, que logrou êxito em sua tese, salientou que apenas um “desafeto da Constituição” admitiria a possibilidade de cumprimento de sentença anterior ao trânsito em julgado da condenação. O magistrado pontuou que somente se admitiria prisão anterior ao término da ação penal, por exegese do texto constitucional, em caráter cautelar, isto é, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária ou prisão preventiva. A antecipação do marco inicial de cumprimento de pena criminal, desse modo, estaria em frontal desarmonia com a Constituição da República, retocando-se, assim, importante evolução do garantismo penal na jurisprudência da Corte.

De fato, o Supremo Tribunal não entrevia resistência da Carta de 1988 à antecipação do marco executório da pena, havendo, inclusive, sumulado a questão em dois verbetes, Súmulas 716 e 717, as quais tratam respectivamente da progressão de regime, da aplicação imediata de pena criminal antes do trânsito em julgado, e, da ausência de óbice à progressão de regime quando o custodiado estiver sob regime especial (STF, 2003, *online*). Curiosamente, ao passo que o Tribunal não vislumbrava impedimento à execução provisória da privação de liberdade após condenação firmada em segundo grau, o mesmo não se dava com penas restritivas de direitos, havendo, para tais, o tratamento mais rigoroso de exigência da coisa julgada como termo inicial à sua execução:

AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs. (STF, 2006, *online*).

HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida. (STF, 2006, *online*).

EMENTA 'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente. (STF, 2005, *online*).

Com efeito, a flagrante irrazoabilidade na lida com os distintos apenamentos foi observada pelo Em. Relator em seu voto, tendo assim arrematado seu pensar:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas. (STF, 2010, *online*).

Em contrapartida, o Ministro Menezes Direito abriu divergência, salientando que a Corte já houvera firmado que o recolhimento à prisão de condenado a pena privativa de liberdade e não vislumbrava razões para mudança no entendimento. Aduziu que o esgotamento da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias, e que, ao firmar o preceito do estado de inocência, a Constituição não impôs óbice ao recolhimento ao cárcere em situação na qual penda, tão somente, julgamento de recursos excepcionais. Em suas palavras:

A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção da inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória. (STF, 2010, *online*).

O ministro salientou, também, que a presunção de não culpabilidade, tomada como princípio jurídico, não tem a estrutura ontológica atribuída às normas-regra, “*all or nothing*”, admitindo-se maior elasticidade e acomodação aos casos concretos; daí, porque se, consoante pacífico entendimento da Corte, a reclusão de estirpe cautelar não iria de encontro à presunção de inocência, tampouco ocorreria tal conflito entre a norma constitucional e o cumprimento da sentença condenatória restando somente os recursos extravagantes.

A discussão sobre esse mérito reacendeu em 2016, diante do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP (STF, 2016, *online*), oportunidade em que os ministros da Egrégia Corte, revertendo entendimento outrora sedimentado, decidiram pela constitucionalidade da execução provisória de pena, gerando

considerável instabilidade no sistema jurídico penal. A uma, porque não se trata de entendimento firmado em decisão de caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, razão pela qual a questão não se encontra pacificada. A duas, em virtude de a inversão da jurisprudência construída desde 2009 ter se dado sob contexto das operações policiais que alvejam fração relevante das personalidades políticas nacionais, cognominada “Lava Jato” pela grande imprensa, o que reforça a relevante suspeita de inquinação política na mudança empreendida pelo Tribunal.

O relator do *writ*, Ministro Teori Zavascki, reforçou em boa medida toda a argumentação elaborada por Menezes Direito naquela ocasião, firmando, contudo, outro elemento para incrementar a perspectiva na qual estava o Tribunal debatendo a questão, qual seja, o incentivo oferecido pela vastidão de instrumentos recursais, alçando às Cortes Superiores, para a protelação constante e a superveniência da prescrição, pondo fim ao *jus puniendi* estatal. Avaliou o magistrado que, ao se admitir o efeito suspensivo atribuído aos recursos excepcionais, estar-se-ia transformando as vias recursais em mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal e que, em tal quadro, caberia ao Poder Judiciário, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo “resgate essa sua inafastável função institucional”.

O Ministro Roberto Barroso, em seu voto, atentou para uma possível mutação constitucional, arguindo como causas dessa revisão de entendimento (1) o fomento às táticas procrastinatórias que arrastam no tempo a duração do processo, (2) o surgimento de seletividade no sistema penal, haja vista que somente os réus mais abastados teriam recursos bastantes para custear a empreitada advocatícia até os Tribunais Superiores e (3) o agravamento do descrédito da sociedade na justiça penal, devido a sensação de impunidade generalizada.

A contrario sensu, o Ministro Celso de Mello apadrinhou a manutenção da presunção de inocência até a coisa julgada condenatória, fazendo panorama histórico dessa garantia fundamental e relacionando, com base doutrinária, o solapamento desse princípio com o autoritarismo político, exemplarmente o absolutismo francês pré-Revolução e o fascismo italiano.

Celso de Mello argumentou não ser admissível, como fizeram outros Ministros, analogia entre o sistema constitucional brasileiro e o de outros países democráticos por não estar prevista nesses lugares, explicitamente, a exigência do

trânsito em julgado como se dá na Carta de 1988. Abordou-se, também, a inteligência de diplomas da legislação ordinária, notadamente o art. 105 da Lei de Execução Penal e art. 283 do Código de Processo Penal, frisando-se a necessidade da coisa julgada de sentença condenatória para o encarceramento do réu.

A controvérsia reside, até mesmo, no âmbito doutrinário. Entre os autores que advogam pela constitucionalidade da execução provisória, de boa lembrança é a lição de Gilmar Ferreira Mendes, que alude às disposições implantadas pela Lei Complementar nº 135/10 modificando hipóteses de inelegibilidade ao antecipá-la diante de condenação por órgão colegiado em determinados casos. A alteração foi objeto de discussão na própria Corte, tendo sido declarada sua compatibilidade com o Estatuto Maior de 1988; tal raciocínio, segundo Mendes, confirma que, se a pendência do trânsito em julgado não é empeco a uma formulação de juízo de inelegibilidade, analogamente não o será para a culpabilidade (MENDES, 2017).

Outros distintos nomes da academia, contudo, sedimentam o pensar de que a redação constitucional não abre margem a dúvidas: por mais custoso seja aguardar o esgotamento das vias recursais, contando-se as excepcionais, é impossível juridicamente se aceitar prisão anterior ao trânsito em julgado, ressalvada as de espécie cautelar; nessa linha, compreendem Ives Gandra da Silva Martins, Lenio Luiz Streck, Dalmo Dallari, Ingo Wolfgang Sarlet, Elival da Silva Ramos e José Afonso da Silva (2018, *online*).

Em face da dramática situação política, a opinião pública brasileira, como notado diversas vezes pelos membros da Corte Suprema, majora os aplausos ao enrijecimento da processualística penal contra os agentes políticos. Em recente julgamento de *habeas corpus* preventivo, o Ministro Celso de Mello esboçou preocupação com as pressões oriundas do clamor popular, reforçando sua tese contrária à privação antecipada de liberdade decorrente de condenação, e salientou que, sem prejuízo da ampla liberdade de crítica, os juízes não se podem deixar contaminar, sob qualquer pretexto, por juízos paralelos resultantes de manifestações da opinião pública, sob pena de grave ofensa à Constituição e ao devido processo legal (STF, 2018, *online*).

3.2. O “FORO PRIVILEGIADO” EM XEQUE:

Outro problema de grande impulso à intervenção do Supremo Tribunal Federal toca no que diz respeito ao foro por prerrogativa de função em matéria criminal. A Constituição de 1988, seguindo tradição advinda desde o Império (1824), manteve restrita a competência de jurisdição penal restrita a algumas autoridades relativa às infrações penais comuns e aos crimes de responsabilidade.

Com efeito, o foro por prerrogativa de função tem natureza impessoal, conquanto a alcunha “foro privilegiado” desperte a aversão popular a esse instrumento de proteção do livre exercício funcional. Lecionando sobre o instituto do foro especial, Maria Lúcia Karam acentua que, ao revés do que permeia o imaginário do povo, não se trata de privilégio pessoal, em favor do réu, dado que poderá este, inclusive, ver-se mais acuado pela limitação de alternativas recursais com a competência originária atribuída a alguns Tribunais (KARAM, 2005). É o caso, p.ex., de Governador de Estado denunciado por peculato; compete ao Superior Tribunal de Justiça, no caso, originariamente processar e julgar o agente segundo a acusação que lhe recai, dispensando-se o debruço das instâncias ordinárias sobre o fato típico, o que, de per si, diminui as possibilidades de apelo cabíveis.

Entretanto, fenômeno que é observado na atualidade é a utilização da prerrogativa como meio de retardamento da punição estatal. Muitas autoridades alvejadas por inquéritos e ações penais, sobretudo as que ocupam cargos eletivos, manejam da renúncia aos postos para fazer declinar a competência originária das Cortes, imperando-se a remessa de autos às instâncias ordinárias e, assim, dilatando a mora judicial; trata-se, satiricamente, de “*jumping* privilegiado”.

A Corte Suprema se debruçou sobre a matéria recentemente, em Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, ocasião em que o relator, Ministro Roberto Barroso, assentou duas teses sobre o alcance do foro especial para parlamentares federais: (1) o foro por prerrogativa de função aplicar-se-ia somente aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; (2) firmar-se-ia a competência do Supremo Tribunal, perpetuamente, com a publicação de despacho de intimação para apresentação de alegações finais (STF, 2017, *online*). Com tais medidas, estaria o Tribunal tornando mais rigoroso o filtro de sua competência, e ainda, dificultando o *jumping* praticado entre as instâncias.

Para Barroso, a generosidade da extensão do foro especial, o qual qualificou de “disfuncionalidade”, seria a causa do congestionamento da justiça criminal, tanto no próprio STF como em outras Cortes, e que tal agasalho impediria o Tribunal de cumprir sua função precípua de corte constitucional. E pontuou mais: perante o STF, tramitam mais de 500 processos contra agentes políticos, e, com a Operação Lava Jato, essa cifra tenderia a aumentar expressivamente.

As estatísticas revelam que assiste razão ao magistrado. Segundo estudo elaborado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, ao todo somam 54.990 autoridades com foro especial no Brasil, incluindo-se as que dispõem da prerrogativa por normas de constituições estaduais. Desse total, 868 autoridades dispõem de foro, apenas, perante o Supremo Tribunal Federal, indicando quase 1,6% (CAVALCANTE FILHO, 2017, *online*).

Quanto à eficiência do STF em condenações, o quadro é ainda mais dramático. De acordo com relatório produzido pela Fundação Getúlio Vargas, a média de tempo decorrido, desde a autuação até o trânsito em julgado de ações penais na Corte, é de 1377 dias! Ademais, cerca de dois terços das ações penais que tramitam no STF não chegam a ter seu mérito apreciado: em 63,6% dos casos, o Tribunal declina de sua competência às demais instâncias, e em 4,7%, sobrevém a prescrição (FALCÃO, 2017, *online*).

Embora as propostas formuladas pelo Ministro Barroso vão ao encontro da necessidade de reformulação do foro especial, a elas não se compatibiliza a jurisprudência sedimentada na própria Egrégia Corte, que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, assentou que, cessado ou mandato ou exercício da função, finda também o foro especial (STF, 2005, *online*).

O Poder Legislativo intenta reação a essa inovação arquitetada pela Corte, com a aprovação, pelo Senado Federal, da Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2013 visa reduzir drasticamente o foro por prerrogativa de função, restringindo-o a número mínimo de autoridades, notadamente, às chefias dos Poderes (2017, *online*).

3.3. O AFASTAMENTO DE PARLAMENTARES SOB A ÓTICA DO STF:

Enfim, outra decisão de grande vulto e repercussão considerável no meio político foi consagrada em ação direta pela Suprema Corte. Trata-se da possibilidade de aplicação, contra membros do Poder Legislativo, de medidas cautelares diversas da prisão, definida como constitucional no julgamento da ADIN nº 5.526/DF.

Com a Lei nº 12.403/2011, as possibilidades de imediato encarceramento foram reduzidas com a ampliação das medidas cautelares diversas da prisão, descritas no art. 319 do Código de Processo Penal. Buscou-se com essa inovação legislativa, causar impacto positivo no sistema processual, tornando a prisão instrumento de emprego residual.

Todavia, conforme exposto dispositivo constitucional, os Deputados e Senadores não estão sujeitos à prisão, excetuando-se o flagrante de crime inafiançável, e, nesta hipótese, o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado à Casa Legislativa que integre em até 24 horas, para que esta decida sobre manter ou revogar a detenção (art. 53, § 2º).

Em verdade, o Supremo Tribunal já vinha antecipando tal entendimento em casos célebres envolvendo agentes políticos. Na Ação Cautelar nº 4.070, precedente inaugural dessa tese na Corte, o Ministro Teori Zavascki impôs o afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados do cargo e do exercício do mandato parlamentar. A exegese que embasou tal ordem foi de compreensão restritiva das imunidades congressistas, firmando-se que, ao não disciplinar visivelmente sobre as medidas cautelares, a Constituição não vedaria tal procedimento.

O Ministro relator, Edson Fachin, porém, argumentou que a admissibilidade de revisão de medidas cautelares pela Casa Legislativa, por analogia à prisão em flagrante, contrariaria os princípios da isonomia e republicano, por não se admitir privilégios e distinções desarrazoadas. E ainda, as medidas cautelares serviriam à tutela da ordem pública, não sendo possível conciliar esse objetivo com a delegação, às Casas Legislativas, de poder para desconstituir as restrições impostas pelo Judiciário (STF, 2017, *online*).

A maioria do Plenário seguiu outro caminho, com o voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes, pelo qual se firmou que a aplicação de medidas cautelares não deveria impedir o exercício da atividade parlamentar, e, neste caso, haveria de ser remetida a lavra da decisão para análise da respectiva Casa Legislativa.

Diferentemente das controvérsias anteriormente descritas, a esta a Suprema Corte pôs termo, consolidando entendimento que afeta às imunidades parlamentares, permitindo-se ao Congresso alguma margem para defesa de sua autonomia e proteção constitucional.

4) CONCLUSÕES:

Destarte, avalia-se que, com a expansão jurisdicional sobre matérias essencialmente políticas, tal marco deu ensejo a que o Supremo Tribunal Federal, além de atuar como controlador de gestão, execute trabalho de curador dos Poderes, sobretudo do Poder Legislativo, contra cujos integrantes se deu a maior parte das inovações expostas. Percebe-se, destacadamente, pelos fundamentos aludidos pelos Ministros em seus votos, referências constantes ao contexto social e político, envolvendo a Operação Lava Jato, que a busca pela aprovação popular está cada vez mais nítida.

Faz-se mister que o Poder Legislativo, atuando para a representação da sociedade brasileira, empreenda mudanças que atendam aos anseios populares, retirando do Supremo Tribunal Federal, em definitivo, tal encargo, sub-rogando-se novamente para efetuar as reformas, legislativas e constitucionais, pertinentes.

Em se tratando do processo penal, necessária é alteração plena nas disposições legais, acomodando-se os ritos, bem como o trânsito em julgado, à realidade brasileira, reintegrando-se as Cortes Superiores à função de emitir tese jurídicas e à pacificação de jurisprudência.

Por derradeiro, fulcral será a reconquista do prestígio e da legitimidade representativa dos agentes políticos, a fim de que a democracia participativa e a probidade pública sejam renovadas, tendo-se em conta o lamentável quadro de decrepitude moral que carcome as bases do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Syn(Thesis)**, revista jurídica da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 5, 2012, 26 p.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 10, 2013**. Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5317622&disposition=inline>. Acesso em 20 dez. 2017. Redação final.

_____. _____. **ADIN n. 2.797-2/DF**. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 15/09/2005. Brasília, 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em 15 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 88.413-0/MG**. *Habeas Corpus*. Relator: Min. César Peluso, 1ª Turma, j. 23/05/2006. Brasília, 09 de junho de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382131>. Acesso em 22 mar. 2018.

_____. _____. **HC n. 86.498-8/PR**. *Habeas Corpus*. Relator: Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 18/04/2006. Brasília, 19 de maio de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368165>. Acesso em 21 mar. 2018.

_____. _____. **HC n. 84.859-1/RS**. *Habeas Corpus*. Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 14/12/2004. Brasília, 13 de maio de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79692>. Acesso em 06 abr. 2018.

_____. _____. **HC n. 84.078-7/MG**. *Habeas Corpus*. Relator: Min. Eros Grau, Pleno, j. 05/02/2009. Brasília, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 16 abr. 2018.

_____. _____. **HC n. 126.292/SP**. *Habeas Corpus*. Relator: Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 17/02/2016. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30 abr. 2018.

_____. _____. **HC n. 152.752/PR**. *Habeas Corpus*. *Íntegra do voto do Ministro Celso de Mello*. Relator: Min. Edson Fachin, Pleno, j. 05/04/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>. Acesso em 30 abr. 2018.

_____. _____. **Súmula 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Brasília, 24 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=716.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 18 mar. 2018.

_____. _____. **Súmula 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Brasília, 24 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=717.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 18 mar. 2018.

CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. **Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 27 de abril de 2017.

Corporación Latinobarómetro. (2017). **Informe 2017**. Buenos Aires, Argentina. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/LATDocs/F00006433-InfLatinobarometro2017.pdf>. Acesso em 21 mar. 2018.

FALCÃO, J.; HARTMANN, IVAR A. M.; ALMEID, G. F. C. F.; CHAVES FILHO, L. O.. **V Relatório Supremo em Números. O Supremo e o Foro Privilegiado**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. v. 1, p. 22, 23.

Fundação Getúlio Vargas. (2017). **Relatório ICJBrasil – 1º Semestre/2017**. Escola de Direito de São Paulo: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 22 mar. 2018.

HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. Supervisão e introdução: Henry Maksoud, Tradução: Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983. p. 209.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4ª edição, p. 38.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva: 2017, 12ª edição, p. 479, 480.

Ministro Fachin vota pela improcedência de ação sobre afastamento de parlamentares. **Notícias STF**, Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358781>. Acesso em 12 dez. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo 4 [2], Jul-Dez 2008, p. 441.

NETO, Paulo Mário C. T. Judiciário e opinião pública: os limites do marketing judicial. In: PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (Org.). **Curso Modular de Administração da Justiça**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, pp. 439-64.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares. **Notícias STF**, Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853>>.

Acesso em: 12 dez. 2017.

VEJA o que dez constitucionalistas dizem sobre execução provisória de pena. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/veja-dez-constitucionalistas-dizem-prisao-antecipada>>. Acesso em: 05 abr. 2018.