

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

GABRIELLA DE ALMEIDA SOARES

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: O julgamento das ADCs 43 e 44 e a execução
provisória da pena após condenação em segunda instância**

São Luís
2016

GABRIELLA DE ALMEIDA SOARES

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: O julgamento das ADCs 43 e 44 e a execução
provisória da pena após condenação em segunda instância**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão – UFMA
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa
Ramos

São Luís
2016

GABRIELLA DE ALMEIDA SOARES

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: O julgamento das ADCs 43 e 44 e a execução
provisória da pena após condenação em segunda instância**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão – UFMA
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa
Ramos

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Francisco Junior e Naíres Almeida, por todo o apoio e dedicação ao longo da minha vida. Os dois são meus maiores exemplos e minhas verdadeiras inspirações. Sou eternamente grata por todo o amor e, acima de tudo, pela orientação e confiança depositada em mim. Se hoje estou aqui, logrando êxito e finalizando esta importante etapa da minha vida, devo isso à vocês.

Às minhas avós, Alaíde e Remédios, que sempre me encheram de sabedoria e conhecimentos que vão muito além da vida acadêmica. À minha tia Sol, sempre tão dedicada e preocupada com a minha felicidade e bem-estar: sem você, eu nada seria. Obrigada por ser um dos meus maiores exemplos de sucesso e dedicação aos estudos e à família. Você é uma das pessoas mais fortes e mais brilhantes que eu tenho a sorte de ter em minha vida. Aos meus padrinhos, Célio e Sueli, à minha tia Rita e à tia Marildes, que também foram uma importante parte desta jornada que me trouxe até aqui. E à minha amiga Fabiana Brentare, que, ao receber meu pai como marido, também me acolheu com todo o carinho e dedicação – e isso fez toda a diferença no meu desenvolvimento.

Aos meus irmãos, Marcus, Giovanna, Yago e Ricardo: obrigada por serem o meu porto seguro. Quem tem irmãos nunca estará sozinho, e vocês me dão a certeza disso. Aos meus primos-irmãos, Pedro Henrique, Bruno e João Victor: quase sempre distantes, porém sempre se fazendo presentes. Obrigada pela força e suporte de sempre. E à minha prima-irmã Renata, tão parecida comigo, e ao mesmo tempo tão diferente! Sou grata por essa vida de aventuras que compartilhamos, e anseio por ver o que ainda está por vir para nós.

Aos professores que me auxiliaram ao longo dessa jornada, em especial ao Prof. Paulo Roberto Barbosa Ramos, que me acolheu como orientanda no segundo período e que tanto me ensinou. Sou eternamente grata pela paciência e compreensão com os momentos difíceis pelos quais passei ao longo da graduação. Sou mais grata ainda pelo conhecimento que adquiri, e por ter me aceitado como integrante no Núcleo de Estudos em Direito Constitucional em 2012. O NEDC salvou a minha formação enquanto estudante da UFMA, e não sei como poderei retribuir um dia.

Aos meus companheiros do NEDC, obrigada pelo suporte, pelos longos debates e discussões produtivas. Nunca as esquecerei.

Aos meus colegas da turma 118, que habitarão minhas lembranças para sempre. E aos amigos – o presente mais valioso que a UFMA me deu: Aleilson Coelho, Rebeca Sousa, João Vitor Paiva, Iago Fernandes, Emile Amorim, Gabriela Serra, Amanda Costa, Marcelo Frazão,

Vinicius Rodrigues e Juliana de Albuquerque. Sem vocês, esses cinco anos não teriam valido a pena, ou sido tão divertidos. Obrigada por fazerem dos meus anos universitários os melhores, até agora.

Aos amigos que me acompanham há tantos anos que não sei contar: Amanda Pierre, Isadora Braga, Manoel Veloso, Hugo Campos, Humberto Araújo, Heloisa Moreira, Larissa Mota, Ibraim Junior, Leonardo Feitosa, Luan Meneses e Layanna Guará. Sou grata por dividirem cada vitória comigo, mesmo depois de tanto tempo. Um agradecimento especial às minhas queridas Gabrielle Ribeiro e Lara Melo, e ao meu grande amigo Gabriel Melo: boa parte do que me tornei, devo à vocês. Todos os conselhos, as motivações e as longas conversas contribuíram para que chegássemos nesse dia, e sou eternamente grata por terem me deixado entrar nos corações de vocês. As amo, infinitamente.

Por fim, gostaria de agradecer à todos os que me auxiliaram ao longo desse longo e árduo caminho. Foram muitas provações, muitos momentos difíceis, e também muitos momentos de glória. Findo esse período sem arrependimentos, e com a certeza do meu crescimento enquanto pessoa e profissional.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central o debate sobre a recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que decidiu, através do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, por permitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado do processo, contrariando o princípio da presunção de inocência positivado na Constituição Federal Brasileira. Buscar-se-á analisar, em um primeiro momento, as diversas constituições brasileiras, para que se faça um contexto histórico-social da situação atual. Serão abordadas, ainda, questões de hermenêutica jurídica, para que se possa compreender como se dá o modo de análise e interpretação das leis constitucionais por parte do Supremo Tribunal Federal. Será feita ainda uma abordagem no que tange à importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, em especial quanto ao princípio da presunção da inocência, tendo em vista ser esta a norma fundamental em jogo no caso estudado. E, por fim, será feita uma análise profunda sobre o caso em questão, de modo que se possa chegar à uma conclusão sobre o cabimento ou deste novo entendimento Supremo Tribunal Federal. Será feito um estudo dos votos dos ministros no julgamento em questão, correlacionando-os com o uso da hermenêutica jurídica e a aplicação ou não do texto constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Hermenêutica jurídica. Processo penal. Presunção de inocência. Execução provisória da pena.

ABSTRACT

The main focus of this paper is to discuss the recent change of understanding by the Supreme Federal Court, which decided, through the judgment of Declaratory Actions of Constitutionality numbers 43 and 44, to allow the provisional execution of sentence prior to *res judicata*, contradicting the presumption of innocence principle that is fixated in the Brazilian Federal Constitution. At first, seeks to analyze the many Brazilian constitutions, so that can be made a historical and social context of the current situation. It will be addressed matters of legal hermeneutics, so that one can understand how is the way of analysis and interpretations of constitutional laws by the Supreme Federal Court. An approach will be taken regarding the importance of principles in the Brazilian legal system, especially when it comes to the presumption of innocence principle, given that that is the fundamental norm at stake in the case studied. And, finally, a detailed analysis regarding the case in question, so that one can reach a conclusion as to whether or not the Supreme Federal Court made the right decision. It will be made a study on the votes of each minister in the judgment in question, relating them to the use of legal hermeneutics and the application or not of the constitutional text.

Key words: Constitutional law. Legal hermeneutics. Criminal proceedings. Presumption of innocence. Provisional execution of sentence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

Art. – Artigo

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

HC – Habeas Corpus

Inc. – Inciso

J. – Julgado em

Min. – Ministro

ONU – Organização das Nações Unidas

OEA – Organização dos Estados Americanos

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

REsp. – Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	13
2.1	Histórico das constituições brasileiras.....	14
2.2	A Constituição de 1988 e suas principais características.....	16
2.3	Considerações sobre hermenêutica e interpretação constitucional.....	20
3	PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
3.1	Constitucionalismo de princípios.....	25
3.2	Princípio da presunção de inocência e o direito de punir do Estado.....	27
4	ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	30
4.1	Histórico do caso.....	31
4.1.1	Votos no julgamento das ADCs 43 e 44: voto do relator e dos que o seguiram.....	33
4.1.2	Votos no julgamento das ADCs 43 e 44: votos divergentes.....	36
4.2	Reflexões sobre o novo entendimento.....	38
4.3	Possíveis alternativas à execução provisória da pena.....	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 1988, surgiu logo após o fim de um longo e obscuro período de ditadura militar, onde a população viu seus direitos mais fundamentais e sua dignidade enquanto indivíduos tolhidos em diversos graus, tais como em seu direito à vida, tendo em vista que muitos foram torturados e mortos ao longo deste período; seu direito de ir e vir e sua liberdade de expressão, dentre tantos outros.

Assim sendo, e em meio à um contexto mundial de respeito e efetivação de direitos fundamentais, a CRFB acrescentou em seu texto diversos princípios (ou normas) fundamentais, visando assegurar direitos e garantias individuais.

Tais princípios têm como objetivo ser a base da constituição. São os valores e anseios da sociedade positivados na Carta Magna, e são norteadores valorativos, ou seja: tanto as normas, quando os aplicadores das normas, têm como dever guiar-se com base nesses princípios, de modo a garantir a unidade constitucional e a efetivação dos direitos. A CRFB é constituída através de princípios e normas que são a base de todo o ordenamento.

A questão a ser abordada no presente trabalho é justamente a proteção desses princípios, e até que ponto pode haver uma flexibilização dos mesmos. O caso em questão, recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e que, para muitos, é considerado um julgamento histórico, consiste na mudança diametral de entendimento do referido tribunal.

O STF, que até o início de 2016 entendia não poder existir a chamada execução provisória da pena, mudou seu entendimento em fevereiro do ano em questão através do julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292/2016, admitindo a execução da pena após condenação em segunda instância. Tal decisão levou à proposição das Ações Declaratórias de Constitucionalidade número 43 e 44, que foram julgadas em outubro de 2016 e através das quais o STF reiterou seu novo posicionamento.

Este novo entendimento, entretanto, dividiu o mundo jurídico. Ao passo que muitos concordam, outros questionam se o STF não estaria desrespeitando um princípio constitucional, qual seja, o princípio da presunção da inocência, argumentando que existe um dever, por parte do tribunal, de salvaguardar as normas e, principalmente, os princípios que ali existem, e não excedê-los. Logo, esta será a discussão que permeará o presente trabalho, objetivando buscar um posicionamento mais claro diante do assunto.

Ainda nesta seara, existem dois pontos importantes que devem ser levados em consideração: o primeiro, concernente à separação de poderes, onde se deve ter em vista que o Poder Legislativo já editou lei relativa ao assunto – sendo esta o art. 283 o CPP, que diz que

ninguém pode ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Ao passo que os juristas a favor do STF se alinham no posicionamento de que o novo entendimento não vai de encontro à esta lei, outros indagam se o STF não estaria excedendo as suas atribuições e modificando por completo o entendimento de uma norma.

O segundo ponto é o contexto político-social em que se encontra o Brasil atualmente. Em meio à tempos de crise e uma crescente insatisfação da sociedade ante as instituições, discute-se se o STF não estaria recaído no erro de interpretar a constituição de acordo com desejos transitórios da população, o que poderia acarretar em consequências futuras irreversíveis.

Assim, o objetivo preponderante deste estudo é analisar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44 com base no sistema constitucional brasileiro e tendo em vista o princípio da presunção de inocência, de modo que se conclua se é constitucionalmente aceitável que um indivíduo comece a cumprir sua pena antes de uma decisão transitada em julgado, havendo decisão condenatória em segunda instância. Ademais, como objetivos específicos, buscar-se-á analisar o sistema constitucional brasileiro, fazendo uma retrospectiva histórica e uma abordagem social; fazer um estudo do constitucionalismo brasileiro, baseado nos princípios e normas fundamentais, em especial no que tange ao princípio da presunção de inocência; e analisar os votos dos ministros e seus posicionamentos acerca da decisão em questão.

Nesse diapasão, esse estudo se justifica primeiramente ante a relevância do debate sobre a relativização de princípios e a proteção da constituição. Há de se discutir se o STF está, de facto, ultrapassando os limites semânticos do texto constitucional e, existindo resposta positiva, até que ponto têm o direito de fazê-lo, bem como os riscos que isso acarreta para o valor da dignidade humana e para a proteção dos direitos fundamentais. É de suma importância compreender as consequências de tal decisão para os processos atuais e futuros, bem como para a estrutura criminal e social do país.

Para satisfação dos objetivos do presente trabalho, recorreu-se a uma revisão da bibliografia extensa sobre a temática, a fim de formar pleno embasamento sobre a matéria. Houve grande pesquisa documental, esta relacionada prioritariamente ao conteúdo da legislação pátria e aos votos dos ministros no caso abordado. Foi utilizado, ainda, o método de abordagem dedutiva, ou seja, aquele que parte de premissas gerais, verdadeiras e incontestáveis, por meio das quais se chega à um resultado necessário, implícito na premissa.

O presente trabalho é estruturado em três capítulos. O primeiro faz uma abordagem relacionada ao sistema constitucional brasileiro e uma pequena análise relativa à hermenêutica constitucional, abordando ainda o histórico das constituições brasileiras. A seu turno, o segundo capítulo se refere ao princípio da presunção de inocência no sistema jurídico brasileiro, abordando o conceito de princípios em geral, a construção do chamado “constitucionalismo de princípios” brasileiro e, por fim, analisando mais especificamente o princípio da presunção de inocência e os perigos de sua relativização. Por fim, o terceiro capítulo se ocupa em fazer a análise do julgamento em questão, relacionando-o ao contexto político-social brasileiro e discorrendo sobre os votos dos ministros, bem como suas consequências.

2 SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A priori, abordar-se-ão as nuances do sistema constitucional brasileiro, dando ênfase ao princípio da ampla defesa enquanto tema basilar do presente trabalho. Deve-se, para tanto, analisar a forma como o sistema constitucional brasileiro é constituído, fazendo-se uma breve abordagem histórica, analisando-se o princípio da ampla defesa, sua evolução histórica e conceitual e, por fim, sua relação com o princípio da presunção da inocência, cuja discussão também é indispensável para que haja uma compreensão dos assuntos ora abordados.

Para que se possa proceder à uma análise sobre o sistema constitucional brasileiro, deve-se conceituar, em princípio, o que seria a constituição, bem como sua função.

Enquanto a norma jurídica de maior valor do ordenamento, a constituição sempre é estudada e conceituada pelos mais diversos autores. De acordo com BULOS (2014, p. 100),

Constituição é o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, de modo de aquisição e exercício do poder.

Traduz-se por um conjunto de normas jurídicas que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade.

Por sua vez, SILVA (2005, p. 39) define a constituição como algo

que tem, como *forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como *causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.

Assim sendo, extrai-se dessas definições que a constituição é a norma suprema de um Estado: é o documento que define o mesmo, que estrutura a organização da sociedade e suas instituições, elenca direitos e deveres e atribui garantias ao povo. É um documento norteado pela garantia de direitos fundamentais, e partir deste ponto, evoluem-se todas as suas outras normas.

Como José Afonso da Silva sabiamente aponta, a constituição não pode ser interpretada se não se tiver em mente uma estrutura muito mais ampla do que apenas um compilado de normas. Deve ser vista como um grande sistema, que engloba normas, princípios, relações sociais, valores, dentre muitas outras características. A partir desta visão ampla, que atende pelo nome de Sistema Constitucional, pode-se passar a tratar do mesmo, e, em específico, do Sistema Constitucional brasileiro, que é um dos focos do presente trabalho.

2.1 Histórico das constituições brasileiras

De modo a compreender-se o sistema constitucional brasileiro, far-se-á uma breve retrospectiva histórica, de modo que se possa analisar as evoluções sofridas pela mesma.

Como se sabe, no Brasil já houve sete constituições e uma Emenda Constitucional que chega a ser considerada uma nova Constituição, tantas foram as mudanças estabelecidas. Assim sendo, pode-se dizer que o histórico constitucional brasileiro é bastante diversificado e que a Constituição atual, promulgada apenas em 1988, é relativamente nova, tendo apenas 28 anos.

A primeira Constituição do Brasil, chamada “Constituição Política do Império do Brasil”, data de 25 de março de 1824. Deve-se destacar o momento histórico de tal Constituição: após a vinda da família real Portuguesa ao Brasil, cuja permanência no país durou treze anos, D. João VI se vê obrigado a voltar à Portugal em 1821, em decorrência da chamada “Revolução do Porto”. Deixou para trás, entretanto, seu filho, D. Pedro de Alcântara que, em 1823, convocou uma Assembleia Nacional Constituinte e, em 1824, outorgou a Constituição Política do Império no Brasil, que vigorou por 65 anos.

A constituição do Império instituiu a forma unitária de Estado, privilegiando a centralização político administrativa e a forma monárquica de governo; o território brasileiro foi dividido em províncias. A religião católica foi consagrada como a religião oficial do império e reconheceu a existência de quatro funções do poder político: legislativa, moderadora, executiva e judiciária (BULOS, 2014, p. 492). Esta Constituição definia o voto como censitário, e trazia direitos de primeira geração (liberdades públicas, civis e políticas). Cumpre ressaltar que tal Constituição não previa nenhum instituto de Controle de Constitucionalidade, tampouco existiam remédios constitucionais, como o Habeas Corpus.

A Constituição seguinte data de 1891, tendo como contexto social e político o fim do império, a proclamação da República e a queda de D. Pedro II. Esta foi a primeira Constituição Republicana e Federativa, sendo, portanto, promulgada. Também trazia direitos de primeira geração, e foi a primeira constituição a adotar um tipo de controle de constitucionalidade, sendo este o controle **difuso**. Aqui, não havia poder moderador, existindo apenas os três poderes previstos por Montesquieu: Legislativo, Executivo e Judiciário.

As províncias do império foram substituídas por Estados Federados, convertendo o Município Neutro (antiga Província do Rio de Janeiro) em Distrito Federal. Houve, ainda, a separação entre Igreja e Estado, com o Poder Público se mantendo neutro em debates de

cunho religioso. Foi, ainda, abolida a pena de morte, e previu-se um remédio constitucional: o habeas corpus.

A Constituição de 1934, por sua vez, representa a ruptura da concepção liberal do Estado. Aqui, os direitos sociais avanços, acumulando-se aos direitos de primeira geração os chamados *direitos de segunda geração*, agregando, assim, direitos sociais, econômicos e culturais. Esta Constituição fez diversos avanços, criando a Justiça do Trabalho, acrescentando a possibilidade de o Senado suspender uma lei declarada inconstitucional e, ainda, criando o princípio da reserva de plenário.

Além disso, a Constituição de 1934 prevê o voto feminino e estabelece o voto secreto, além de introduzir o mandado de segurança individual e a ação popular.

O contexto histórico desta constituição, entretanto, não lhe foi favorável. Nas palavras de SILVA (2005, p. 82):

O país já se encontrava sob o impacto das ideologias que grassavam no mundo do pós-guerra de 1918. Os partidos políticos assumiam posições em face da problemática ideológica vigente: surge um partido fascista, barulhento e virulento – a Ação Integralista Brasileira, cujo chefe, Plínio Salgado, como Mussolini e Hitler, se preparava para empolgar o poder; reorganiza-se o partido comunista, aguerrido e disciplinado, cujo chefe, Luís Carlos Prestes, também queria o poder. Getúlio Vargas, no poder, eleito que fora pela Assembleia Constituinte para o quadriênio constitucional, à maneira de Deodoro, como este, dissolve a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934, outorga a Carta Constitucional de 10.11.37.

A Constituição de 1937 foi inspirada na Carta Constitucional Polonesa, de 1935, e por isso recebeu o apelido de “polaca”; nela foi mantido o controle difuso de constitucionalidade e o princípio da reserva de plenário; o papel do senado, no entanto, foi extinto. Houve perda dos direitos políticos, censura prévia da imprensa e do teatro, e a pena de morte poderia ser aplicada em alguns casos. Ressalta-se o art. 96, parágrafo único, que versava que o Presidente da República poderia submeter uma lei declarada inconstitucional a novo exame do Parlamento, para que esta voltasse a vigorar¹. Dessa forma, ocorreu a primeira constituição ditatorial do Brasil, no chamado Estado Novo.

Após quase dez anos sob o regime do Estado Novo, este tem fim em 1945 por contas das crises sofridas em um nível internacional. Afinal, o Brasil participou da Segunda Guerra Mundial apoiando os “Aliados”, ou seja, apoiando um regime liberal. Isso gerou uma contradição, considerando que o regime interno não era liberal, e sim um Estado Totalitário.

¹ Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL, 1937).

O descontentamento gerado por esta controvérsia levou ao fim do Estado Novo, e promulgou-se uma nova carta constitucional: a de 1946.

A Constituição de 1946 manteve todos os institutos da Constituição de 1937, abolindo o art. 96. Instituiu o alistamento e voto obrigatório para todos os sexos, acabou com a censura da carta anterior, estabeleceu a função social da propriedade e aboliu-se, novamente, a pena de morte. Foi instituído, ainda, o direito à greve. No entanto, em 1964 ocorreu o Golpe Militar, tornado o texto da constituição vigente uma mera “folha de papel em branco” (LASSALE, 2009), sem efetividade real; diversos atos institucionais autoritários e típicos de regimes ditatoriais foram incorporados ao texto constitucional.

Em 1967 foi outorgada uma nova constituição, que oficializava todos os atos institucionais editados até então. Este foi um grande retrocesso em comparação as constituições anteriores, tendo em vista a suspensão de grande parte dos direitos alcançados até então. Nas palavras de VILLA (2011, p. 69):

Foi um enorme passo atrás em relação às Constituições de 1891, 1934 e 1946. Retirava dos cidadãos a eleição direta do presidente da República. A justificativa de um dos autores do anteprojeto da Constituição, o jurista Carlos Medeiros, foi que o “traumatismo da campanha pela eleição direta ou degenera o processo eleitoral ou impede o vencedor de governar em clima de paz e segurança”. Defendeu a eleição pelo Colégio Eleitoral, pois a “campanha dos candidatos ficará limitada no tempo e visará a um eleitorado qualificado. A agitação e o traumatismo, que a escolha do Presidente tem provocado, cessarão por falta de ambiente e ressonância.

Tal constituição criou a suspensão de direitos individuais e políticos, retrocedendo por completo nas garantias alcançadas nas cartas anteriores. Além disso, cumpre ressaltar, em 1968, a instituição do Ato Institucional nº 5, que foi decisivo no endurecimento do regime e no aumento da repressão e autoritarismo.

Em 1969 criou-se a Emenda Constitucional nº 1, que é considerada na prática uma nova constituição, tendo em vista a quantidade de mudanças que operou no texto de 1967. Com tal emenda, o poder se torna mais centralizado do que já estava; as imunidades parlamentares são eliminadas, e libera-se a criação de partidos políticos. Além disso, ampliou-se o mandato presidencial para cinco anos, ampliou-se a censura e instituiu-se eleições indiretas para os governos estaduais.

2.2 A Constituição de 1988 e suas principais características

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de Outubro de 1988. Deve-se ressaltar que, após vinte e cinco anos de ditadura militar, a meta era uma

Constituição que estabelecesse um Estado Democrático de Direito, que garantisse direitos fundamentais e as liberdades públicas.

A estrutura da Constituição de 1988 se deu da seguinte forma: 245 artigos no corpo permanente, e 73 no ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), distribuídos em nove títulos distintos. Somando tudo, tinham-se 318 artigos, 946 incisos, 596 parágrafos e 203 alíneas. Cerca de 200 dispositivos dependiam de leis futuras, complementares e ordinárias - no caso, a parte “dirigente” da constituição.

Algumas das características dessa Constituição – chamada “constituição cidadã”, tendo em vista a grande participação de diversos grupos sociais – foram a previsão de princípios fundamentais, ao contrário das constituições anteriores, que não demarcaram, logo no início, garantias como: as garantias do homem e da sociedade; a constitucionalização da ciência, da tecnologia, da comunicação social e do meio ambiente, atribuindo especial importância à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e ao índio; o título próprio reservado à ordem econômica; e a criação de novos estados, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, do mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, o Habeas Datas, a ação de inconstitucionalidade por omissão, dentre outras (BULOS, 2014, p. 500).

Feita uma breve retrospectiva da história constitucional brasileira, pode-se perceber, *a priori*, a diversidade constitucional a qual o Brasil foi submetida: diversas formas de Governo e Estado, dois regimes totalitaristas, várias características diferentes e momentos histórico-sociais diferentes.

Sendo assim, toda essa construção criou no Brasil um sistema constitucional diferenciado. Norberto Bobbio, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico (1995, p. 71), versa que, para que se possa falar em uma ordem constitucional,

é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível esta relação.

Assim sendo, pode-se afirmar que um sistema constitucional é um conjunto de normas e princípios que formam um sistema necessariamente harmônico, coeso e ordenado.

A Constituição é uma lei fundamental. Primeiro, porque ela é o padrão, o eixo de um ordenamento jurídico, determinando seus princípios básicos e normas fundamentais, a partir da qual originar-se-á toda a estrutura jurídica de determinado Estado. Depois, porque é uma

lei hierarquicamente superior, de modo que qualquer outro provimento normativo que com ela conflite não será válido, será inconstitucional, será nulo e de nenhum efeito.

Ao abordar-se, em específico, a Constituição Federal de 1988, pode-se observar que uma das características mais marcantes de tal sistema constitucional é a da hierarquia de normas, que por sua vez são originárias de elementos maiores – os chamados elementos das constituições. Para classifica-los, pode-se fazer uso da doutrina de SILVA (2005), que enumera cinco categorias de elementos:

- (1) *elementos orgânicos*, que se contém nas normas que regulam a estrutura do Estado e do poder e, na atual Constituição, concentram-se, predominantemente, nos Títulos III (Da *Organização do Estado*), IV (Da *Organização dos Poderes e do Sistema de Governo*), Capítulos II e III do Título V (Das *Forças Armadas e da Segurança Pública*) e VI (Da *Tributação e do Orçamento*, que constituem aspectos da organização e funcionamento do Estado.
- (2) *elementos limitativos*, que se manifestam nas normas que consubstanciam o elenco dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos; são *limitativos* porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica dos Estados de Direito; acham-se eles inscritos no Título II da nossa Constituição, sob a rubrica *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, excetuando-se os *Direitos Sociais* (Capítulo II), que entram na categoria seguinte;
- (3) *elementos sócio-ideológicos*, consubstanciados nas normas sócio-ideológicas, que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista, como as do Capítulo II do Título II, sobre os *Direitos Sociais*, e as dos Títulos VII, (Da *Ordem Econômica e Financeira*) e VIII (Da *Ordem Social*).
- (4) *Elementos de estabilização constitucional*, consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, e são encontrados no art. 102, I, a (*ação de inconstitucionalidade*), nos arts. 34 a 36 (Da *Intervenção nos Estados e Municípios*), 59, I, e 60 (*Processo de emendas à Constituição*), 102 e 103 (*Jurisdição constitucional*) e Título V (Da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, especialmente o Capítulo I, porque os Capítulos II e III, como vimos, integram os elementos orgânicos);
- (5) *Elementos formais de aplicabilidade*, são os que se acham consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das constituições, assim, o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e as disposições constitucionais transitórias, assim também a do §1º do art. 5º, segundo o qual *as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata*.

Esses são os elementos que estruturam o texto constitucional, de modo que cada um cumpre uma determinada função. Destes elementos, pode-se retirar o entendimento de que a Constituição Federal brasileira, além de ter elementos auto-organizatórios, busca também estruturar o país a partir de seus comandos, sendo, assim, um texto extenso e dirigente.

Em suma, a CRFB de 1988 se caracteriza como uma constituição escrita; super-rígida (tendo em vista que parte das normas podem ser modificadas através de um procedimento constitucional próprio, e outra parte não pode ser modificada de forma alguma); analítica, já

que é extremamente minuciosa e busca fixar os detalhes de cada instituto por ela abordado; dirigente, por determinar objetivos a serem seguidos pelo Estado, como a erradicação da pobreza, por exemplo; pluralista, por suas normas serem inspiradas em diferentes grupos e ideologias; normativa, por refletir o processo político e as relações sociais de uma sociedade; e, por fim, promulgada, por ter sido fruto de um processo democrático (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012). Além disso, é uma constituição federalista, republicana e presidencialista.

Outra característica importante presente na CRFB/88 é o seu modelo de controle de constitucionalidade. A Constituição adotou um modelo de controle misto, ou seja: mescla os controles político e jurisdicional. De acordo com BULOS (2014), o controle político pode ser legislativo ou executivo: legislativo, quando exercido pela Câmara dos Deputados, Senado Federal ou Congresso Nacional (arts. 22, 47 a 49, 58, 60 a 62, 64 a 65 da CRFB); ou executivo, quando exercido pelo Presidente da República através do veto jurídico.

O controle jurisdicional, por sua vez, pode ser concentrado, quando exercido pelo STF com o objetivo de fiscalizar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, na via de ação, tratando-se de um controle abstrato, instaurado via provocação por aqueles determinados no art. 103 da CRFB; ou difuso, quando realizado por juízes e tribunais, nos processos de sua competência (art. 97 da CRFB), podendo, ainda, ser praticado pelo STF em sede de recurso extraordinário (art. 201, inc. III, a, b e c) e de recurso ordinário, ou quando aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que tenham fundado em decisões recorridas (art. 102, I, CRFB). O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda, exerce o controle incidental através de recurso especial (art. 105, III, a, b e c).

Feito um breve e resumido apanhado das características formais da constituição brasileira, algumas observações são necessárias.

Em sua história constitucional, o Brasil importou e tentou adaptar – nem sempre com sucesso – os institutos dos sistemas constitucionais europeu e norte-americano. Aproximando-se do sistema norte americano, incorporou características como o federalismo, o presidencialismo, a república e o controle de constitucionalidade, que estão presentes na Carta Magna atual. Entretanto, deve-se dizer que, tendo em vista certas características culturais, econômicas e políticas do país, o sistema constitucional brasileiro sempre apresentou uma forte tendência à crises políticas, à concentração do poder e a uma dificuldade em alcançar-se a eficácia dos direitos e garantias estabelecidos na constituição.

Assim sendo, é possível perceber uma separação de poderes que não cumpre integralmente sua finalidade, e os três – Executivo, Legislativo e Judiciário – estão em

constante conflito e medindo forças entre si. Existe uma certa dificuldade, por parte do texto constitucional, em demonstrar sua efetividade, tendo em vista que o controle de poder não é efetivo e não se assegura perfeitamente o chamado “*rule of law*”, ou seja: a supremacia do texto constitucional sobre as pessoas e as instituições.

A liberdade é limitada pela lei, tanto no estado de natureza quanto na sociedade política. A liberdade natural existe sem limitações, a não ser a própria lei da natureza. A liberdade das pessoas sob um governo existe sem limitações, a não ser das leis que são comuns à todos na sociedade e feitas pelo poder estabelecido na mesma. Pessoas tem o direito ou a liberdade de (1) seguir sua própria vontade em todas as coisas que não são proibidas e (2) não serem submetidos à inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária vontade alheia. (LOCKE, 1823) (tradução livre)²

O caso que será abordado no último capítulo do presente trabalho, ainda que sob divergências, incorre exatamente nessa questão: se o poder judiciário, dito guardião da constituição, está cumprindo sua função de se ater aos princípios e normas constitucionais, bem como à sua competência enquanto participe dos poderes.

2.3 Considerações sobre hermenêutica e interpretação constitucional

Ao falar-se de hermenêutica e interpretação constitucional, a *priori*, deve-se sempre esclarecer brevemente os conceitos de ambas. Ainda que relacionados, tais conceitos se diferenciam em seu âmago, e faz-se necessário elucidá-los para abordar a temática com clareza.

MAXIMILLIANO (2011) aborda esse assunto ao definir hermenêutica como a teoria científica da arte de interpretar, definindo e fixando os princípios que regem a interpretação. Esta, por sua vez, seria a aplicação da hermenêutica. Interpretar o Direito significa, para o autor, determinar o sentido e o alcance de suas expressões.

Ao dizer-se que a interpretação constitucional é a aplicação da hermenêutica, chega-se à conclusão de que esta estabelece os métodos que levam àquela. Sendo assim, usar-se-á aquilo lecionado por SARMENTO e SOUZA NETO (2012), quando dizem que

a hermenêutica tradicional alude à existência de elementos da interpretação jurídica. São os elementos de interpretação de Savigny — gramatical, histórico, lógico e sistemático —, aos quais se agregou o elemento teleológico, proposto por Ihering. Esses elementos, como se verá abaixo, também são relevantes no campo constitucional, mas nele assumem certas peculiaridades. Esse conjunto de elementos configura, na Alemanha — país em que o tema foi estudado com destaque —, o “método clássico” de interpretação constitucional.

² Freedom is constrained by laws in both the state of nature and political society. Freedom of nature is to be under no other restraint but the law of nature. Freedom of people under government is to be under no restraint apart from standing rules to live by that are common to everyone in the society and made by the lawmaking power established in it. Persons have a right or liberty to (1) follow their own will in all things that the law has not prohibited and (2) not be subject to the inconstant, uncertain, unknown, and arbitrary wills of others.

A doutrina dominante, com a qual concordamos, nega a existência de qualquer hierarquia entre os referidos elementos. Eles devem ser combinados, reforçando-se ou controlando-se mutuamente. Nos casos mais singelos, eles apontam em sentido convergente, mas é possível que isso não ocorra. Nessas situações, não há uma fórmula exata a ser seguida, nem um critério apriorístico para “desempate”. A seguir, examinaremos a aplicação de cada um desses elementos no domínio constitucional.

Assim sendo, sabe-se que os elementos de interpretação jurídicas clássicos são aqueles denominados gramatical, que observa a etimologia e colocação das palavras; histórico, que investiga o contexto que resultou na elaboração de determinada norma; lógico, que busca coerência e harmonia das normas em si, e ainda no conjunto do texto constitucional; sistemático, que analisa o contexto constitucional; e teleológico, que busca os fins de determinada norma.

De acordo com BULOS (2012), mediante a interpretação constitucional se pode encontrar o conteúdo semântico dos enunciados normativos dispostos nos dispositivos constitucionais, bem como o sentido racional, lógico e justo, de modo que se efetive a vontade da constituição. E, ainda, é através da interpretação que é determinado e o espaço de decisão, ou seja, o campo de interpretação das normas constitucionais.

Em suma, a hermenêutica e a interpretação constitucional têm como objetivo efetivar ao máximo o texto da Carta Magna, enquanto a lei superior de uma sociedade. Em tese, aqueles que devem interpretar e aplicar as normas jurídicas são os pertencentes ao Poder Judiciário – na medida em que julgam as demandas conflituosas que à ele chegam e aplicam a lei como o objetivo de solucionar ditos conflitos – e o Poder Legislativo que, ao editar novas leis, devem tomar como norte o texto constitucional.

Entretanto, isso não quer dizer que estes sejam os detentores do processo hermenêutico e legislativo. HÄBERLE (2002) trata do tema:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma que vive come ste contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Entretanto, aqueles que decidem, de fato, da importância de um texto, de modo que cuja decisão vá impactar na vida da sociedade em geral, são aqueles são competentes para dizer o direito na espécie que lhe são submetidas, ou seja, aqueles aplicadores do direito chamados juízes (PERELMAN, 1996).

Ao observar-se o que dizer DWORKIN (2002), chega-se à sua teoria sobre como os juízes devem exercer seu poder discricionário em uma sociedade democrática. Para o autor,

os juízes devem se submeter à algumas restrições. Uma delas é a chamada “doutrina da responsabilidade política”, que determina que os juízes, enquanto funcionários públicos, devem adotar apenas as decisões que possam justificar tomando como base uma teoria geral, que também permita justificar as outras decisões que se propõem adotar. Dworkin fala, ainda, que os juízes devem se limitar a julgar de acordo com princípios, deixando de lado as considerações quanto à políticas aos outros poderes do estado.

O autor fala, ainda, do “requisito da consistência articulada”: este determina que os princípios que os juízes devem considerar em suas decisões devem fazer parte de uma teoria que possa permitir justificar todas as outras decisões que os juízes se proponham a tomar e, ainda, justificar todas as normas institucionalmente reconhecidas, quais sejam, aquelas de origem legislativa ou jurisprudencial.

Além disso – e esta é a restrição que importa mais ao presente trabalho – Dworkin também propõe que se distingam os chamados “princípios que estabelecem direitos” das “políticas que fixam objetivos sociais coletivos”. Nas palavras do autor:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Observa-se, então, que para Dworkin os direitos estabelecidos pelos princípios são máximas que devem ser observadas, enquanto exigências de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão de moralidade, constituindo limites contra medidas fundamentadas em objetivos coletivos.

Ainda de acordo com o autor:

[...] Os direitos políticos, como o de não ser condenado se inocente, funcionam principalmente como instruções ao governo, e podemos ser tentados a pensar que não há nada errado quando o governo observa a instrução e comete um erro sem culpa. Mas isso é falso, pois a violação de um direito constitui um tipo especial de dano, e as pessoas podem sofrer esse dano mesmo quando a violação é acidental. Devemos distinguir entre o que podemos chamar de dano simples que uma pessoa sofre por meio da punição, seja essa punição justa ou injusta – por exemplo, sofrimento, frustração, dor ou insatisfação de desejos que ela sofre só por perder sua liberdade, ser espancada ou morta –, e os danos adicionais que se pode dizer que ela sofre sempre que sua punição é injusta, pelo simples fato dessa injustiça. (DWORKIN, 2001).

Pois bem. No presente trabalho, já foi abordado sobre o controle de constitucionalidade brasileiro. Sabe-se, então, que este controle consiste em um método que é utilizado, em regra geral, pelo Poder Judiciário, que atua como guardião da Constituição e

tem como dever zelar pela supremacia das normas constitucionais, o que inclui as regras, princípios, garantias e direitos positivados.

O controle de constitucionalidade, bem como as decisões que dele são geradas – e aqui se aborda o controle direto de constitucionalidade, em específico o chamado “concentrado”, que é de competência do Supremo Tribunal Federal – objetivam garantir ao ordenamento jurídico e à sociedade como um todo segurança jurídica, em especial na aplicação dos Direitos Fundamentais. Entretanto, deve-se entender as razões por trás da lógica o discurso e na argumentação. Nas palavras de ALEXY (2011),

o núcleo de fundamentação pragmático-universal das normas fundamentais do diálogo racional é formado pela tese de que todo falante une às suas manifestações as pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. Quem firma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente.

Assim sendo, pode-se concluir que existe uma expectativa normativa do discurso constitucional, ou seja: espera-se que os juízes, ao emitirem suas decisões, se atenham às normas presente na constituição, de modo que seja garantida a chamada segurança jurídica. Disso decorre que o juiz deve pensar a norma com base em uma construção hermenêutica e interpretativa, e assim determinar, através de argumentos consistentes, a sua decisão – objetivando, sempre, representar o valor da justiça.

Assim sendo, volta-se brevemente à questão dos elementos para interpretação constitucional, já abordados no presente tópico. Existem casos difíceis diante dos quais o juiz precisa exercer ao máximo a sua capacidade interpretativa. Entretanto, existem diversos outros casos em que a norma aplica-se a partir de si própria, ou seja: não há a necessidade de grandes interpretações. São os casos nos quais o texto da norma é claro e evidente, restando, apenas, ser aplicado.

GADAMER (1999), sobre o assunto, ressalta que

aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e consequentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si só. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação a coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.

Assim sendo, cabe ao juiz, em princípio, deixar a norma falar por si só; sendo insuficiente, interpreta-se a norma, sempre com base na ordem constitucional maior.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrar no assunto pertinente ao presente tópico, cabe definir o que são princípios, bem como sua função enquanto parte vital da Constituição Federal brasileira, e diferenciá-los das chamadas “normas” ou “regras”.

Muitos autores se esforçaram para conceituar os princípios partícipes das Cartas Magnas e, principalmente, diferenciá-los das normas. DWORKIN (2002), ao atacar as teorias positivistas que tratavam o direito formado unicamente por regras, abriu espaço para uma teoria que ressaltaria a importância dos princípios enquanto normas.

Dworkin aponta, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, dois modelos que caracterizam e diferenciam as regras e os princípios como classes logicamente diferentes de normas. O primeiro modelo consiste na aplicabilidade de tipo “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing-fashion*) presente nas regras, ou seja: a regra será aplicada conforme aquilo que está escrito, de uma forma vinculante. O segundo modelo consiste na dimensão de peso (*dimension of weight*), que as regras não possuem, mas os princípios, sim. Estes não estabeleceriam requisitos que impõem sua aplicação, mas conduzem a argumentação em determinada direção. Havendo conflitos entre dois princípios, cabe ao juiz mensurar a força de cada um, para então determinar qual deve preponderar no caso concreto.

ALEXY (2015), por sua vez, desenvolve sua teoria dos princípios com base nos ensinamentos de Dworkin, porém indo além. O autor alemão surge com uma teoria de princípios composta por três teses fundamentais: a tese da otimização; da colisão; e da ponderação. De acordo com a tese da otimização, os princípios são tidos como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com o caso concreto em questão.

Já a tese da colisão pressupõe uma solução de conflitos entre princípios: Alexy leciona que, de acordo com o caso concreto, um dos princípios conflituosos deve ceder – o que não necessariamente significa que tal princípio é inválido ou tenha alguma cláusula de exceção. Sucede que, conforme análise das circunstâncias do caso, determinado princípio deve se sobrepor diante de outro.

Por fim, a tese da ponderação é a inserção feita por Alexy do princípio da proporcionalidade em sua teoria. Tal tese deu origem à chamada “lei da ponderação” que, segundo o autor, consiste em: “Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Ou seja, pondera-se os

princípios com base na proporcionalidade e razoabilidade, de modo a aplicar aquele que melhor se aplica ao caso concreto e será realizado na maior medida possível.

Pois bem. Tais teorias de diferenciação entre regras e princípios deram origem à toda uma teoria que envolve a Constituição Brasileira de 1988, sendo ela uma constituição basicamente principiológica. Os princípios são, então, *normas fundamentais*, *normas-síntese* ou *normas-matriz*, que evidenciam as intenções e decisões políticas fundamentais do legislador constituinte. Estes servem de base à estruturação do Estado; são fórmulas básicas de interpretação e construção teórica do constitucionalismo (SILVA, 2005).

Quanto ao caráter normativo dos princípios, destaca-se aquilo ensinado na obra de MÖLLER (2011):

A superação da resistência sobre a consideração do caráter normativo dos princípios parece haver ocorrido já há algum tempo, constituindo, guardadas algumas discussões sobre sua aplicação, matéria unânime na doutrina jurídica. Tendo na doutrina de Dworkin e seus ataques ao positivismo jurídico o grande divisor de águas sobre o caráter normativo dos princípios, resta, hodiernamente assentado o caráter normativo dos princípios, superando-se concepções mais antigas que lhes atribuía função eminentemente políticas.

Sendo assim, conclui-se – ainda que superficialmente, sem ignorar toda a discussão existente acerca do tema – que os princípios são normas fundamentais, que refletem os valores da sociedade e que vinculam as outras normas. Na medida em que estão positivados na Constituição, os princípios adquiriram força normativa, com respaldo na carta magna e vinculando as instituições à segui-los.

3.1 Constitucionalismo de princípios

Como já dito anteriormente, o contexto histórico no qual surgiu a Constituição Federal de 1988 deu origem à uma composição que têm como base os direitos fundamentais. Ao longo do texto constitucional, observam-se várias normas fundamentais explícitas – como no Título I, art. 1º, e Título II, art. 5º - e tantas outras implícitas, que são reconhecidas através da hermenêutica jurídica. Como leciona MÖLLER (2011, p. 215):

A partir do Estado democrático de direito e do reconhecimento do caráter normativo das constituições, impõe-se a necessidade de conferir força normativa às normas que arquitetam um modelo social, que se ocupam da promoção de objetivos coletivos, ou mesmo que protegem valores contrapostos, essenciais à proteção das minorias pelas constituições.

Na CRFB/88, os direitos fundamentais adquiriram importância elevada, assumindo, inclusive, *status* de norma jurídica, sendo estas os princípios positivados no texto constitucional. Sobre a importância dos direitos fundamentais na Carta Magna, SARLET (2012) leciona:

De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com merecida relevância. Aliás, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.

[...]

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição de constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.

[...]

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, §1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo.

Sucedo, como já foi dito, que o constituinte positivou direitos fundamentais, vinculando a sociedade e às instituições. SARLET (2012) também elenca a chamada “dupla perspectiva dos direitos fundamentais” enquanto normas objetivas e direitos objetivos, na medida em que são considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade.

Tendo isso em vista, pode-se dizer que os princípios são os critérios através dos quais se analisam os conteúdos constitucionais em seu aspecto normativo mais proeminente. Assim sendo, conferem unidade normativa para todo o sistema jurídico, estabelecendo diretrizes para a interpretação de toda sorte de normas legais, bem como para a ação dos entes estatais. Servem, ainda, como limites: impedem que se criem normas contrárias ao conteúdo previsto neles mesmos, assegurando os direitos fundamentais presentes na constituição.

De acordo com CANOTILHO (1993), os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou aos agentes que são responsáveis pela efetivação da Constituição, e sim projeções normativas com certo grau de discricionariedade, sempre limitadas pela sua juridicidade objetiva. Ou seja, os agentes aplicadores do Direito têm como dever se guiar pelos princípios, e seu grau de discricionariedade não deve ir além deles.

Ainda no tema, BULOS (2012), ao abordar os direitos e garantias fundamentais ressalta que as normas constitucionais são voltadas para os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que, ao aplicarem o texto constitucional, efetivam tais direitos e garantias. Nesse momento, o povo se torna o receptor do texto constitucional. O autor destaca, ainda, a vinculação do Poder Legislativo à Carta Magna, que exterioriza-se através do dever de legislar à luz do que prescrevem as liberdades públicas e, ainda, da obrigação de colmatar vazios legislativos, evitando, assim, omissões constitucionais.

Assim é construído o constitucionalismo brasileiro: com base em princípios, direitos e garantias fundamentais, que após várias constituições e momentos históricos diferentes, foram positivados na CRFB/1988 e exigem aplicação imediata, estando aptos a produzirem efeitos jurídicos por meio dos Poderes Públicos.

3.2 Princípio da presunção de inocência e o direito de punir do Estado

O princípio da presunção de inocência ou, como chamado por alguns doutrinadores, à exemplo de BRANCO, COELHO e MENDES (2009), o princípio da presunção de não-culpabilidade, encontra-se positivado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc. LVII, que versa: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” (BRASIL, 1988).

Esse princípio foi inserido na CRFB/88 em consonância com o entendimento internacional, com base na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Organização das Nações Unidas (ONU), que em seu art. 11 versa: “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” (ONU, 1948).

Outra legislação supranacional importante para a positivação desse princípio foi o art. 8º, II, da Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), que versa que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Em síntese, tal princípio significa quer que nenhuma pena pode ser imposta antecipadamente. Conforme o constitucionalismo brasileiro, cujas bases são os direitos e garantias fundamentais, o princípio da presunção da inocência é de observância obrigatória. Isso porque ele deve ser analisado não sozinho, mas em um contexto maior de uma Constituição Federal regida por um conjunto de princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, que é o principal norteador do Texto Magno.

Em sede de direito penal, a CRFB buscou estabelecer mais garantias ao processo penal do que para o processo civil. Isso pode ser explicado visando-se, em primeiro lugar, a origem histórica das garantias individuais, instituídas como proteção contra o arbítrio penal; e, em segundo lugar, por estar diretamente envolvida no processo penal a liberdade pessoal, em

que o confronto Estado-particular é imediato e concreto, aí parecendo decididamente a necessidade de garantias (GRECO FILHO, 2012).

Tendo em vista esse contexto, é possível dizer que é no direito penal que o princípio da presunção da inocência merece mais atenção e importância, como leciona NUCCI (2010):

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora de crime. Não se trata, por óbvio, de um conceito singelo de candura ou ingenuidade. O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.

Em virtude da condenação, com trânsito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco. Não se quer dizer que seja a condenação eterno estigma social, nem tampouco o estágio de inocência se tenha perdido eternamente. A situação é particularizada e voltada um caso concreto: neste cenário, o condenado, em definitivo, é culpado. Noutros campos, em razão de fatos diversos, mantém-se o estado natural e original de inocência.

Destarte, é observável que a culpa só ocorre após sentença condenatória definitiva. Nesse sentido, além do princípio constitucional há posituação no CPP, prevista no art. 283, que versa:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Tomando como referente o sistema político estabelecido através da CRFB/88, pode-se afirmar que o Direito Penal brasileiro tem origem e é estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, onde são respeitados os princípios e as garantias identificados no texto constitucional. Isso resulta na submissão do exercício do poder punitivo do Estado ao império da lei, esta ditada de acordo com as regras do consenso democrático. Isso resulta em um Direito Penal à serviço dos interesses da sociedade, em especial no que tange à proteção de bens jurídicos fundamentais, objetivando-se uma justiça equitativa (BITTENCOURT, 2012).

Assim sendo, conclui-se que o direito penal e o direito constitucional estão completamente entrelaçados, e não apenas porque as normas penais, enquanto infraconstitucionais, devem obrigatoriamente se curvar às normas da Carta Magna. Além disso, a própria CRFB/88 carrega princípios e garantias inerentes ao Direito Penal, que vinculam inclusive – e principalmente – àqueles que o aplicam.

Sendo o princípio da presunção da inocência uma garantia constitucional e, além disso, uma garantia penal e processual penal, existe um dever do Estado em respeitá-lo e aplicá-lo. Ao positivá-lo em uma norma infraconstitucional, como se observa que o legislador fez com o art. 283, o que ocorre é nada menos que uma reafirmação daquilo que pertence à constituição. Deve-se ter em mente que, ainda que o Estado tome para si o direito de punir, este não ocorre sem o devido respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais que são inerentes à todos os indivíduos.

4 ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tendo em vista ser o objeto do presente trabalho, faz-se necessário conceituar, a priori, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade e, em seguida, abordar-se brevemente a questão do contexto político-social brasileiro atual, de modo a criar um contexto compreensível para o entendimento do caso.

A ADC é uma das técnicas de controle de constitucionalidade adotadas pelo Brasil, como já foi abordado no segundo tópico do presente trabalho (*vide* pg. 19). Trata-se de um controle concentrado de constitucionalidade, que pode ser instaurado via provocação dos agentes, órgãos e entidades previstos no art. 103 da CRFB.

De acordo com BULOS (2014), a finalidade da ADC é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente a tutela de direitos subjetivos. O objetivo do instituto é banir o estado de incerteza e insegurança provindo de interpretações distorcidas e maliciosas do texto constitucional, de modo a ratificar que determinada norma jurídica é, de fato, constitucional.

No caso em questão, as ADCs 43 e 44 foram ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), representado pelo advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, bem como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, representado pelos advogados Claudio Lamachia, Lenio Streck, Juliano Breda e André Karem, com pedido de liminar no STF, buscando a constitucionalidade da redação dada ao artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) pela Lei nº 12.403/2011 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Pois bem. No que tange ao contexto político-social brasileiro, sabe-se que há uma crise instaurada na sociedade e nas instituições, onde prevalece o sentimento de insegurança e dúvida. Em 2016, o Governo Brasileiro sofreu um impeachment – deve-se dizer, o segundo em vinte e oito anos desde a promulgação da Constituição Federal.

Diversos escândalos de corrupção chegam ao ouvido da população em um ritmo quase diário, e a resposta do Poder Judiciário sempre parece escassa: os acusados demoram a ser julgados e, quando o são, passam pouco ou nenhum tempo cumprindo pena pelos crimes que cometeram. E, para adiar a execução de suas penas, impetram recursos que demoram anos para ser julgados, incorrendo, por vezes, em prescrição da pena prevista.

É nesse contexto que o STF tomou a decisão de mudar seu entendimento, havendo uma urgência em se atender aos anseios da sociedade e coibir a impunidade.

4.1 Histórico do caso

No dia 17 de fevereiro de 2016, foi julgado pelo STF o HC 126.292/2016, que discutia a legitimidade de ato do Tribunal de Justiça de São Paulo. Este havia negado provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinando o início da execução da pena. No caso em específico, um homem foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, §2º, incisos I e II do Código Penal, qual seja: roubo qualificado, com direito a recorrer em liberdade.

A defesa apelou para o TJ/SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandato de prisão contra o réu. Diante deste fato, submeteu-se o HC ao STF, no qual a defesa alegou que o tribunal decretou uma prisão imotivada, construindo flagrante constrangimento ilegal, tendo em vista que o magistrado da primeira instância havia permitido que o réu recorresse em liberdade.

Antes do julgamento referente ao HC, o ministro Teori Zavascki havia deferido a liminar para suspender a prisão decretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), tendo como base o entendimento que até então reinava no STF desde o julgamento do HC 84.078/2009, qual seja:

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, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

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 prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais

será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. 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. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). 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.

Entretanto, ao julgar o HC 126.292/2016, o STF decidiu por mudar diametralmente seu posicionamento. Por maioria de votos, o Plenário do STF negou o HC e entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autorizaria, assim, o início da execução da pena. Conforme a ementa do referido julgado:

EMENTA: 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.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Cumprе ressaltar que os ministros que seguiram o voto do relator foram Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Em divergência, e votando pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em

julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do habeas corpus, votaram os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e a ministra Rosa Weber.

Diante disso, O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) impetraram as ADCs 43 e 44, pedindo a concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Os autores alegaram que o julgamento do HC 126.292 estava gerando grave controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção da inocência, tendo em vista que, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o Brasil “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Em 01 de setembro de 2016, o Plenário do STF deu início ao julgamento da medida cautelar das ADCs, sendo o relator de ambas as ações, o ministro Marco Aurélio, o único a votar no dia. Este reconheceu, em seu voto, a constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

Assim sendo, o ministro votou no sentido de determinar a suspensão de execução provisória da pena que não tenha transitado em julgado e, ainda, pela libertação dos réus que tenham sido presos por causa do desprovimento de apelação e tenham recorrido ao Superior Tribunal de Justiça, com exceção aos casos enquadráveis no artigo 312 do CPP, que trata da prisão preventiva.

Entretanto, em 05 de outubro de 2016, momento em que os outros ministros tiveram oportunidade de votar, o Plenário do STF entendeu, por maioria, que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares pleiteadas nas ADCs 43 e 44, reafirmando, assim, a mudança de entendimento do STF.

Para melhor compreensão e extensão do debate acerca do assunto, abordar-se-ão no presente momento os votos dos referidos ministros.

4.1.1 Votos no julgamento das ADCs 43 e 44: voto do relator e dos que o seguiram

No presente tópico e no seguinte, serão analisados os votos dos ministros do STF no julgamento das ADCs 43 e 44, iniciando pelo voto do relator, min. Marco Aurélio.

De acordo com o relator, não resta dúvida que o art. 283 do CPP harmoniza-se ao princípio constitucional da presunção de inocência, presente no art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal. Este versa que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Assim sendo, ainda de acordo com o ministro Marco Aurélio, o preceito é de uma literalidade que não deixa margem para dúvidas de que a constatação da culpa só ocorre com o julgamento em segunda instância, argumentando que

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. (Min. Marco Aurélio, STF, 2016).

O ministro explicou que a prisão antes do trânsito em julgado é uma exceção que ocorre apenas nos casos previstos no art. 312 do CPP, quais sejam: 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. Ao admitir-se a prisão após decisão de segunda instância, há uma inversão da ordem natural do processo criminal no qual é necessário primeiro que haja a formação da culpa, para só depois prender. Ressaltou ainda o ministro que o artigo 283 do CPP, alterado pela Lei 12.453/2011, apenas concretiza, no campo do processo, a garantia constitucional explícita do princípio da presunção da inocência. Segundo ele, a partir da decisão no HC 126292, o entendimento do Tribunal reverteu a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do CPP.

Revela-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se ao Diploma Básico, enquanto este Tribunal dele afastou-se. Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania.

[...]

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, presidente, é negativa (Min. Marco Aurélio, STF, 2016).

Em seu voto, o ministro destacou, ainda, o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, explicitando a necessidade de se esperar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena, argumentando que, de acordo com dados do Relatório Estatístico do STJ, a taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%.

Ressaltou ainda que números apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pela instituição foram ao menos parcialmente providos pelo STJ. Em março daquele ano, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são em relação aos pedidos de habeas corpus, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016.

Acompanhando o voto do relator, a ministra Rosa Weber afirmou que “não poderia se afastar da clareza do texto constitucional”, chegando a conclusão de que não conseguia ver como seria possível alcançar uma conclusão diversa. Para a ministra, o artigo 283 do CPP é reflexo daquilo disposto nos incisos LVII e 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*) do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais.

O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou integralmente o voto do relator, enfatizando que o art. 5º, inc. LVII, da CFRB é muito claro ao estabelecer que a presunção de inocência permanece até trânsito em julgado. De acordo com o ministro, a presunção de inocência e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão são motivos suficientes para deferir a medida cautelar e declarar a constitucionalidade integral do artigo do 283 do CPP.

O ministro Celso de Mello, também acompanhando o relator, ressaltou a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente, garantido pela Constituição Federal e pela lei penal. A presunção de inocência é entendida pelo ministro como uma conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado, tendo prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Para Celso de Mello, a posição da maioria da Corte no sentido de redefinir a jurisprudência de 2009

“reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais

[...]

Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república.

Deve-se ressaltar, ainda, o voto do ministro Dias Toffoli, que modificou seu voto em comparação ao julgamento do HC e acompanhou parcialmente o voto do relator, sob o argumento de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de Recurso Especial ao STJ, mas não de Recurso Extraordinário ao STF. Fundamentou sua posição sustentando que a

instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão de Recurso Extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do Recurso Especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Ainda em seu voto, o ministro destaca que a Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores. Para isso, cita entendimento adotado pelo STF que admite a baixa imediata dos autos independentemente da publicação do julgado, a fim de evitar a prescrição ou impedir qualquer tentativa de protelar o trânsito em julgado e a execução da pena.

Cito, como exemplo, o julgamento da questão de ordem no RE nº 839.163/DF, Pleno, de minha relatoria, DJe de 10/2/15. Conforme assentei no voto condutor desse julgado,

“o Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos.”

[...]

Em meu sentir, a determinação de imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão, para a execução imediata da pena constitui mecanismo suficiente para tutelar as situações de abuso do direito de recorrer, o qual pode e deve ser utilizado pelos tribunais superiores.

Com esse mesmo propósito (tutelar as situações de abuso do direito de recorrer), o Plenário, no julgamento do RE nº 465.383/ES-AgR-AgREDv-ED, de minha relatoria, admitiu, em matéria penal, a imposição de multa sobre o valor da condenação por litigância de má-fé.

Aliás, nesse mesmo julgado, entendeu a Corte que o risco iminente de consumação da prescrição da pretensão punitiva, quando caracterizada a procrastinação, legitima a baixa dos autos ao juízo de origem para a imediata execução da pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão..

Assim sendo, findam-se os votos convergentes, totalizando cinco.

4.1.2 Votos no julgamento das ADCs 43 e 44: votos divergentes

Prosseguindo com a análise dos votos, agora observar-se-ão os votos divergentes ao do relator. O ministro Edson Fachin, primeiro a votar na sessão, votou pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao artigo 283 do CPP uma interpretação no sentido de afastar o entendimento de que a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, defendendo que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

Fachin destacou que a Constituição não tem como finalidade dispensar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta; o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao STJ exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Segundo o ministro, restituir o entendimento anterior ao julgamento do HC 126.292 não é a solução adequada e não se coaduna com as competências atribuídas pela Constituição às cortes superiores.

O ministro Roberto Barroso defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, cujo objetivo é garantir a efetividade do direito penal, bem como dos bens jurídicos por ele tutelados. A presunção de inocência é tida para o ministro como princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. Barroso contextualizou ainda a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anterior do STF sobre a matéria não era garantista, e sim grosseiramente injusto, produzindo consequências extremamente negativas e facilmente constatáveis, como, por exemplo, o incentivo à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuando a seletividade do sistema penal e agravando o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, ao seu ver, contribui para o aumento da criminalidade.

Mantendo o mesmo voto do julgamento do HC, Teori Zavascki reafirmou que o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena. Leia-se:

A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país.

[...]

Se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça.

O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social.

Zavascki também argumentou que o julgamento da apelação encerra o exame de fatos e provas, ressaltando que ali se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição. O ministro explicita, em seu voto, um tipo de “gradação da presunção de inocência”, onde a condenação no primeiro grau já diminui a presunção de inocência do réu e, no segundo grau, a aniquila.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, observou que tanto o STJ como o STF admitem a possibilidade de suspensão de ofício, em habeas corpus, de condenações em situações excepcionais, havendo, assim, forma de controle sobre as condenações em segunda instância que contrariem a lei ou a Constituição. Delibera ainda que, de acordo com seu entendimento,

o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição, afirmando que se o quisesse, o teria feito no inciso LXI, que aborda as hipóteses de prisão. Destacou, ainda, a necessidade de se dar efetividade à justiça, comparando o chamado “direito fundamental do acusado” com o “direito fundamental da sociedade”, esta última detentora da prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal.

O ministro Gilmar Mendes votou com base na argumentação de que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência. Destacou que, no caso de se constatar abuso na decisão condenatória, os tribunais disporão de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de instrumentos como o habeas corpus e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo. Ressaltou ainda que o sistema estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal, fazendo uso da mesma graduação de Zavascki. Segundo o ministro, países extremamente rígidos e respeitosos com os direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com decisão de segundo grau.

Por fim, a ministra Carmem Lucia negou o pedido de cautelar nos pedidos, mantendo o mesmo posicionamento proferido em 2010 relativo ao mesmo tema. Acentuou que a CRFB, apesar de estabelecer que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não exclui a possibilidade de ter início a execução da pena. Acrescentou ainda que, havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. De acordo com a ministra, “a comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”.

E assim, são findos os votos divergentes, totalizando seis e, dessa forma, maioria, concretizando o novo entendimento do STF.

4.2 Reflexões sobre o novo entendimento

Observados os votos dos ministros, é cabível que se façam algumas considerações.

A priori, deve-se observar que cada ministro, ao defender ou rechaçar a prisão após a decisão de segunda instância, faz uso de versões de justiça ou injustiça que dependem da ótica do observador. O ministro Teori Zavascki, por exemplo, ao defender a prisão após a decisão em segunda instância, depara-se com o sentimento de injustiça decorrente da suposição de

uma condenação em segunda instância estar equivocada, caso em que o réu seria submetido a privação de sua liberdade, mesmo havendo uma oportunidade de corrigir o equívoco em instância superior. Em resposta à tal situação, o ministro ressalta que, existindo plausibilidade jurídica ao Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, que seriam recursos adequados e eficazes para regular as possíveis situações de excessos ou injustiças das decisões judiciais, pode o tribunal atribuir-lhes efeito suspensivo, impossibilitando o cumprimento da pena.

Celso de Mello, por sua vez, quando defende a prisão após o trânsito em julgado, encara o mesmo problema que Zavascki: um possível sentimento de injustiça vindo da hipótese de um réu culpado, que posterga a sua prisão através de recursos de cunho meramente protelatório. A resposta de Celso de Mello consiste na não inviabilização da prisão cautelar (ou seja, a prisão temporária e a preventiva) de indiciados ou réus perigosos, uma vez presentes as razões concretas que a justifiquem .

O que se observa são justificativas neutralizadoras das consequências mais severas que poderiam decorrer de cada situação, sem existir, de fato, um debate hermenêutico e profundo acerca da questão. Assim sendo, relativiza-se um princípio sem debatê-lo de fato.

Tais argumentos de ambos os juristas são, basicamente, os lados opostos da discussão que, atualmente, divide o mundo jurídico. Com base em argumentos como redução da impunidade, maior celeridade processual e aumento da crença nas instituições, diversos juristas se posicionam a favor da execução provisória da pena.

De outro lado, com base em argumentos que revolvem ao respeito ao texto constitucional, à necessidade de salvaguardar a constituição e aos danos que uma possível prisão equívoca pode causar à um indivíduo, a outra metade dos operadores do direito se posiciona contra à execução da pena após condenação em segunda instância.

Já foi abordado, no presente trabalho, a importância do princípio da presunção da inocência e os perigos da sua relativização. Conforme Fernando da Costa Tourinho (2012, p.89), “a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena.” Ou seja: enquanto não transitado em julgado, presume-se que o réu é inocente, e sua prisão deve ser feita apenas a título de cautela.

O novo entendimento do STF vai de encontro com o princípio constitucional da presunção da inocência. É válido reiterar que tal princípio encontra respaldo nas declarações internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, indo ao encontro com os ordenamentos jurídicos internacionais.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se entender-se, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convolve em objeto da ação estatal, não há compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada (BRANCO, COELHO e MENDES, p. 684, 2009).

Afinal, o princípio da presunção da inocência não pode ser observado isoladamente. A Constituição deve ser vista como um conjunto orgânico e coerente, e todos os seus princípios e normas se relacionam entre si; o princípio em questão deve ser visto em um contexto onde existe o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); à legalidade (art. 5º, II); à inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV); ao devido processo legal (art. 5º, XXXIX); ao devido processo legal (art. 5º, LIV); e à ampla defesa (art. 5º, LV). Enfatizando, ainda, que a CRFB tem a dignidade da pessoa humana como postulado essencial da ordem constitucional, carregando-a logo em seu art. 1º, inc. III, e o princípio da presunção da inocência encontra-se entrelaçado por completo com aquele, há de se afirmar que não usá-lo como norteador para decisões é um grande atentado à ordem jurídica constitucional.

Outro ponto a ser levado em consideração é o da atual situação carcerária no Brasil. O próprio ministro Dias Toffoli, em seu voto, faz alusão à isto: afinal, quando da dosimetria da pena e da aplicação da Lei de Execução Penal, cabem diversas outras aplicações penais que não consiste, necessariamente, em restrição da liberdade. Em suas próprias palavras:

Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos? Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória de pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias. O quadro é dramático, haja vista que o Estado, ao não cumprir a exigências legais de alojamento do condenado em cela individual e os requisitos mínimos de salubridade da unidade celular (art. 88 da Lei nº 7.210/84), acaba por fomentar a atuação de organizações criminosas no sistema prisional.

Destarte, a presunção de não culpabilidade não deve ser simplificada à uma questão de absolvição ou condenação, tendo em vista que existem outras questões a serem levadas em consideração, sobretudo as que tange à quantidade da pena, ao seu regime inicial de cumprimento ou sua substituição por outra restritiva de direitos, o que também causa um grande impacto no *status libertatis* dos condenados.

Assim sendo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado parece agravar um problema que já se encontra em estado de calamidade. E, seguindo o pensamento do ministro Marco Aurélio, é de se pensar como seriam restaurados o tempo de liberdade do cidadão cumprindo a pena provisoriamente, se em um momento posterior fosse decidido que na verdade deveria ou poderia estar liberto.

A título exemplificativo, pode-se elencar dois casos que poderiam gerar danos aos direitos dos indivíduos. Primeiramente, pode-se observar o art. 33º, §4º, da Lei 11.343/2006, que trata de tráfico privilegiado. Se condenado por tráfico de drogas, e não reconhecido o privilégio em sede de 1º ou 2º grau, a fixação da pena é de 5 anos de prisão, considerada crime hediondo, iniciada em regime fechado. No caso, a instância superior seria àquela a reconhecer o privilégio e, nesse caso, a pena poderia ser reduzida de um sexto a dois terços, podendo ficar menos que dois e possível de ser cumprida em regime aberto. Entretanto, se executada a pena provisoriamente, o réu ficará preso por conta da execução penal em segunda instância, sendo, nitidamente, lesado.

Outro exemplo que pode ser utilizado é o da absolvição sumária, presente no art. 397 do CPP. Quando o Ministério Público recorre, o tribunal reforma a decisão e deve-se devolver o processo para a primeira instância, para que siga a instrução processual, podendo o juiz absolver ou condenar. Entretanto, se o Tribunal condenar e aplicar a pena, sem remessa à instância competente, o réu passa a cumprir uma pena baseada em uma decisão nula – o que não ocorreria se a decisão fosse analisada em sede recursal e a pena, aplicada apenas após o trânsito em julgado.

Parece absurdo conceber que o direito à liberdade, um dos maiores bens jurídicos tutelados pela constituição, possa ser relativizado desta forma. Nesta seara, cumpre ressaltar, ainda, a pesquisa feita por Thiago Bottino, desenvolvida junto à FGV Direito no Rio de Janeiro, que revela que, em sede de HC, a Defensoria Pública obtinha êxito em mais de 65% dos casos no Superior Tribunal de Justiça e em 43% dos casos no Supremo Tribunal Federal.

Quando analisados recursos especiais e agravos em recursos especiais, a realidade não se difere muito: A Defensoria Pública do Estado de São Paulo obteve resultado positivo em 64% dos casos, a maioria deles pedindo substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, atenuação do regime, redução da pena ou mesmo absolvição. Com relação aos mesmos pedidos, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro obteve uma taxa de sucesso nos recursos e agravos em recursos especiais de 41%, observando-se que em mais de 50% destes casos foi reconhecida a ilegalidade do regime prisional fixado, e em outros 7%, reconheceu-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos (BOTTINO, 2014).

Logo, fica evidente a grande chance de reversibilidade das decisões dos Tribunais de Justiça pelo STJ, o que reforça o argumento de que a execução provisória da pena acarreta na prisão de pessoas que, na realidade, não estariam necessariamente fadadas à prisão.

Quanto ao argumento relativo aos recursos protelatórios que fortificam a impunidade, mais uma vez deve-se recorrer ao voto do ministro Dias Toffoli, já transcrito anteriormente (*vide* pg. 37): o STF admite a determinação de baixa dos autos, independentemente da publicação de seus julgados, seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja com o objetivo de repelir a utilização de sucessivos recursos que estejam nitidamente abusando do direito de recorrer, visando postergar a execução dos seus termos. Assim sendo, havendo tal admissão por parte do STF, o argumento da quantidade exacerbada de recursos protelatórios não se justifica.

Ressalta-se ainda que o art. 283 do CPP transcreve, por exato, os anseios do legislador constituinte ao positivar o princípio da presunção de inocência em sede constitucional. Parece, de fato, difícil tentar interpretá-lo de outra forma, tendo em vista a clareza de ambos os textos jurídicos. E não se pode perder de vista que o entendimento estabelecido em 2009, através do HC 84.078/2009, forneceu as bases para que o legislativo editasse a lei que introduziu tal artigo no CPP, em 2011 – o que causa uma estranheza ainda maior na atual mudança do entendimento.

Não se pode olvidar do fato de que tal entendimento, altamente controverso, incorre no sério risco de gerar insegurança jurídica. Isso porque nem todos os juízes se sentem vinculados ao mesmo, deixando de aplicá-lo por entender que não é coerente com o texto constitucional. Em decisão proferida em novembro de 2016, o ministro Marco Aurélio, por exemplo, deixou de aplicar aquilo decidido pelo STF:

DECISÃO PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. HABEAS CORPUS – LIMINAR – DEFERIMENTO. HABEAS CORPUS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações: O Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP, no processo nº 3011993-43.2013.8.26.0451, absolveu a paciente, aludindo ao artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação da suposta prática dos crimes descritos nos artigos 33 (tráfico de drogas), cabeça, da Lei nº 11.343/2006 e 16, parágrafo único, inciso IV (posse irregular de arma de fogo com numeração suprimida), da Lei nº 10.826/2003. Por fim, determinou a expedição de alvará de soltura. Em apelação, o Ministério Público pleiteou a condenação nos termos da denúncia ofertada. Frisou a possibilidade da fixação da pena no mínimo legal ante a primariedade da ré. Disse da viabilidade da redução de reprimenda prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Sustentou a imposição do regime inicial fechado. A Décima Quarta Câmara de Direito Criminal proveu o recurso para condenar a paciente a 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 260 dias-multa. Determinou a prisão, fazendo referência ao decidido pelo Supremo no habeas corpus nº 126.292. Impetrou-se o habeas de nº 375.435/SP no Superior Tribunal de Justiça. Buscou-se a suspensão da execução provisória. O Relator deixou de acolher o pleito liminar. Reportou-se à jurisprudência do próprio Tribunal e à do Supremo para assentar a possibilidade de execução antecipada da sanção após condenação em segunda instância. Os impetrantes arguem a ilegalidade da custódia considerada dúvida quanto à autoria do delito, tendo em vista a prolação de sentença absolutória e posterior substituição, presente a formalização do acórdão

condenatório. Apontam ofensa ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. Postulam, no campo precário e efêmero, a expedição do alvará de soltura. No mérito, buscam a confirmação da providência para que seja reconhecido à paciente o direito de aguardar, em liberdade, a preclusão maior do título condenatório. Pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo revelou haver sido interposto recurso especial, pendente de exame de admissibilidade. A fase é de análise da medida acauteladora. **2. Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da reprimenda. O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador.** Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o aludido dispositivo, o Pleno deixou de implementar a liminar. A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão. O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do mencionado diploma legal, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do habeas corpus nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus –, 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” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Lei Fundamental. **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.** De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. 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 – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. **3. Defiro a liminar pleiteada para suspender a execução provisória do título condenatório. Recolham o mandado de prisão, ou, se já cumprido, expeçam o alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso a paciente não se encontre presa por motivo diverso do retratado no processo nº 3011993-43.2013.8.26.0451, da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP.**

Advirtam-na da necessidade de permanecer na residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda da cidadã integrada à sociedade. 4. O curso deste habeas corpus não prejudica o de nº 375.435/SP, formalizado no Superior Tribunal de Justiça. Remetam cópia desta decisão ao relator, ministro Felix Fischer, com as homenagens merecidas. 5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República. 6. Publiquem. Brasília, 16 de novembro de 2016. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (HC 138337 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 16/11/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 18/11/2016 PUBLIC 21/11/2016) (grifo nosso)

Por outro lado, dias antes deste julgado de Marco Aurélio, o STF reafirmou seu entendimento na análise de um Recurso Extraordinário com Agravo:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que 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. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

A jurisprudência do STJ, por sua vez, está estabelecida no sentido de que a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação não é automática, quando a decisão ainda é passível de integração pelo Tribunal de Justiça (STJ, 2017). Leia-se as principais informações do inteiro teor:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. Cinge-se a controvérsia analisar hipótese de exceção ao entendimento trazido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246-SP, sob o regime de repercussão geral, acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão de segundo grau e antes do trânsito em julgado da condenação. De acordo com o hodierno entendimento, os arts. 637 do CPP c/c os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuírem efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido ou confirmado por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Na hipótese, contudo, há peculiaridade a ser observada. O Juiz de primeiro grau concedeu à ré, na sentença penal condenatória, o direito de recorrer em liberdade, por não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, e, em consulta eletrônica, é possível identificar que não houve prévio esgotamento da jurisdição do Tribunal, pois há registro de interposição de Embargos de Declaração ainda não julgado. Como o acórdão condenatório é passível de integração e não há, ainda, pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça passível de ser impugnado por meio de recurso especial e de recurso extraordinário, deve ser afastada a possibilidade de execução das penas impostas. Não se olvida que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e apenas interrompem o prazo para a interposição dos recursos cabíveis. No entanto, dada a falibilidade que é característica do ser humano, excepcionalmente, existe a possibilidade de atribuir efeito infringente aos

aclaratórios. Assim, em casos de réus que responderam a ação penal ou recorreram da sentença condenatória em liberdade, soa desarrazoado determinar a prisão de forma automática, antes de possibilitar a integração do acórdão, quer para sanar eventuais vícios ou para afastá-los, sendo prudente aguardar-se a confirmação da condenação, em última análise, pelo Tribunal de Justiça. (HC 366.907-PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 6/12/2016, DJe 16/12/2016)

Resta, então, obscuro à segurança jurídica qual o entendimento que será utilizado pelos juízes: se aquele estabelecido pelo STF – porém, como destaca o ministro Marco Aurélio, sem efeito vinculante – ou o que cada um desejar, tomando como base suas vontades e crenças pessoais de justiça e razoabilidade.

Por fim, mais um ponto importante é aquele relativo ao enfraquecimento da Constituição Federal e de seus princípios. Ao relativizar-se um princípio de tamanha importância quanto o da presunção de inocência, pode-se estar abrindo – como já foi dito – um perigoso precedente. A CRFB já têm sido vista com desconfiança diante dos ataques feitos ao seu texto, o que gera uma reflexão sobre se os direitos e garantias ali positivados garantem, de fato, alguma coisa. Exemplo disso é a grande discussão em torno dos recentes projetos de lei³ que visam modificar leis e direitos trabalhistas consolidados, cuja aprovação ameaçam os progressos feitos nesta seara ao longo dos anos.

Destarte, no que tange à tentativa do STF de apaziguar os anseios da população, recorre-se à Paulo Bonavides (2012) quando fala sobre a sociedade de massas e a natureza irracional da opinião pública: “A massa se rege por sentimentos, emoções, preconceitos, como a psicologia social já demonstrou exaustivamente. A opinião das massas formando a opinião pública será por consequência irracional”. Logo, deve-se compreender que o STF não pode deixar influenciar seus julgados pela opinião das massas, tampouco ameaçar a constituição em detrimento delas.

Para finalizar esta questão, cumpre transcrever ainda o que leciona Alencar e Távora (2014):

Ora, o sentimento popular não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente. A política de “boa vizinhança” com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em uma tábula rasa as garantias constitucionais, em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria. A imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com a sua liberdade”.

³ Fala-se, aqui, dos seguintes projetos: PL 7549/2014, que visa mudar a redação do art. 477 da CLT, a fim de modificar os efeitos processuais da homologação de rescisão contratual; PL 8294/14, que objetiva afastar a aplicação da CLT para aqueles que possuem diploma de nível superior; PL 30/2015, que aprova a terceirização em geral; PL 2409/2011, que visa alterar dos §§2º e 3º do art. 58 da CLT, dispondo assim que o tempo de deslocamento do empregado até o local de trabalho e para o seu retorno não integra a jornada de trabalho.

No mesmo sentido, cabe apontar aquilo que leciona MAUS (2000) ao dizer que essa flexibilização do Direito:

sujeita cada vez mais setores sociais à intervenção casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo que a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova imagem paterna afirma de fato os princípios da "sociedade órfã". Nesta sociedade exige-se igualmente resguardo moral a fim de se enfrentar pontos de vista morais autônomos oriundos dos movimentos sociais de protesto.

Afinal, torna-se difícil para a sociedade confiar em um Supremo Tribunal Federal que, enquanto detentor do papel de guardião da Constituição, se dá o direito de exceder o seu poder de interpretação. Não se pode deixar de lado separação dos poderes, uma das bases do Estado Democrático de Direito, é algo que deve ser observado e respeitado. Nas palavras de BONAVIDES (2012), sobre o princípio da separação de poderes:

Competiria pois a esse princípio desempenhar ainda, conforme entendem alguns de seus adeptos, missão moderadora contra os excessos desnecessários de poderes eventualmente usurpadores, como os das burocracias executivas, que por vezes atalham com seus vícios e erros a adequação social do poder político, do mesmo passo que denegam e oprimem os mais legítimos interesses da liberdade humana.

Sobre a temática, é possível ainda destacar o que PAULO RAMOS (2012) leciona, o que ilustra perfeitamente o possível sentimento de insegurança gerado por tal decisão:

Como se nota, a globalização internacionalizou o mercado e fragmentou a sociedade. O ambiente, então, tornou-se viável para a negação da concepção de limite do poder, daí a constitucionalização e deslegalização vir ganhando força no contexto mundial, processo esse que está voltado para a supressão de todos os direitos historicamente conquistados, através de um mecanismo esdrúxulo de produção normativa desenfreada, que confunde os cidadãos e as autoridades acerca de quais são os direitos vigentes na sociedade, tendo como consequência a criação de uma sociedade onde só há deveres.

Não se pode olvidar aquilo que se encontra no art. 2º da CRFB/88⁴. Ao que parece, o STF, ao modificar o entendimento de uma norma tão clara, em verdade está criando uma nova norma e assumindo um papel que não lhe pertence, o que abre um perigoso precedente para que tal atitude se repita.

4.3 Possíveis alternativas à execução provisória da pena

Tendo em vista o que foi abordado, deve-se discutir quais as possíveis alternativas à execução provisória da pena após condenação sem segundo grau. Pretende-se demonstrar que

⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

não há necessidade de modificar a interpretação do dispositivo constitucional em questão, principalmente tendo em vista a clareza semântica retirada de sua leitura.

A priori, deve-se ressaltar a existência do instituto das medidas cautelares. De acordo com o art. 282 do CPP, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011:

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;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319) (grifo nosso).

Pois bem. Observa-se que para se alcançar a efetivação da aplicação da lei penal, o juiz, se considerar necessário e fundamentando seus motivos, pode se utilizar deste instituto para que o indivíduo fique preso temporariamente, até o trânsito em julgado. Há, inclusive, previsão constitucional nesse sentido, no art. 5º, inc. LXI da CRFB. Esta é a chamada prisão preventiva ou a prisão temporária, sendo a primeira aquela que é aplicada com base no art. 312 e 313 do CPP:

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

A prisão preventiva consiste naquela cuja natureza é mais ampla, representando um meio de encarceramento durante a persecução penal, ou seja, durante o inquérito policial ou na fase processual. Admite-se a decretação prisional até antes do trânsito em julgado, estando presentes os elementos essenciais para tal decisão. Deve-se ter em vista que é uma medida de exceção que deve ser aplicada restritivamente para que seja compatível com o princípio da presunção da inocência. (ALENCAR; TÁVORA; 2014).

A prisão temporária, por sua vez,

é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial – ou de investigação preliminar equivalente, consoante o art. 283, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011 – , objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação (ALENCAR; TÁVORA; 2014).

Deve-se transcrever, ainda, as hipóteses de cabimento da prisão temporária, consistentes no art. 1º da Lei 7.960/89:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Assim sendo, já existe, no ordenamento jurídico, um instituto que permita o recolhimento do indivíduo à prisão, caso exista motivo que justifique – no caso, 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, no caso da prisão preventiva; ou, no caso da prisão temporária, nas hipóteses elencadas acima. A prisão cautelar não fere o inc. LVII do art. 5º da CRFB e o art. 283 do CPP, tendo em vista que não se confunde com a execução da pena.

Logo, pode-se concluir que, diante da existência de instituto que permite a prisão antes do trânsito em julgado, em um contexto compatível com a constituição, perde-se o sentido da execução provisória da pena. Ainda que, conforme os votos dos ministros, hajam formas também de suspender a prisão do indivíduo (quando executada a pena após condenação em segunda instância), deve-se ponderar que é menos danoso à sua dignidade enquanto pessoa humana se manter em liberdade, exceto quando justificadamente couber uma cautelar, do que ser preso provisoriamente, até que seja concedido um HC, por exemplo.

No que tange à impunidade aos chamados “crimes de colarinho branco”, que são a grande preocupação do STF e, em parte – conforme observa-se a partir da leitura dos votos dos ministros – um dos motivos pelo o qual mudou-se o entendimento, frente aos anseios da sociedade em ver punidos os políticos envolvidos em casos de corrupção, seria mais eficaz impor, nos crimes contra a Administração Pública, a reparação de dano como condição para a interposição de recursos. Nas palavras do min. Roberto Barroso, em seu voto no Ag. Reg. Na Progressão De Regime Na Execução Penal 22/DF (2014):

Todavia, em matéria de crimes contra a Administração Pública – como também nos crimes de colarinho branco em geral –, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos. A decisão que se tomar aqui solucionará não apenas o caso presente, mas servirá de sinalização para todo o país acerca da severidade com que devem ser tratados os crimes contra o erário.

[...]

Observo que o § 4º do art. 33 não é o único dispositivo previsto na legislação penal que tem na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, basta uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: i) pode ser causa de revogação obrigatória do sursis; ii) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; iii) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; iv) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, “b”, do Código Penal, entre outros vários exemplos.

No mesmo sentido deve-se perceber o voto da min. Carmem Lucia, que também votou no agravo em questão:

Em apoio a tudo o que o Ministro Barroso afirma, eu lembraria que o Direito Penal caminha hoje para a prevenção cada vez maior. E é uma forma de, se não se prevenir, especificamente, o sistema apresentar pelo menos uma sugestão de que o crime não compensa. Nós já tivemos casos no Brasil, conhecidos, de pessoas - e reitero, não é este caso - que gastaram, tomaram uma enormidade - peculato - da Administração e, na sequência, não se conseguia obter esse recurso de volta. Quer

dizer, a sociedade brasileira via isso, e exatamente com esse tipo de norma que se tentou, em que a política criminal é do legislador.

Vê-se que a possibilidade em questão é menos danosa, afinal, revertida a condenação nas instâncias superiores, o valor pago pelo réu é reembolsado. O seu direito à não ser condenado penalmente antes do trânsito em julgado restará intacto.

Deve-se destacar, ainda, que cabe ao legislativo discutir e criar novas ferramentas compatíveis com a constituição para que a justiça seja mais célere e – redundantemente – justa. Ainda que o poder legislativo brasileiro possa ser considerado omissivo, não cabe ao poder judiciário legislar; e mesmo ao discutir e dar interpretação à Constituição, esta deve ser feita com base em discussões consistentes, e, deve-se ressaltar, sem excessos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se desenvolveu com base em uma construção histórica e principiológica para que, por fim, pudesse ser discutido o tema central: a questão da relativização do princípio da presunção da inocência, e como isso pode afetar o sistema jurídico brasileiro, bem como a sociedade como um todo.

Deve-se destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil é, antes de tudo, fruto da história. Em seus anos de existência enquanto país, já houve sete constituições oficiais, e um ato institucional equivalente à uma nova constituição. Assim sendo, a CRFB/88 surgiu logo após um duro período ditatorial, e seu texto tinha como obrigação salvaguardar tantos direitos que foram retirados das pessoas durante o mesmo: o direito à vida, à liberdade, ao devido processo legal, à dignidade da pessoa humana, dentre tantos outros.

O princípio da presunção de inocência surge como uma destas garantias positivadas no texto constitucional. Foi incluído no texto seguindo uma tendência internacionalmente estabelecida, e sua positivação é considerada um avanço no campo dos direitos fundamentais individuais. De acordo com tal princípio, um indivíduo é inocente até que seja determinado, após sentença condenatória transitada em julgado, que é culpado. Dado seu grau de importância e seu impacto na vida dos integrantes da sociedade como um todo, este não pode simplesmente ser flexibilizado ou relativizado. Deve-se ter em mente a necessidade de sua proteção, a medida que o legislador constituinte o positivou no art. 5º da Constituição Federal.

A discussão que envolve a execução provisória da pena, até o presente momento, parece muito superficial. Não se observa tanto o uso da hermenêutica jurídica, essencial ao se debater a prevalência de normas e princípios. A interpretação constitucional, tão necessária e cara às discussões de alta importância, parece ser deixada de lado na medida em que os juízes do STF se voltam para atender certas vontades da sociedade. Observa-se, em verdade, uma discussão de caráter argumentativo, sem vencedores ou perdedores, tendo em vista que as argumentações basicamente se anulam. Ambos elencam um problema, e oferecem soluções práticas para os problemas, sem uma definição de fato.

O fato de o resultado do julgamento das ADCs 43 e 44 a favor da execução provisória da pena ter sido por apenas um voto de diferença mostra o quanto o STF se encontra dividido no que tange ao assunto. Essa divisão, na qual ambos os lados defendem ideais diametralmente opostos, é perigosa. Isso se reflete com o ministro Marco Aurélio, por exemplo, e sua recusa em seguir o entendimento da Corte para não trair o seu “dever de proteger à Constituição”.

Tal situação leva a sociedade à um dos maiores perigos que pode existir, principalmente em sede de direito penal: a insegurança jurídica. Afinal, não há como saber quando um juiz vai fazer uso do entendimento estabelecido pelo STF, ou vai agir de acordo com seus próprios conceitos de justiça. E surge também o questionamento de até que ponto estaria o ministro Marco Aurélio errado, tendo em vista que ele está exercendo a função intrínseca ao seu cargo, qual seja: aplicar a lei constitucional. Diz-se isso com base no próprio modelo jurídico brasileiro, que confere aos juízes – principalmente aos do STF – determinado grau de discricionariedade interpretativa sobre as normas e princípios constitucionais. Entretanto, há de se agir com razoabilidade: em normas que são claras e explícitas, não há que se interpretar além do seu texto. E este aparenta ser o caso do princípio em jogo no presente trabalho.

Para o momento atual, a execução provisória da pena não parece o caminho mais razoável, tampouco a decisão mais acertada. Ainda que os anseios sociais desejem isso, ao focar-se em apenas em um grupo – especificamente, os chamados “criminosos de colarinho branco” –, esquece-se que existe toda uma população que será afetada por essa decisão. Para resolver um problema, criam-se outros maiores: prisões superlotadas, sentenças errôneas sendo aplicadas e o completo desrespeito aos direitos individuais dos réus.

Não se pode olvidar, ainda, um possível enfraquecimento do já fragilizado texto Constitucional: se o STF se julga no direito de desrespeitar um dispositivo presente na Constituição Federal, cuja redação não deixa espaço para dúvidas – texto esse, inclusive, positivado e reiterado pelo Poder Legislativo no Código Penal – não há porque o mesmo tribunal deixar de repetir o ato, quando lhe convier.

Não se pode esquecer que a Constituição Federal é aquela que protege, também, os direitos das minorias: não é razoável curvar seu texto aos anseios de uma sociedade, principalmente quando estes, na maioria das vezes, focam na restrição de direitos. Não se pode deixar de preponderar a importância do bem jurídico tutelado em questão que, no caso, é o direito à liberdade. Aquele presumido inocente até o trânsito em julgado manterá seu direito – exceto, é claro, na aplicação de alguma medida cautelar que justificadamente o prive de sua liberdade – e o exercerá até que efetivamente o perca, após uma incontestável culpa. A verdade é que, em sede de direitos fundamentais, não há espaço para leviandades.

Ponto importante é que já existem mecanismos, tais como a prisão preventiva e a temporária, que garantem a prisão de indivíduos antes do trânsito em julgado, porém sem caráter de execução provisória da pena. No caso, são situações necessárias, previstas no Código de Processo Penal. Além disso, podem existir outras ferramentas possíveis para

esvaziar o judiciário e tornar o sistema jurídico penal mais eficiente. Entretanto, é necessária uma discussão consistente e substancial sobre os meios para se alcançar esse objetivo, atendo-se aos ditames da constituição.

Não se pode deixar de lado nesta discussão que o problema não se encontra na Constituição Federal, então não há a necessidade de fazer uso de interpretações exageradas para tentar consertar as mazelas do país. O problema real está, principalmente, nas próprias instituições. A Constituição deve ser debatida, é claro, e interpretada de acordo com a evolução da sociedade; entretanto, tal evolução nunca pode se dar no sentido de restringir ou dispensar direitos fundamentais.

A omissão legislativa leva ao ativismo judicial exacerbado, bem como à uma enraizada crise institucional que atormenta do Brasil. O legislador deve assumir um posicionamento ativo, de modo a reformar o Sistema Processual Penal, tornando-o mais dinâmico e célere, sempre observando e colocando como norte os princípios e normas constitucionais, de tal modo que esteja assegurada a efetivação do texto constitucional. Ao judiciário, deve restar o dever de guardião da constituição, assim como a aplicação das leis com base nos seus ditames. Desta forma, é possível respeitar a Constituição Federal e evoluir com a legislação penal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. .

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. 185 p.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. .

BOTTINO, Thiago. **Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos tribunais superiores**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 2409, de 28 de setembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=521636>>. Acesso em 01 mar. 2016.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 7549, de 14 de maio de 2014**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615183>>. Acesso em 01 mar. 2016.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 8294 de 17 de dezembro de 2014**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858732>>. Acesso em 01 mar. 2016.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei nº. 30 de 28 de abril de 2015**. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>. Acesso em 19 dez. 2016

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
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: 10 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
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: 10 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
Constituição Federal de 1988 (de 5 de outubro de 1988). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 366907.** Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta turma. Data do julgamento: 06 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201602134552.REG>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078.** Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.** Inteiro teor. Voto Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 05 de out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.** Inteiro Teor. Voto Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 05 de out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.** Inteiro teor. Voto Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 05 de out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 01 de set. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adc-43-voto-marco-aurelio-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.** Inteiro teor. Voto Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 05 de out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na progressão de regime na execução penal nº 22.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 17 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8038320>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1696 p.

CANOTILHO, Joaquim José da Silva Gomes. **Direito Constitucional.** 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. 586 p.

_____. **Uma questão de princípios.** São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. .

HÂBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. 55 p.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. 48 p.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. Disponível em: <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/locke/government.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, novembro 2000, p.183-202.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. *Revista dos tribunais*, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica, 1960. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 15. jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2017.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O conceito de constituição em Ferdinand Lassale**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. 64 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 504 p.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 532 p.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo:Malheiros, 2005. 925 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. **Notícias STF**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

VILLA, Marco Antônio. **A história das constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011. 116 p.

Soares, Gabriella.

O princípio da presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro: o julgamento das ADCs 43 e 44 e a execução provisória da pena após condenação em segunda instância / Gabriella Soares. - 2016.

57 fls.

Orientador(a): Paulo Ramos.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Direito Constitucional. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Processo penal. 4. Presunção de inocência. 5. Execução provisória da pena. I. Ramos, Paulo. II. Título.