

Hermenêutica, Garantismo e Presunção do Estado de Inocência Relativizado: o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-sp

Humberto Cardoso Pinto

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). E-mail: humbertocpinto@gmail.com

Eduardo Rocha Dias

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). E-mail: eduardordias@hotmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário, com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho (Portugal). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

Resumo: A presunção de inocência está prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais, com papel relevante no ordenamento constitucional brasileiro. Segundo a literalidade do dispositivo, somente com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória pode-se considerar alguém culpado. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292-SP, entendeu, por maioria, que a partir do julgamento condenatório em tribunal recursal ordinário, a execução da pena pode iniciar-se, pois nos recursos de natureza extraordinária não se discutem questões fáticas, somente de direito. O problema a ser investigado é se a literalidade da regra constitucional da presunção de inocência permite a execução provisória de pena na pendência de julgamento de recursos de caráter extraordinário. O objetivo geral é responder qual interpretação deve prevalecer acerca do limite de prevalência do princípio de presunção do estado de inocência. A pesquisa é, quanto à fonte, bibliográfica, e utiliza-se de livros, artigos científicos e das decisões do STF a partir do referido habeas corpus, bem como usa dispositivos da Constituição Federal. Quanto aos objetivos, é exploratória, e busca o aprimoramento da discussão sobre presunção de inocência, a partir de análise do habeas corpus citado.

Palavras-chave: Presunção do estado de inocência. Trânsito em Julgado. Hermenêutica. Garantismo. Supremo Tribunal Federal.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência relativizado: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-SP

Humberto Cardoso Pinto

Eduardo Rocha Dias

Nestor Eduardo Araruna Santiago

1 INTRODUÇÃO

A presunção do estado de inocência, princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 (CF), é um direito fundamental, o qual garante que não se pode falar em culpa imposta a alguém antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Por ser direito fundamental, merece especial proteção: não há sequer a possibilidade de ocorrer deliberação de qualquer emenda constitucional que tenda a o abolir, por ser cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, CF).

Questão que se torna relevante, objeto do Habeas Corpus (HC) n. 126.292-SP impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e em demandas posteriores, é em que momento a culpabilidade toma o lugar da presunção do estado de inocência. Afinal, em sede de recursos de natureza extraordinária, tais como o são o recurso especial e o extraordinário, não se há de discutir questões fático-probatórias, mas somente questões de direito. Por outro lado, a não-

culpabilidade pode decorrer do provimento desses recursos, além do fato de que os direitos e garantias fundamentais demandam interpretação que melhor lhes resguarde.

Diante da possibilidade ou não da relativização do princípio da presunção de inocência, a problemática que se impõe é se a literalidade da regra constitucional acerca da presunção do estado de inocência permite a execução provisória de pena na pendência de julgamento de recursos de caráter extraordinário

O objetivo geral é responder qual interpretação deve prevalecer acerca do limite de prevalência do princípio de presunção do estado de inocência. Os objetivos específicos são: identificar, por intermédio de princípios hermenêuticos e interpretativos, se a execução de pena antes de transcorrido o último recurso fere o princípio da presunção de inocência, e analisar argumentos favoráveis e contrários à possibilidade da execução da pena condenatória, ainda que possível a interposição de recursos de natureza extraordinária, tendo como base as motivações de voto e fundamentos constantes a partir do HC n. 126.292-SP.

Quanto à fonte, o artigo é bibliográfico, pois decorrente de pesquisas realizadas em livros e artigos científicos (GIL, 2002, p. 48), além dos acórdãos do HC n. 126.292-SP e de outros dois casos e da CF. A pesquisa é exploratória, quanto a seus objetivos, pois seu fim primordial é perquirir “maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito”, além de possibilitar “o aprimoramento de ideias” (GIL, 2002, p. 41).

Principia-se o artigo pelo tratamento das características dos direitos fundamentais expostos na CF; passa-se à exposição de visões hermenêuticas e interpretativas; aborda-se o problema a partir do HC n. 126.292-SP impetrado perante o STF, e faz-se análise crítica das decisões a respeito dessa questão.

2 DA IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF

Os direitos fundamentais são dotados de características axiológicas e principiológicas e, para Lopes (2001, p.35), se relacionam com a busca da realização da dignidade humana no âmbito social, além de legitimarem o sistema jurídico estatal. Delgado (2000, p. 179) reforça a ideia de vinculação dos direitos fundamentais à dignidade humana, sem deixar de mencionar que se relacionam à liberdade, constituindo-se em valores de natureza histórico-filosófica e universalidade.

Não se pode, portanto, evitar relacionar o respeito aos direitos fundamentais como necessário à perquirição da dignidade da pessoa humana, a qual é fundamento republicano (art. 1º, inc. III, CF) (BRASIL, 1988). Esses direitos também concretizam a dignidade da pessoa humana, a qual, como fundamento republicano, deve ser buscada a todo momento. Os direitos fundamentais detêm, igualmente, papel de centralidade na ordem constitucional brasileira, especialmente a partir do que se convencionou denominar neoconstitucionalismo.

Quanto ao neoconstitucionalismo, Streck (2011, p.10) trata de expor as diferenças entre as concepções do termo. Nesse diapasão, elabora o neoconstitucionalismo, tal como tomado pela teoria estadunidense, que o concebe a partir dos movimentos de redemocratização na “chamada modernidade periférica nas últimas décadas”, como percebido no Brasil. Por outra senda, o mesmo termo pode tratar da concepção teórica espanhola ou italiana, no pós-Segunda Guerra Mundial, a superar as perspectivas fundamentadoras do direito que lhe antecederam, no condizente à interpretação e aplicação do mesmo direito.

O fenômeno do neoconstitucionalismo tem, como marcas relevantes, “o reconhecimento da normatividade dos princípios”, e a dotação, à Constituição, de força normativa. No Brasil, houve algumas consequências provocadas pelo movimento designado como neoconstitucional, dentre as quais, a valorização dos princípios, com a decorrente desvalorização das regras, além da adoção de métodos de hermenêutica jurídica consubstanciados por sua flexibilização (OLIVEIRA; VACCARO, 2018, p. 193-195).

É inegável, tal como percebido a partir de uma análise preliminar da posição ocupada pelos direitos fundamentais na CF, a qual se deixou influenciar pelas ideias neoconstitucionalistas, em especial sob o aspecto doutrinário estadunidense, a centralidade desses direitos no ordenamento brasileiro. Streck (2011, p. 11) discorda da relação entre direito e moral estabelecida a partir do período neoconstitucional, já que valores são reincorporados no intuito de determinação de um direito considerado justo, o qual só seria alcançado a partir da atividade jurisdicional.

A partir desse aspecto, o protagonismo judicial em voga, tomado por esses valores de características jusnaturalistas (STRECK, 2011, p. 20), provocaria a discricionariedade na tomada de decisões, ainda que em prol de direitos fundamentais, a partir da ponderação entre princípios. Tal prática, segundo o mesmo autor, é observada na atividade jurisdicional brasileira, e pode ocasionar o que se denomina *ativismo judicial*, com extrapolação dos limites constitucionalmente previstos (STRECK, 2011, p. 22).

No entanto, merece realce o entendimento de que decisões judiciais impregnadas pelo subjetivismo exacerbado dos magistrados resultam de má compreensão e utilização dos instrumentos advindos do neoconstitucionalismo. De modo a evitar os resultados danosos, especialmente devido à ponderação de princípios, devem ser estabelecidos “critérios objetivos na ponderação e na aplicação dos princípios colidentes” (OLIVEIRA; VACCARO, 2018, p. 206-207).

Quanto à caracterização dos direitos fundamentais, Lopes (2001, p. 37) expõe cinco pontos: i) função dignificadora, pois têm por objetivo salvaguardar a dignidade humana, ao defender a esfera humana individual em desfavor de interferências indevidas provenientes do poder público, além de exigir deste o exercício de atividades promotoras do desenvolvimento humano integral, sendo oponível igualmente aos particulares; ii) serem detentores de natureza principiológica, e terem caráter otimizador, a requererem soluções que melhor os perfaçam no caso concreto; iii) constituem-se como elementos legitimadores do sistema jurídico estatal, em especial do ordenamento constitucional; iv) são normas constitucionais, pois positivados na Constituição Federal e, por fim; v) detêm historicidade por refletirem a concepção social de dignidade humana prevalecente ao longo do tempo.

A presunção do estado de inocência decorre do texto do inciso LVII do art. 5º da CF, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Referido dispositivo está localizado no Capítulo I, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” do Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”. Portanto, o dispositivo analisado é direito fundamental e sua observância, conforme exposto acima, é essencial para que se perfaça a dignidade da pessoa humana de forma mais ampla.

Nesse diapasão, é importante a indagação de em que momento finda a presunção de inocência: se com a confirmação de sentença condenatória por tribunal imediatamente hierarquicamente superior ao órgão que primeiro sentenciou, ou se abrange até o último recurso, ainda que este seja de natureza extraordinária.

3 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DA INTERPRETAÇÃO

A hermenêutica jurídica não deve ser confundida com a interpretação. Afinal, a hermenêutica, de forma geral, “é a teoria científica da arte de interpretar”. A hermenêutica jurídica, portanto, deve ser compreendida como a teoria científica do ramo jurídico que prevê procedimentos e/ou métodos concernentes à adequada interpretação dos textos normativos (MAXIMILIANO, 2006, p. 1). Já a interpretação é o esclarecimento, a explicação, a oferta de significado de uma palavra, atitude ou gesto, ou, ainda, do real sentido de uma expressão, ou o conteúdo integral de norma, frase ou sentença (MAXIMILIANO, 2006, p. 7).

Assim, ao se observar os ditames de hermenêutica, há maiores possibilidades de se extrair o significado normativo mais adequado à situação concreta. Passa-se, pois, às abordagens hermenêuticas de Hans-Georg Gadamer, as quais são relacionadas com as ideias de garantismo, e Friedrich Müller; quanto à interpretação, a análise será realizada sob os cânones interpretativos tradicionais, expostos de forma incidental, e o consequencialismo, tratado por Klaus Mathis.

3.1 Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer

A hermenêutica filosófica de Gadamer figura como tratativa filosófica que percebe a compreensão como processo ontológico do homem, ou seja, a compreensão advém do próprio ser do homem, é inerente a ele, é seu modo de ser. Entretanto, a compreensão não corresponde simplesmente ao processo humano subjetivo em relação ao objeto a ser compreendido (PALMER, 1999, p. 168).

Gadamer acredita na dialética, mediante a qual o tema faz advir as questões a serem respondidas, como essencial à compreensão e ao encontro da verdade. Ou seja, o objeto a ser compreendido encontra-se, tal como o sujeito, imerso no tempo e na história, sendo mediatizado pela linguagem. Por isso, a interpretação prescinde de métodos baseados na separação entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, por ser o próprio objeto, em relação dialética com o sujeito, o ponto do qual as questões surgem (PALMER, 1999, p.169).

Como adota a ideia do círculo hermenêutico de Heidegger, em que a parte auxilia na interpretação do todo, e vice-versa, entende Gadamer (2004, p. 355) que, ao aparecer ao sujeito cognoscente um primeiro sentido no texto, deve ser levado em consideração na busca de obtenção do significado integral do texto, pois este se vai revelando. Neste momento, a projeção inicial realizada pelo intérprete substitui-se paulatinamente pelo que é lido. “A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio”, o qual passa por constante revisão “com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”.

No caso a ser exposto, da relativização da presunção do estado de inocência, ou então, da interpretação de qual é o limite dela, o principal ponto refere-se ao significado de *trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. A partir do disposto nas ideias de Gadamer, o dispositivo constitucional objeto do trabalho deve enunciar seus contornos ao intérprete. Para tanto, é mister que se delineie a extensão do texto normativo, no sentido de determinar se é possível a interpretação a partir do foco no inc. LVII do art. 5º da CF, ou se é necessário que se o conjugue com os demais dispositivos, expostos tanto no mesmo artigo quanto em outros, e até no conjunto normativo como um todo.

A compreensão restará malograda quando não observada a consecução adequada do círculo hermenêutico, ou seja, quando não se der em toda sua justeza a compreensão de forma contínua das partes em relação ao todo, enquanto o todo, da mesma forma, influi na apreensão do sentido das partes. Deve dar-se, para adequada compreensão, a ampliação da unidade semântica em círculos concêntricos (GADAMER, 2004, p. 385).

Entretanto, tudo isso não significa que o intérprete atua como mero sujeito passivo ou observador do sentido que lhe advém do texto, pois Gadamer reconhece que o círculo hermenêutico, a partir das lições de Heidegger, não se caracteriza por ser objetivo nem subjetivo. A compreensão é “como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete” (GADAMER, 2004, p. 388). A tradição é o que vai ao encontro do intérprete, e a dialética de Gadamer é a ocorrida “entre o contexto em que cada pessoa se insere e o contexto da tradição”. O objetivo da dialética é fenomenológico, pois se procura a revelação da coisa observada percebida como ser (PALMER, 1999, p. 170).

Ainda quanto à tradição, Gadamer entende que não se há de falar em compreensão pura da história, pois pelo próprio conceito de historicidade, há “operacionalidade do passado no presente”, pois só é possível compreender e perceber o presente por meio “das intenções, modos de ver e preconceitos que o passado transmitiu”. A tradição, pois, não deve ser percebida como oposta aos seres cognoscentes, pois estão situados nela (PALMER, 1999, p. 180), por ser a formação da tradição contínua no tempo.

Observado todo o exposto, a compreensão do princípio de presunção de inocência deve ater-se ao contexto histórico. Este princípio é pautado no advento de uma ordem constitucional que lança uma nova luz sobre os direitos e garantias fundamentais e expressa como fundamento republicano a dignidade da pessoa humana.

3.1.1 O Garantismo aplicado aos Direitos Fundamentais

Dada a importância concedida aos direitos fundamentais, os quais detêm caráter axiológico e papel central na CF, faz-se necessário que sejam interpretados de maneira a garantir sua eficácia e sua fiel observação. O garantismo segue essa linha, porém, antes de abordá-lo, é necessário que se trate do contexto histórico que o antecedeu.

Mesmo com a superveniência do que se convencionou chamar Estado Social de Direito sobre o Estado Liberal, em especial a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar em 1919, o discurso neoliberal, a partir da década de 1970 e mais solidamente durante a década seguinte, se fez acompanhar de um aumento da importância da chamada análise dos custos econômicos dos direitos sociais, e a questão referente a estes passou a assumir papel preponderante sobre referidos direitos, justificando sua redefinição. Entretanto, o neoliberalismo viu-se fragilizado a partir da crise econômica de 2008 e 2009, e o pensamento referente aos custos dos direitos sociais, verdadeira análise de custo capitalista-financeiro, restou contestado. Adveio, portanto, o ressurgimento da discussão sobre os direitos humanos e fundamentais (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 704).

Ferrajoli (2006, p. 114) denota o que se convencionou chamar de garantismo, especialmente aplicado aos direitos fundamentais, ao observar que, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o Estado Constitucional de Direito passou a prevalecer sobre o Estado Legislativo de Direito. Assim, os dispositivos constitucionais foram dotados de maior importância, a prever proibições e obrigações ao Poder Público, concedendo maior força aos princípios e direitos fundamentais.

Como resultado natural da crescente relevância obtida pelos dispositivos constitucionais, visando-se à proteção dos direitos e

garantias fundamentais, estabelecem-se, a partir do garantismo de Ferrajoli, limites quando da aplicação das normas infraconstitucionais (SABOIA; SANTIAGO, 2018, p. 56), as quais devem ser interpretadas à luz das normas constitucionais. Limites devem ser impostos, portanto, à interpretação judicial das normas, especialmente as que abordam direitos e garantias fundamentais, com intuito principal de evitar distorção de seus sentidos, o que pode provocar redução na efetividade normativa.

Nesse sentido, Ferrajoli (2006, p. 115) percebe no garantismo a outra face do constitucionalismo, ao prever técnicas asseguradoras de maximização da efetividade dos direitos previstos na Constituição. Por conseguinte, o paradigma do que se denomina democracia constitucional deve ser compreendido em três sentidos: a garantia dos direitos constitucionais, abrangendo-se, além dos direitos de liberdade, os sociais; a afetação desse fenômeno em face de todos os poderes, públicos ou privados, e, ainda, em todos os níveis, ou seja, incidente sobre o direito estatal ou interno bem como sobre o direito internacional.

Posto que o fim último do garantismo é assegurar a efetividade dos dispositivos constitucionais e, mais precisamente, dos direitos e garantias fundamentais, deve-se limitar a atuação estatal, mediante redução, no campo penal, dos poderes punitivos estatais. Adota-se, portanto, segundo a teoria garantista de Ferrajoli, a “interpretação restritiva dos tipos penais” por um lado, enquanto, por outro, fica defeso, ao intérprete do direito e a seu aplicador, optar por privilegiar “juízos valorativos em prol da sociedade” em detrimento dos direitos fundamentais individuais (LIMA; SOTTO-MAYOR, 2015, p. 19-20).

O garantismo deve ser compreendido como o conjunto de técnicas que busquem garantir o máximo grau de efetividade aos direitos previstos na ordem constitucional. Referida efetividade deve opor-se aos poderes estatais bem como aos entes privados, mesmo às maiorias. Afinal, as minorias abrangem as camadas mais fragilizadas

da sociedade, às quais deve caber maior atenção na consecução dos direitos fundamentais.

Não se pode deixar de mencionar, ao tratar-se do viés penal e, por conseguinte, dos poderes punitivos estatais, que o garantismo defende direito penal mínimo e que deve haver prevalência dos direitos fundamentais sobre os referidos poderes de punição do Estado, segundo o defendido por Ferrajoli, já que o próprio Estado se submete aos direitos individuais fundamentais (IPPOLITO, 2011, p. 36).

O garantismo pode relacionar-se à ideia de Gadamer de que o objeto a ser compreendido expõe seus limites interpretativos ao próprio intérprete, assumindo a posição de sujeito. Os direitos fundamentais, que gozam de centralidade no ordenamento constitucional brasileiro, demandam, assim, maior efetividade em seu cumprimento, e deixam transparecer seus limites. A presunção constitucional do estado de inocência demanda, assim, seu maior grau de efetividade, e sua interpretação, por sua vez, deve ocorrer segundo delineamentos do texto do artigo 5º, inciso LVII, da CF.

3.2 A Teoria Estruturante da Norma, de Friedrich Müller

Müller (2009, p. 59), ao abordar os limites a serem observados na interpretação do conteúdo normativo e, pois, na concretização da norma, exterioriza as dificuldades impostas na necessidade de separação entre preconceitos produtivos, que permitem alcançar materialmente a compreensão, e preconceitos impeditivos da “compreensão correta, a concretização conforme a norma”. Tal decorre a partir de análise realizada por Müller quanto à teoria de Gadamer no referente à pré-compreensão, caracterizada como

pressupostos provindos do intérprete. Essa pré-compreensão é necessária à tarefa da compreensão e manifesta-se “em princípio como a relação vital do sujeito” cognoscente com o objeto a ser compreendido.

Müller (2009, p. 59) percebe que “a concretização de direito, impossível fora da linguagem, sempre é co-caracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão”. A pré-compreensão realizada, ou os pré-juízos, englobando não somente a prévia opinião “geral do uso da linguagem”, mas igualmente pré-compreensões de conteúdo, figuram, conforme ensinamentos de Gadamer, como condição necessária da compreensão. Figura, aí, o conceito de círculo hermenêutico, como herança da tradição.

À teoria estruturante da norma cabe, para consecução do divórcio entre preconceitos produtivos e impeditivos da compreensão, a conjugação entre reflexão e racionalização destes preconceitos. Por isso, “os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexa da fundamentação jurídica” (MÜLLER, 2009, p. 59).

Müller (2009, p. 145) aborda a relação havida entre direito e realidade, e, em razão de situações em que se percebe o desrespeito aos métodos de interpretação canônicos (tradicionais), tais como gramaticais, sistemáticos, teleológicos e genéticos (históricos), ressalta: a “falta de logicidade depõe menos contra a possibilidade de defender decisões específicas em si do que contra o alcance” destes meios interpretativos, os quais seriam suficientes para sobrepor as questões metódicas.

Quanto aos cânones interpretativos, necessário que se lhes mostre, ainda que superficialmente, o conteúdo: o método gramatical demanda que se aplique a lei tal como prevista de forma escrita, de modo a respeitar os limites gramaticais de sua gênese; o histórico ou genético busca “precedente histórico como meio analógico-comparativo entre o fato social atual que a norma (mais precisamente

texto normativo) tenta atingir e a realidade fático-jurídica” do momento de criação da norma, conforme sua idealização; o teleológico busca “a finalidade e o sentido da Lei”, ou seja, tem por objetivo encontrar o contexto circunstancial, em especial político, da gênese da Lei; e o sistemático conota-se por buscar a interpretação normativa pela sua relação com as demais normas, já que o ordenamento jurídico é percebido em uma perspectiva sistêmica, de unidade (SILVA, 2016, p. 150).

Müller (2009, p. 145) observa a negligência quanto ao princípio de interpretação gramatical, com desrespeito ao texto literal. Conclui que “a autolimitação programática aos meios de interpretação tradicionais é ilusória”, em face das questões problemáticas concernentes à prática. Para ele, partindo das decisões da Corte Federal Constitucional alemã, é inegável que a jurisprudência se concentra, em um primeiro momento, na “decisão justa do caso particular”, ignorando os métodos canônicos.

Não se há que confundir norma jurídica com enunciado normativo, pois aquela se constitui no caso concreto e, portanto, resta impossibilitada a mera subsunção do enunciado normativo aos fatos apresentados. Assim, “a norma jurídica não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada”, pois seu teor se transforma no momento de aplicação do enunciado normativo às circunstâncias. A norma de decisão, então, é o “estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela” (MÜLLER, 2009, p. 148). As circunstâncias do caso concreto formam o âmbito normativo, com papel importante quando da interpretação do texto normativo, ou seja, é ele fator de concretização da norma. Nesse diapasão, fato e norma são inseparáveis, uma vez ser necessário, para obtenção da norma decisória, a observância do programa normativo, ou texto normativo, e do âmbito normativo (MÜLLER, 2009, p. 150).

A norma diferencia-se, na forma como se apresenta, de acordo com o âmbito normativo que se coloca além da “ideia normativa fundamental do programa normativo”. Ao tratar-se do direito constitucional, “os pontos de vista da concretização devem frequentemente ser deduzidos do texto normativo apenas numa pequena escala”. Referir-se a uma aplicação que exceda o texto normativo não implica em que aquela exceda a norma, pois a normatividade concreta desta só estará explícita no caso em particular. Nesse contexto, “o processo da metódica estruturante separa-se do puro pensar o problema” a partir do dado de que a norma, que deverá ser inicialmente construída, é mantida “como critério vinculante para a escolha dos *topoi*”. Apesar de a norma jurídica não ser tomada como algo dado (já que construída no caso concreto), as suposições são limitadas pelo texto normativo. Isso é imperativo do próprio Estado de Direito (MÜLLER, 2009, p. 197).

Apesar de considerar que o âmbito normativo pode realizar mudanças na interpretação do texto normativo, a estabelecer o programa da norma, não ignora Müller que há limites interpretativos que figuram no texto normativo. Isto posto, quanto à interpretação do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional brasileiro, o limite principal à atividade interpretativa é a ideia do que seja trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso marca o momento da figuração da culpa. Caso não observados os limites, estar-se-á a atentar contra o Estado de Direito.

3.3 O Consequencialismo segundo Klaus Mathis

O consequencialismo pauta-se na ideia de análise das consequências provindas das decisões judiciais, especialmente, mas não apenas, no que se refere à análise econômica do Direito. Mathis

(2012, p. 3) expressa que, principalmente ao considerar-se a possibilidade de advir nova lei da aplicação legal ao caso concreto, ou seja, com a assunção de função legislativa pelas cortes judiciais em sua atividade judicante, podem elas considerar as consequências de suas decisões, e daí, optar pela melhor decisão.

A avaliação consequencialista na aplicação da lei pode ser realizada tomando-se por base as consequências legais ou reais. Aquelas são ligadas pelas previsões legais, pois só ocorrem a partir do estabelecimento de certas pré-condições, enquanto estas são as consequências observadas no momento da validade e aplicação de previsões legais. As consequências reais podem ser de micro nível e macro nível. As consequências reais de micro nível referem-se às partes afetadas de forma direta pelo julgamento, e as de macro nível relacionam-se a toda a sociedade, como a determinação do comportamento de seus integrantes a partir da decisão judicial e das regras que dela possam advir (MATHIS, 2012, p. 5).

É inegável que para Klaus Mathis a análise quanto às consequências advindas das decisões judiciais pode ser realizada durante o processo deliberativo, para tomada da decisão mais adequada pelo órgão judicial chamado a atuar sobre um determinado caso. Da mesma forma, uma das consequências em macro nível pode ser relacionada a parâmetros a serem observados por outras cortes judiciais quando a decisão é tomada por cortes superiores, entre as quais, o STF. Portanto, as decisões advindas das causas levadas ao STF têm consequências diretas sobre o entendimento de outros tribunais, apesar de seu caráter não vinculante.

Quanto à impossibilidade de manter-se uma separação firme entre os argumentos legais e os de política legal no momento da aplicação da lei, Mathis (2012, p. 20) afirma que isso é decorrente do fato de que a aplicação da lei não se resume à aplicação de regras pré-existentes, mas frequentemente apresenta componente de criação legal.

No entanto, Mathis (2012, p, 20) ressalta que os aplicadores da lei, ao exercerem função similar a dos legisladores, se submetem à mesma responsabilidade pelas consequências que estes e, por isso, necessário recorrerem a relevantes avaliações de impactos. Aplica-se a questão tanto ao desenvolvimento judicial da lei quanto à interpretação das normas legais nos casos difíceis, principalmente quando se requer uma escolha entre duas interpretações contraditórias.

Uma análise dos casos a serem apresentados sob o enfoque consequencialista pode levar a entendimento em prol da prisão sob argumento do bem da sociedade, ou, ainda, contrário à prisão antes do trânsito em julgado, como prevenção à superlotação dos presídios. Indaga-se se cabe mesmo à atividade jurisdicional pautar-se por questões mais relacionadas a consequências de natureza político-social, ou se deve observar mais diretamente o texto legal.

4 EXPOSIÇÃO E ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF A PARTIR DO CASO DO HC N. 126.292-SP

O caso ilustrativo inicial da relativização da presunção de inocência é o que se refere ao HC n. 126.292-SP, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, o qual é decorrente, por sua vez, do caso de um roubo qualificado imputado a Márcio Rodrigues Dantas, que teve mandado de prisão expedido contra si no julgamento da apelação (STF, 2016a).

4.1 Exposição do caso do HC 126.292-SP

Na petição inicial do HC n. 126.292-SP, as advogadas de Márcio Rodrigues Dantas alegaram que, ademais de não possuir qualquer antecedente criminal, havia antes sido revogada a prisão preventiva do paciente, e este já estava há mais de quatro anos em liberdade, além de exercer normalmente atividade profissional. Acresceram que a primeira decisão, imputadora de pena ao réu, foi no sentido de garantir a ele possibilidade de recorrer em liberdade, e que após apelação perpetrada somente pela defesa, foi expedido mandado de prisão contra ele, caracterizando verdadeira execução provisória da pena (STF, 2016a).

Outro argumento utilizado pelas advogadas foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede do HC n. 312.273. Neste, segundo decisão monocrática da ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, em princípio, a execução provisória da pena de privação de liberdade é vedada, por ser contrária ao princípio da presunção de inocência. Alegaram, ainda, a ausência de requisitos para decisão pela custódia cautelar. Por isso, em sede liminar, requereram sobrestamento do mandado de prisão até o julgamento do HC, visando a liberdade do paciente até o trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, 2016a).

Ao fim, o HC do caso em análise foi denegado sob o argumento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação”, a despeito de ainda cabível a interposição de recurso especial ou extraordinário, não é contrária ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII da CF (STF, 2016a).

O ministro Teori Zavascki expôs que o HC foi “impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão”, então ocupante da

presidência do STJ, que “indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP”. O paciente tinha sido condenado a reclusão de cinco anos e quatro meses, em regime inicial fechado, ao que a defesa apelou, conforme já relatado, ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Este negou provimento ao recurso, com determinação de “expedição de mandado de prisão contra o paciente”. Por isso, foi interposto HC no STJ, mas o pedido liminar foi indeferido pelo ministro Francisco Falcão, o qual considerou inadequada a interposição de HC quando da possibilidade de manejo de recurso especial (STF, 2016a).

No HC em liça foi alegada, entre outros fatores, a inexistência de motivação para a decretação de prisão preventiva, além da imprescindibilidade, para a prisão do paciente, de trânsito em julgado da condenação. O ministro Teori Zavascki deferiu “o pedido de liminar para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente”. Essa liminar, quando levada a decisão ao plenário do STF, foi revogada, pois denegado o HC (STF, 2016a).

Ao manifestar-se nos autos, o então subprocurador-geral da República, Edson Oliveira de Almeida, entendeu no mesmo sentido do ministro e defendeu que ao negar o recurso de apelação interposto pelo réu e ter decretado a prisão preventiva, após a concessão inicial da possibilidade de o réu recorrer em liberdade, afrontava o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou seja, de não ser permitido reformar a decisão em prejuízo do réu (STF, 2016a).

Teori Zavascki fundamentou sua decisão no fato de que o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, “ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação”. Por não se tratar “de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena”, havia confronto com a interpretação do STF prevista no julgamento do HC 84.078/MG, o qual expressa que se faz necessário que a sentença transite em julgado para a ocorrência de prisão proveniente de condenação (STF, 2016a).

Para resolução da questão, a partir da análise do mérito, Teori Zavascki alertou que a reflexão deve dar-se acerca do “alcance do princípio da presunção da inocência” em conjunção com o intuito de buscar-se equilibrar o princípio com “a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade”, em face do sistema de justiça criminal brasileiro, caracterizado por sua complexidade e por ser intrincado. No entanto, tal entendimento foi proferido apesar de reconhecer que a orientação da jurisprudência do STF, mesmo já vigente a CF, era pela “possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade”. Não havia, nesse cenário, impedimento “à prisão decorrente de acórdão” a confirmar “a sentença penal condenatória recorrível”, especialmente por não possuírem efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário. O entendimento foi alterado no HC 84.078/MG, julgado em fevereiro de 2009. A partir do fato, a compreensão foi pela incompatibilidade entre o princípio constitucional em tela e “a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação” (STF, 2016a).

Zavascki, então, tratou que a presunção do estado de inocência deve resguardar o acusado “antes de prolatada a sentença penal” e, em face de uma condenação, sobrevém juízo de culpabilidade, embora não definitivo, advindo “da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal”. A responsabilidade penal do acusado, em razão da interposição de recurso a tribunal ordinário imediatamente superior em hierarquia, só se dará quando da decisão deste. Quando da apelação a esse tribunal, ocorre o último momento propício a exame acerca de “fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”, com configuração do “duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal” (STF, 2016a).

A análise de fatos e provas, para o relator, só é possível “no âmbito das instâncias ordinárias”, exceto quando houver a possibilidade de revisão criminal, e os recursos de natureza extraordinária não são desdobramentos provenientes do segundo grau jurisdicional, pois não gozam de devolutividade ampla, não sendo possível debater-se, neles, matéria fático-probatória. O significado disso, segundo Zavascki, é que uma vez julgada a questão pelo tribunal de apelação, a consequência é uma “espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”, restando tão-somente a abordagem quanto à matéria de direito. Assim, justifica-se “a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”. A negação de concessão de “efeito suspensivo a recursos extraordinários”, segundo art. 637 do Código de Processo Penal (CPP) e art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, tira desses argumentos seu sentido (STF, 2016a).

Ademais, o relator expressou que os recursos de natureza extraordinária servem para preservar a higidez do sistema normativo, e não para tratar da presença ou ausência de justiça nas sentenças, o que restou mais claro a partir do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, ao estabelecer como requisito para interposição do recurso extraordinário “existência de repercussão geral da matéria a ser julgada”, sendo ônus do recorrente a demonstração da “relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida”. Votou, em face de todo o exposto, pela denegação da “ordem de habeas corpus, com a consequente revogação da liminar concedida”. Acompanharam seu voto os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (STF, 2016a).

A ministra Rosa Weber, em sentido oposto ao entendimento do relator, afirmou que sua linha era de manutenção da jurisprudência do STF, por resguardo ao princípio da segurança jurídica. Adotou, ainda, o entendimento do ministro Eros Grau ao votar no julgamento do HC n. 84.078 acerca da incompatibilidade

entre o princípio da presunção de inocência, pelo qual não se há de falar em culpa e antecipação da execução de pena antes do trânsito em julgado da condenação. Foi acompanhada pelo ministro Gilmar Mendes, reconhecedor da possibilidade de “provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário”, de modo a reformar o entendimento pela culpa antes proferido. Alegou, ainda, que o princípio da não culpabilidade visa evitar a execução de pena ainda não definitiva, por meio da inversão da ordem natural das coisas. O ministro Celso de Mello concordou, igualmente, com o posicionamento da ministra (STF, 2016a).

O ministro Ricardo Lewandowski foi no mesmo sentido do voto dissonante exposto por Rosa Weber e afirmou que o efeito suspensivo é imanente aos recursos extraordinários quanto à aplicação da pena pelo entendimento constitucional, e, pois, cabe ao dispositivo no art. 637 do CPP sofrer revisão à luz da CF. Aduziu também que o STF entendeu, no julgamento da ADPF 347 e do RE 592.581, “que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional”. O ministro Lewandowski entendeu ser impossível abrandar a cláusula pétrea referente ao princípio da presunção de inocência (STF, 2016a). Ao invocar os julgamentos da ADPF 347 e do RE 592.581, o ministro observou que nestes há uma análise consequencialista em nível macro, ou seja, relacionada às consequências de tal interpretação para a sociedade, preocupada com as condições precárias observadas no sistema penitenciário nacional. Assim, não se deveria encorajar a prisão após decisão do segundo grau de jurisdição.

Enfim, por maioria, o STF, constituído em Plenário, votou pela denegação do HC. Prevaleceu o entendimento do relator, ministro Teori Zavascki, para quem o princípio da presunção de inocência não demanda que se aguarde o esgotamento de todos os recursos cabíveis, mas somente daqueles que podem tratar de matéria fático-probatória. Entretanto, é de se saber que o provimento dos recursos

de natureza extraordinária tem por consequência evitar a condenação ou a prisão do recorrente.

4.2 O ARE 964.246 – SP e o HC 152.752-PR

No caso do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964.246-SP, cujo relator foi, mais uma vez, o Ministro Teori Zavascki, o STF, por unanimidade, reputou a questão como de natureza constitucional, motivo que conduziu ao entendimento pela repercussão geral da questão suscitada. Quanto ao mérito, entretanto, foram vencidos os votos dos ministros: Celso de Mello; Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Rosa Weber não se manifestou (STF, 2016b, p. 1).

O Ministro Zavascki, recorrendo às razões que já expusera no HC 126.292/SP, dispôs que a presunção de inocência é garantia que detém sentido dinâmico do ponto de vista processual, ou seja, sua “intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal”. Deve-se, assim, levar em consideração as características cabíveis aos Tribunais Superiores no que toca à formação da culpa: sua impossibilidade de revisão do conjunto fático-probatório, e “a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente por habeas corpus”. Concluiu que a dignidade na defesa pelos acusados deve ser considerada e interpretada “a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país” (STF, 2016b, p. 5-6).

O Ministro Zavascki afirmou que o argumento, levantado em sede da ADPF 347, “da existência de um estado de coisas inconstitucional na estrutura carcerária brasileira”, não deve

prevalecer para fundamentar a falta de prisão em condenação em segunda instância. Esse argumento, para Zavascki, não deve levar à consideração de as prisões serem sempre injustas e que, por conseguinte, conduzem às reformas necessárias quando da interposição de recurso especial ou extraordinário. Deve-se levar em consideração, para o relator, as alternativas, quando da observância de condições inapropriadas na execução da pena privativa de liberdade, segundo disposto na Súmula Vinculante 56, a qual permite que, no caso de inexistência de estabelecimento penal inadequado, não se autoriza que se mantenha o “condenado em regime prisional mais gravoso”, mas, ao magistrado, se observam alternativas quando do déficit de vagas no sistema prisional, quais sejam: prisão domiciliar do condenado, ou “concessão de liberação eletronicamente monitorada” (STF, 2016b, p. 31-32).

Já o Ministro Luís Roberto Barroso expressou que a prisão após a decisão condenatória de segundo grau, mesmo antes do trânsito em julgado, é justificada pela conjunção de três fundamentos jurídicos, quais sejam (STF, 2016b, p. 41-42):

i) A CF não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas condiciona a culpabilidade a esse requisito do trânsito em julgado. Assim, o pressuposto que deve estar cumprido, para que ocorra a privação de liberdade, é a existência de ordem escrita e fundamentada da competente autoridade judiciária, ou seja, não se trata de sua irrecorribilidade. Esse entendimento decorre dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da CF;

ii) Como a presunção de inocência não é regra, mas princípio, pode ter sua intensidade regulada, ou seja, ser aplicada mediante intensidade maior ou menor, quando ocorre sua ponderação “com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”. Quando se trata de condenação em segunda instância, resta demonstrada seguramente a responsabilidade penal do réu, estando findada a fase de análise fático-probatória. A partir desse momento, o

peso do princípio da presunção de inocência é minorado enquanto “ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal para a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas”, segundo se depreende do disposto no artigo 5º, *caput* e inciso LXXVIII, e do artigo 144, ambos da CF;

iii) A partir do acórdão penal condenatório em grau de apelação, não se há de falar em outras instâncias ordinárias subsistentes, e, assim, a execução da pena passa a ser, de forma geral, “exigência da ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado nos casos de foro por prerrogativa”.

Após esses argumentos, o Ministro Barroso afirmou que o entendimento que passou a vigor a partir de fevereiro de 2009, com o HC 84.078, mediante o qual não se podia recorrer à execução provisória da pena, teve três consequências danosas em relação ao sistema de justiça criminal: incentivo à interposição interminável de recursos protelatórios, a ocuparem o Poder Judiciário, com consideráveis dispêndios de tempo e recursos; o reforço na “seletividade do sistema penal”, pois a possibilidade ampla de recorrer-se em liberdade era benéfica sobretudo aos réus com mais posses, enquanto aos mais pobres não se concebe condição favorável na contratação de advogados melhores no patrocínio de sua defesa, e o agravamento do “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Esse último efeito, por sua vez, tem relação com o fato de que a espera pelo trânsito em julgado para ocorrência da execução penal ocasionava, não raramente, a “prescrição da pretensão punitiva ou o enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva”, o que resulta em sensação de impunidade, sendo negativa à satisfação dos “objetivos da pena, de prevenção especial e geral” (STF, 2016b, p. 44).

Já no caso do HC 125.752/PR, perpetrado pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o entendimento manteve-se o mesmo do observado nos outros dois casos. Entretanto, interessa observar os argumentos proferidos pela Procuradora Geral da República (PGR), a qual, em seu parecer técnico, afirmou a necessidade de compatibilização entre a CF e o disposto no artigo 283 do CPP, ao invés de este dispositivo condicionar a interpretação constitucional. Segundo esse entendimento, a presunção de inocência não é condicionada pelo trânsito em julgado da condenação (STF, 2018). O *caput* do artigo 283 do CPP, trazido pela PGR, estabelece que “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”, ao longo do procedimento investigativo ou processual, quando da incidência de prisão temporária ou preventiva (BRASIL, 1941).

Em seus argumentos, a PGR afirmou que a jurisprudência do STF teve seu entendimento alterado a partir da decisão do HC 126.292-SP, ao estabelecer a constitucionalidade da execução da pena quando findado o duplo grau de jurisdição, ainda que haja a possibilidade de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, e que esta decisão foi reafirmada em outubro de 2016, quando do julgamento de medidas cautelares no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Após, houve, em dezembro de 2016, julgamento do ARE n. 964.246-SP, ao qual foi reconhecida repercussão geral e, pois, efeito cogente, restando consolidado o novo entendimento do STF (STF, 2018).

Entende a PGR que a execução provisória de pena é constitucional e se compatibiliza com a presunção de inocência, desde que sejam observados alguns requisitos, quais sejam: a condenação observe “o duplo grau de jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal”. Afirma, ademais, que a vedação da execução provisória da pena, observada no artigo 283 do CPP, não é compatível com a CF (STF, 2018).

Um argumento lançado pela PGR contra a alteração do precedente do STF é que a preservação dos precedentes tem o escopo de manter a estabilidade, a unidade e a previsibilidade do sistema jurídico. Nesse contexto, mudanças nos precedentes devem ser supervenientes à ponderação sobre se os benefícios advindos da revogação do precedente são superiores aos custos ocasionados à estabilidade, à unidade e à previsibilidade elencadas. Em último caso, trata-se de assegurar a segurança jurídica (STF, 2018). Esse entendimento está previsto no *caput* do artigo 926 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

Além de alegar que os fundamentos do precedente em questão são socialmente congruentes e coerentes com o disposto na CF e com o princípio da presunção de inocência, a PGR dispõe que revogar o precedente representaria retrocesso triplo, nos seguintes termos: para o sistema de precedentes, o qual quedaria frustrado em sua estabilidade e seriedade, caso revogado em período inferior a um ano de sua publicação; em face da persecução penal nacional, que tornaria a mostrar baixa efetividade, caracterizada pelos vários recursos protelatórios, pela prescrição de penas e longos processos, e quanto à confiança e credibilidade para com a Justiça, voltando-se à sensação de impunidade (STF, 2018).

Esposado o entendimento atual do STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena de prisão após a condenação do réu reafirmada em sede recursal ordinária, sob a interpretação de que isso não fere o princípio da presunção de inocência, garantindo-se, ademais, a efetividade do sistema judiciário penal nacional, deve-se proceder à sua análise.

4.3 Análise do entendimento atual do STF

As decisões do STF pela possibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade na pendência da análise de recursos de natureza extraordinária eventualmente interpostos, trazem à baila os seguintes pontos: i) a conceituação de trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ii) a interpretação dada ao princípio constitucional da presunção do estado de inocência; iii) e a interpretação a ser dada aos direitos e garantias fundamentais.

Primeiramente, é mister que se ratifique que os direitos fundamentais exercem papel de centralidade no ordenamento constitucional brasileiro hodierno, em especial a partir das ideias neoconstitucionalistas. Deve-se, de modo a interpretá-los diante do caso concreto, recorrer-se aos dispositivos hermenêuticos e interpretativos.

É necessário lembrar que a depender do caso e de suas circunstâncias, que conformam o âmbito normativo, pode o texto normativo (programa normativo) ser interpretado, de maneira geral, das mais diversas formas. Isto está em conformidade com as próprias ideias de Müller (2009, p. 150), em sua Teoria Estruturante da Norma.

Quanto aos limites interpretativos a serem observados na tarefa de consecução da norma do caso concreto, importante que se trate do tema da mutação constitucional, a qual, por sua vez, é definida como a interpretação conferida ao texto normativo a resultar em modificação em sua interpretação e seu sentido (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 139).

É de salientar-se que as referidas mutações constitucionais, tal como a incidente sobre a presunção do estado de inocência pelo STF, são limitadas pelos direitos asseguradores de garantias individuais diante de atos estatais abusivos e, pois, limites são colocados já pelo próprio programa normativo do texto bem como pela necessidade de manutenção da proteção dos direitos fundamentais. Isto posto, necessário que se afigure a estabilidade, o que não se confunde com imutabilidade, para observância da segurança jurídica (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 137), tomada em dimensão subjetiva ou objetiva. Naquela, condiz com a proteção e confiança de que os atos estatais respeitem o que está posto, enquanto nesta, há referência à certeza e previsibilidade (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 142).

Nos casos em análise, o próprio STF tinha posicionamento favorável à execução antecipada da pena, de 1988 a 2009, que depois foi modificada pelo HC n. 84.078, julgado em fevereiro de 2009, segundo o qual esse tipo de execução não encontra guarida, uma vez que só após o último recurso processual cabível poderia ocorrer a execução penal, permanecendo essa compreensão até 2016. Mais uma vez, por mutação constitucional, há possibilidade de antecipação da execução da pena pelo HC n. 126.292. Fere-se, nesse contexto, a segurança jurídica, não havendo previsibilidade ou certeza, pelas várias mudanças interpretativas em parco lapso temporal, sobre o verdadeiro limite do direito fundamental em discussão.

É de salientar-se que, se observadas as ideias da influência da tradição, segundo Gadamer, pode-se chegar à conclusão de que deve prevalecer a compreensão da possibilidade de execução da pena de prisão após confirmação da condenação em instância recursal ordinária, pois esta interpretação prevaleceu entre 1988 e 2009, voltando à tona em 2016. Portanto, desde o período do advento da CF até os dias atuais, por cerca de 22 anos foi prevalecente a interpretação ora esposada, enquanto a presunção de inocência foi interpretada em sentido mais amplo por somente 7 anos, durante os

quais não se mostrou permissiva da execução da pena antes do trânsito em julgado do último recurso disponível.

Depreende-se, por outro lado, que os direitos fundamentais necessitam ser assegurados, bem como perquirida a segurança jurídica, a qual está elencada entre os direitos e garantias fundamentais no *caput* do artigo 5º da CF. O programa normativo acaba por assegurar o sentido mínimo do direito nele configurado e, no caso da presunção do estado de inocência, é de presumir-se inocente aquele a quem é imputado um delito até o trânsito em julgado da sentença, ou seja, até que a sentença não possa mais ser modificada por qualquer recurso processual penal.

Ainda que se busque afirmar que o artigo 283 do CPP, quando interpretado à luz do artigo 5º, LVII, da CF, conduz à conclusão de possibilidade da execução provisória da pena, há de se observar que o dispositivo constitucional menciona que não se deve imputar alguém como culpado antes do termo do trânsito em julgado de sentença condenatória penal. Isso é um limite, baseando nas ideias de Friedrich Müller, imposto à construção da norma do caso concreto.

Chega-se ao mesmo efeito pela ideia de Gadamer (PALMER, 1999, p. 169), segundo a qual, na compreensão de um objeto, o sujeito cognoscente deve estar disposto a perceber as questões e manifestações provenientes do próprio objeto a ser compreendido. Afinal, a despeito dos argumentos contrários já expostos quando da apresentação dos casos levados ao STF, se alguém não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença, com igual razão não pode ser punido, pois para que se dê a sanção, requer-se a constatação de sua culpa. Isso deve ser considerado no contexto, apesar do argumento de impossibilidade de análise fático-probatória pelos recursos especial e extraordinário, pois a interpretação dada a um direito ou garantia fundamental deve resguardar, como já exposto, sua otimização, o que também decorre das ideias do garantismo.

Quanto à presunção de inocência, o princípio estabelece-se a partir de uma evidente “opção garantista a favor da tutela da imunidade – e não impunidade – dos inocentes, ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de algum culpável” (MORON; SANTIAGO, 2017, p. 123-124). Ainda que se disponha de argumentos concernentes a valores benéficos à sociedade, como a efetividade da jurisdição penal e da pena imputada diante de um ilícito, a tese garantista de Ferrajoli não permite que se excepcione direito fundamental individual (LIMA; SOTTO-MAYOR, 2015, p. 19-20). Assim, o maior grau de efetividade do princípio da presunção de inocência deve condizer com a proibição de execução provisória da pena, principalmente quando esta for restritiva de liberdade, antes que se esgotem todos os recursos que possam ter por consequência a liberdade de quem é julgado, mesmo que ela não provenha de análise fática, mas de questões meramente meritórias ou processuais.

Por uma análise pautada no consequencialismo, surge preocupação quanto à interpretação menos abrangente de um direito fundamental, tal como o direito a ser considerado culpado somente quando houver sentença penal condenatória transitada em julgado, de modo a estender-se ao macro nível, quando se percebe que os direitos e garantias fundamentais, por ocuparem papel de centralidade na ordem constitucional e em todo o ordenamento jurídico, são socialmente muito relevantes. Por outro lado, pode-se considerar que, com a letargia dos processos criminais, a possibilidade de se recorrer às instâncias superiores como estratégia para evitar a execução da pena pode trazer danos sociais relacionados aos sentimentos de impunidade e insegurança.

Ao serem utilizados os cânones interpretativos, o cânone gramatical demanda que se respeite o significado literal das palavras e expressões. O conceito de *trânsito em julgado de sentença penal condenatória* é visto como *a sentença penal condenatória da qual não cabe mais qualquer recurso que a possa modificar*, que, inclusive, encontra-se cristalizado no § 3º do art. 6º da Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942, modificado pela Lei n. 12.376/2010) e cujo sentido pode decorrer do Código de Processo Civil, como visto. Embora os recursos de natureza extraordinária não possam abordar o contexto fático-normativo, podem evitar o cumprimento da pena, ou seja, o resultado. Dessa forma, não se deve considerar a possibilidade de execução da pena de maneira antecipada, sem que o último recurso tenha sido julgado. A letargia processual e os numerosos recursos processuais disponíveis não são argumentos suficientes para prejudicar o réu, que não pode ter seus direitos feridos em decorrência de qualquer falha legislativa ou prestação inadequada de serviços estatais, em obediência mesmo ao princípio do *in dubio pro reo*.

Pelo método histórico-indutivo, percebe-se o papel de prevalência dos princípios e de salvaguarda aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na CF, de modo que a eles deve ser dada interpretação que melhor lhes assegure o conteúdo, devendo, assim, prevalecer a interpretação mais extensa e garantidora da presunção do estado de inocência. Já pelo método sistemático, observa-se que o direito à presunção do estado de inocência está inserido em contexto que veda a deliberação de qualquer emenda constitucional que tenda “a abolir os direitos e garantias fundamentais” (art. 60, § 4º, inc. IV, CF), além de prever a aplicação imediata das “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, § 1º, CF). Dada a importância dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, não se deve relativizar qualquer deles, tal como ocorre com a presunção de inocência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção do estado de inocência, por estar no rol dos direitos e garantias fundamentais, demanda interpretação que melhor lhe assegure; de outro lado, fazendo-lhe contraponto, há o argumento da necessidade da prestação jurisdicional eficaz. Resta claro, ademais, que embora os recursos especial e extraordinário não possam abordar questões fático-probatórias, a procedência deles pode reformar a sentença condenatória, salvaguardando o acusado de uma punição, seja em razões de questões materiais ou processuais, como o reconhecimento de uma irregularidade grave no processo que leve à imposição de uma sanção de nulidade.

Não se pode considerar interpretação plausível diferente da que percebe que o princípio de presunção de inocência se estende até o último recurso cabível, ainda que não se possa discutir matéria fático-probatória. Sob a perspectiva da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, com a interpretação vinculada às questões inerentes ao objeto observado, ou ainda sob a perspectiva de Friedrich Müller de ser necessário que se observem os limites interpretativos do texto normativo ainda que a norma seja constituída no caso concreto, não se deve relativizar o princípio da presunção de inocência tal como procedeu o STF no julgamento do HC n. 126.292-SP, repetindo esse entendimento em outras circunstâncias.

Ainda em desacordo com a possibilidade de execução antecipada da pena condenatória, uma análise consequencialista pode ser realizada. Em relação às consequências reais em micro nível, o direito fundamental de julgar-se pela não culpabilidade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória restaria ferido quando da execução antecipada da pena e, junto a ele, o direito à liberdade percebido sob o mais amplo espectro; em macro nível, as

consequências reais são mais danosas que benéficas, afinal o ferimento a um direito fundamental, e, pois, ao núcleo mais relevante da Constituição Federal, apresenta-se socialmente mais grave do que o sentimento de impunidade e de falta de prestação jurisdicional. Ademais, não cabe a utilização, pelo STF, de argumentos essencialmente políticos. No mesmo sentido, o garantismo impõe que se deva interpretar um direito fundamental de maneira a conceder-lhe máxima efetividade.

Por conseguinte, a interpretação deve permitir que a presunção do estado de inocência seja garantida de forma ampla e, nesse diapasão, não se há de falar em trânsito em julgado de sentença antes de observada a possibilidade do último recurso cabível.

Data de Submissão: 11/05/2018

Data de Aprovação: 06/04/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa De Mesquita Batista

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105/2015**, Brasília, DF, Senado, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689/1941**, Brasília, DF, Senado, 1941

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 152.752 Paraná**. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 abr. 2018.

Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 07 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso**

Extraordinário com Agravo 964.246 São Paulo. Relator:

Ministro Teori Zavascki, 10 nov. 2016. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 07 maio 2018.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos Direitos Humanos e sua relação com os Direitos Fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos Direitos Humanos. **Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2012. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n2/v8n2a13>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência.

Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 136-146, maio/ago. 2015.

Disponível em:

<<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. **Informativo Jurídico da**

Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v.12, n.2, p. 161-196, jul./dez. 2000. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/365/327>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones constitucionales**, Distrito Federal, n.15, jul./dez. 2006, p. 113-136.

Tradução de Miguel Carbonell. Disponível em:

<<http://www.redalyc.org/pdf/885/88501505.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, v.1. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Vasconcelos. Análise pragmática das decisões judiciais finais do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas em *Habeas Corpus*: opções metodológicas e tratamento conferido ao material de pesquisa. **Prim@ Facie**, v. 14, n. 27, p. 1-31, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/20080/15425>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Springer Netherlands, 2012. p. 3-29.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORON, Eduardo Daniel Lazarte; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Ativismo judicial, presunção do estado de inocência e execução provisória da pena: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 126.292/SP e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44. **Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas**, v. 17, n. 29, p. 121-137, 2017. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2227/1072>. Acesso em: 18 mar. 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 2.ed. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Alvares de; VACCARO, Stefania Becattini. Neoconstitucionalismo e estado democrático de direito. **Ius Gentium**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 189-210, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/370/294>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999.

SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF. **Direitos**

Fundamentais e Democracia, v. 23, n. 2, p. 53-74, maio/ago.2018. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/articled/view/1121/544>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SILVA, Roberto Carlos Rocha da. O mundo do ser o mundo do dever-ser: diferenciação entre texto e norma sob o enfoque da nova hermenêutica constitucional. In: DINIZ, Juliana (coord.), MATOS, Rômulo Richard Sales; MELO, Silvana Paula Martins de (org). **Democracia e Jurisdição constitucional**: estudos de interpretação da constituição. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 147-164.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, economia e desenvolvimento**: revista eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n.4, p. 9-27, jan./jun.2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf#page=8>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Hermeneutic, guaranteeism and relativized presumption of the status of innocence: the positioning of Brazilian Supreme Court from Habeas Corpus n. 126.292-SP on

Humberto Cardoso Pinto

Eduardo Rocha Dias

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Abstract: The presumption of innocence is described in article 5th, number LVII, in Brazil's Federal Constitution, among fundamental rights and guarantees, with a relevant role in Brazilian constitutional order. According to the textual meaning of the provision, only when a penal sentence is definitive it is possible to consider someone guilty. Nevertheless, Brazilian Supreme Court, when deciding Habeas Corpus n. 126.292-SP, understood, by majority, that upon conclusion of trial by an appellate court, of immediate higher hierarchy from the judicial court that uttered the condemnatory criminal sentence, the execution of the penalty may be initiated, because in judicial appeals of extraordinary nature there are not discussions of facts, only law discussions. The problem to be answered is whether the constitutional rule over the presumption of the status of innocence allows the provisional execution of penalty even on the possibility of judgement of judicial appeals of extraordinary nature. The main objective is to answer which interpretation should prevail over the limit of maintenance of principle of presumption of innocence status. The research is bibliographical because it is based upon books, scientific articles and decisions from the Supreme Court upon the mentioned habeas corpus and provisions of Brazilian Federal Constitution of 1988. Based on its objectives, it is an exploratory research, as it seeks the improvement of the discussion about presumption of innocence by analyzing the mentioned habeas corpus.

Keywords: Presumption of the status of innocence. Definitive Judgement. Hermeneutic. Guaranteeism. Brazilian Supreme Court.