

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Escola de Direito, Turismo e Museologia
Departamento de Direito

Yan Lucas Martins Amorim

**PROCESSO PENAL EM TRANSE:
presunção de inocência, limites e desafios.**

Ouro Preto
2019

Yan Lucas Martins Amorim

**PROCESSO PENAL EM TRANSE:
presunção de inocência, limites e desafios.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Henrique Manuel da Costa.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Ouro Preto

2019

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

A524p Amorim, Yan Lucas Martins .
Processo Penal em transe [manuscrito]: presunção de inocência, limites e desafios. / Yan Lucas Martins Amorim. . - 2019.
74 f.

Orientador: Prof. Me. Luiz Henrique Manuel da Costa.
Monografia (Bacharelado). Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia.

1. Prisão preventiva. 2. Legalidade (Direito). 3. Legitimidade (Direito). 4. Prisão (Direito penal). 5. Processo penal - Habeas-corpus 84.078/MG. 6. Processo penal - Habeas Corpus 126.292/SP. 7. Processo penal - Habeas Corpus 152.752/PR. 8. Direito constitucional - Ação declaratória de constitucionalidade nº: 43, 44 e 54. I. , . II. Costa, Luiz Henrique Manuel da. III. Universidade Federal de Ouro Preto. IV. Título.

CDU 343.1

Bibliotecário(a) Responsável: Maristela Sanches Lima Mesquita - CRB:1716



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**FOLHA DE APROVAÇÃO****Nome do autor**

YAN LUCAS MARTINS AMORIM

Título do trabalho**PROCESSO PENAL EM TRANSE: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, LIMITES E DESAFIOS**

Membros da banca

PROFESSOR LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA - Especialista - UFOP
PROFESSORA BEATRIZ SCHETTINI - Doutora - UFOP
PROFESSOR ROBERTO HENRIQUE PÔRTO NOGUEIRA - Doutor - UFOP

Versão final

Aprovado em 11 de dezembro de 2019.

De acordo

LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA
Professor (a) Orientador (a)



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Henrique Manoel da Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 12/12/2019, às 19:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0028009** e o código CRC **C6C28886**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.203945/2019-97

SEI nº 0028009

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

*Dedico esse trabalho aos esforços incomensuráveis de meus pais, Eustáquio de
Oliveira Amorim e Michele Rita Rosa Martins.
Ao amor da minha vida, que me abençoara com seus beijos, à minha terna e sempre
companheira, Natália Oliveira Barros.
À saudosa memória de minha avó Claudina de Oliveira Duarte Amorim.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Deus de meus antepassados, Abraham, Isaac e Ya'aqov, louvado seja o Eterno, no nome de seu filho Jesus, por seu sacrifício na cruz. Honras à casa de Alfredo Araújo Lopes da Costa pela maioria da minha formação (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), como se diz nas terras onde “canta o sabiá”: *Lex Tua Veritas!*

Também tenho em conta de agradecimentos, os professores da Universidade Federal de Ouro Preto, por toda a aprendizagem e ajuda, sobretudo na pessoa de meu Professor Orientador, Luiz Henrique Manuel da Costa, que com candura e argúcia orientou-me no empreendimento desse trabalho monográfico.

Agradeço ao meu pai, Eustáquio de Oliveira Amorim, por toda ajuda e sacrifícios financeiros com que arcou meus estudos, ao longo desses 7 (sete) longos anos de curso de Direito. De igual modo, não poderia esquecer-me das inúmeras vezes com que minha mãe, Michele Rita Rosa Martins, se empenhou em assistir-me. Registro assim, meus mais profundos reconhecimentos.

Não poderia deixar de citar toda ajuda moral e o carinho com que a Srta. Natália Oliveira Barros me cumulou ao longo desses 5 (cinco) anos em que estamos juntos. Obrigado abelhinha, foste luz ainda que de candeia na minha noite mais escura. Não poderia também, deixar de agradecer ao amigo Júnior Araújo por todo apoio e amizade.

Enfim, em vias de diplomar-me Bacharel em Direito, registro agradecimentos a todos que de maneira direta ou indireta me auxiliaram ao longo desses anos. Encerro esses agradecimentos com as palavras de Fernando Sabino - *“De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que ele estava sempre começando, a certeza de que era preciso continuar e a certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sonho uma ponte, da procura um encontro”*.

Obrigado.

“Juris Praecepta Sunt haec: Honestè Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere”*

Ulpiano.

**(Tais são os preceitos do Direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence).*

RESUMO

Ao completar 31 (trinta e um) anos da promulgação de nossa Constituição, enfrentaremos um dos temas mais atuais e caros à República Brasileira – “A execução da pena privativa de liberdade somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, seria essa uma interpretação constitucional e legítima?”. Eis que o Supremo Tribunal Federal foi mudando paulatinamente sua jurisprudência. Em um primeiro momento, assentou entendimento no ano de 2009 de que o réu somente poderia ser levado a prisão, após sentença penal condenatória transitado em julgado (HC 8.078/MG). Esse quadro mudaria com o julgamento do HC 126.292/SP, em que se permitia a execução provisória da pena após segundo grau de jurisdição. Para tanto, firmou-se naquela época a Tese Tema nº 925, fixado pela Corte em 10 de novembro de 2016 que apregoava: “A execução Provisória de Sentença Penal Condenatória proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição”. Entretanto, no ano de 2019 o tema ganhou novo relevo, sendo julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade sob os números: 43, 44 e 54 que pleiteavam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal: “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”. Buscava-se desse modo, a retomada do entendimento esposado no ano de 2009, qual seja, a aplicação literal do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 - o cumprimento da pena privativa de liberdade somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, por apertada votação, 6 votos contra a prisão e 5 a favor, o Supremo Tribunal Federal retorna no ano de 2019 ao entendimento encampado no ano de 2009, todavia agora, com eficácia vinculante e efeito erga omnes, apontando que o cumprimento da pena privativa de liberdade somente pode ocorrer em face de sentença penal condenatória transitada em julgado. Em um país que conta com uma multiplicidade de recursos que podem ser usados para procrastinar a prisão, seria essa uma interpretação sensata?, Seria legítimo e constitucional o recente entendimento encampado pelo Supremo Tribunal Federal?.

O trabalho em testilha procurará, pois, analisar os julgados, as doutrinas e, sobretudo os argumentos encapados no julgamento do HC 8.078/MG, HC 126.292/SP, HC 152.752/PR e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números: 43, 44 e 54, buscando aferir se a vedação à prisão sem estabilidade da coisa julgada é legítima e constitucional.

Palavras-chave: Prisão Provisória. Legalidade. Legitimidade. Prisão após segundo grau de jurisdição. Habeas Corpus 84.078/MG, 126.292/SP e HC 152.752/PR. ADC's de nº: 43, 44 e 54.

RESUMEN

Al completar treinta años de la promulgación de nuestra Constitución, enfrentaremos uno de los temas más actuales y caros a la República Brasileña: "¿ La ejecución de la pena privativa de libertad solo puede ejecutarse después del juicio final de la decisión penal condenatória?, ¿es esta una interpretación constitucional y legítima?". He aquí, la Corte Suprema Federal cambió gradualmente su jurisprudência. Al principio, se entendió en 2009 que el acusado solo podía ser llevado a la cárcel después de que se dictó una sentencia final (HC 8.078 / MG). Esta situación cambiaría con la sentencia de lo HC 126.292/SP, que permitió la ejecución provisional de la sentencia después de un segundo grado de jurisdicción. Para este fin, el tema de tesis nº. 925, emitido por la Corte en 10 de noviembre de 2016, que declaró: "La ejecución provisional de la Sentencia Penal dictada en una apelación, incluso si está sujeta a una apelación especial o extraordinaria, no compromete el principio constitucional de la presunción de inocencia por el artículo 5, inc.LVII, de la Constitución ". Sin embargo, en 2019 el tema ganó nueva prominencia, siendo juzgado las Acciones Declaratorias de Constitucionalidad bajo los números: 43, 44 y 54 que reclamaban la declaración de constitucionalidad del artículo 283 del Código de Procedimiento Penal: "Nadie será arrestado excepto en el acto de cometer un delito o por orden escrita razonada de la autoridad judicial competente, como resultado de una sentencia que se ha convertido en una sentencia definitiva o, en el curso de una investigación o procedimiento, como resultado de la detención temporal o previa al juicio ". Así, se buscó la reanudación de la comprensión expuesta en 2009, es decir, la aplicación literal del ítem LVII del artículo 5 de la Constitución Federal de 1988: la pena de privación de libertad solo puede ocurrir después de la sentencia final de la condenación penal. En el juicio de las Acciones Declaratoria de constitucionalidad, por voto estrecho, 6 votos contra la prisión y 5 a favor, la Corte Suprema Federal regresa en 2019 al entendimiento asumido en 2009, pero ahora, con efectividad vinculante y efecto erga omnes, señalando que la ejecución de la pena privativa de libertad solo puede ocurrir frente a una sentencia final. En un país que tiene una gran cantidad de recursos que se pueden utilizar para postergar la prisión, ¿sería esto una interpretación sensata? ¿Sería legítimo y constitucional el reciente entendimiento sostenido por la Corte Suprema Federal? Por lo tanto, el trabajo en los testículos buscará analizar los juzgados, las doctrinas y, sobre todo, los argumentos basados en el juicio de HC 8.078 / MG, HC

126.292 / SP, HC 1522.752 / PR y los numeros de acciones declarativas de constitucionalidad: 43, 44 y 54, buscando evaluar si la prohibición de encarcelamiento sin estabilidad de la cosa juzgada es legítima y constitucional.

Palabras clave: Prisión provisional. Legalidad. Legitimidad. Prisión después del segundo grado de jurisdicción. Habeas Corpus 84.078/MG, 126.292/SP y HC 1522.752/PR. ADC's n°: 43 44 y 54.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRACRIM	Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas
ADC's	Ações Declaratórias de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
Art.	Artigo
BNMP	Banco Nacional de Monitoramento de Prisões
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DEDIR	Departamento de Direito
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Dje	Diário do Judiciário eletrônico
Dr.	Doutor
IADP	Instituto Ibero Americano de Direito Público
IASP	Instituto dos Advogados de São Paulo
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IGP	Instituto de Garantias Penais
HC	Habeas Corpus
MC	Medida Cautelar
MG	Minas Gerais
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PEN	Partido Nacional Ecológico
PR	Paraná
Prof.	Professor
RE	Recurso Especial
REX	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

TJ-AM	Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
TJ-MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TRF	Tribunal Regional Federal
UFOP	Universidade Federal de Ouro Preto

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUAS RAÍZES HISTÓRICAS	21
3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DE SUA CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA E EFICÁCIA LEGAL	24
4 DAS OSCILAÇÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	28
5 DA ILEGITIMIDADE DO ENTENDIMENTO DO HC 126.292/SP	45
6 DA HIGIDEZ JURÍDICA DA DECISÃO DAS ADC'S 43,44 E 54.....	59
7 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CELERIDADE PROCESSUAL	64
8 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso visa empreender uma análise dogmática e jus filosófica acerca da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em face do cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, após decreto condenatório no segundo grau de jurisdição.

Com efeito, é possível observar uma mudança paulatina de decisões do STF, isto porque, até o ano de 2009 assentou-se ser possível a decretação de prisão privativa de liberdade, após decisão condenatória no segundo grau de jurisdição, mesmo que pendente Recurso Especial e/ou Extraordinário.

Esse quadro de entendimento veio a mudar quando da impetração do habeas corpus 8.078/MG de relatoria do Ministro Eros Grau¹. A decisão desse writ veio a formar um leading case que passou a esposar o entendimento de que somente poderia ser executada pena privativa de liberdade quando houvesse uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Posteriormente, no ano de 2016, com a renovação dos membros da Corte, foi impetrado no STF o habeas corpus 126.292/SP de relatoria do Ministro Teori Zavascki². Nessa ocasião, quando de seu julgamento, foi encetado um novo entendimento consubstanciado na Tese Tema nº 925, fixado pelo Tribunal em 10 de novembro de 2016 que apregoava: *“A execução Provisória de Sentença Penal Condenatória proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição”*.

Desde então, era possível o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, mesmo que a sentença penal condenatória padecesse da coisa julgada material e houvesse Recurso Especial e/ou Extraordinário interposto.

Nesse sentido, o STF assinalava um novo paradigma, acenava assim para a possibilidade do cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, após sucumbência no segundo grau de jurisdição e não pela sua obrigatoriedade.

¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Último acesso em 06 de dezembro de 2019.

² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Último acesso em 06 de dezembro de 2019.

Ocorre que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ante essa decisão paradigmática, editou a súmula sob nº 122 que determinava a obrigatoriedade de imediato cumprimento da pena privativa de liberdade quando formada a culpa no segundo grau de jurisdição: *“Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”*.

A higidez dessa súmula foi frontalmente atacada no HC 152.752/PR de relatoria do Ministro Edson Fachin. Nesse *writ*, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pugnava por responder ao seu processo em liberdade até que se decidisse as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números: 43, 44 e 54. No mérito, o pedido não foi acolhido, todavia como veremos, o julgamento do habeas corpus carrou valiosas lições de Direito esboçadas nos votos dos ministros de linha mais garantista.

Por fim, no dia 17 de outubro, o Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou o julgamento das ADC's. As Ações Diretas de Constitucionalidade de números 43 e 44 foram propostas em maio de 2016, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (atual Patriotas), e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Posteriormente, em abril de 2018, veio a ADC 54, proposta pelo Partido Comunista do Brasil³.

O julgamento das ADC's terminou em 07 de novembro de 2019 em um apertado placar, seis votos contra a prisão após segunda instância e cinco votos a favor. O ministro relator, Marco Aurélio Mello, votou no sentido de dar provimento às ADC's para declarar que o artigo 283 do CPP é compatível com o inciso LVII do artigo 5º da Constituição: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Foi acompanhado por Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli.

Desse modo, foi erigido o entendimento de que somente seria possível o cumprimento da pena privativa de liberdade, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Volta-se então, ao entendimento esboçado na decisão do HC. 8.078/MG. Todavia agora, com novas nuances, haja visto que a decisão possui eficácia vinculante e efeito erga omnes.

³ Por DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo e MUNERATTI, Rafael. **Execução antecipada da pena – A profecia que se autocumpre. Análises mostram que obtemos alterações das condenações impostas em acórdãos de 2º grau, no STJ e no STF.** Postado em: 20 de outubro de 2019 às 11h e 16 minutos. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-antecipada-da-pena-a-profecia-que-se-autocumpre-22102019> >. Última consulta em 8 de novembro de 2019.

Nessa assentada, inaugurou a divergência o ministro Alexandre de Moraes, no que foi seguido por Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia⁴.

Assim sendo, procuraremos analisar a evolução da jurisprudência nos tribunais superiores, sobretudo no Supremo Tribunal Federal acerca do cumprimento da pena privativa de liberdade quando o réu é sucumbente no segundo grau de jurisdição e pendente Recurso Especial e/ou Extraordinário. De igual modo, verificaremos se há legitimidade e legalidade no atual entendimento encampado pelo Supremo Tribunal Federal comparando-o com o paradigma anterior (HC 126.292/SP).

Outrossim, analisaremos as decisões dos ministros do STF à luz das ponderações da teoria pura do direito de Hans Kelsen e da teoria discursiva de Jürgen Habermas, autores de elevada importância no campo jus filosófico.

Ponderaremos se o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF/1988) encontra-se em colisão com o princípio da efetividade ou duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/1988).

Por ora, temos por hipótese que a decisão esboçada no HC 126.292/SP, aplicável até o dia 06 de novembro de 2019, padece de legalidade e legitimidade ao passo que a novel decisão do Supremo Tribunal Federal encampada no julgamento das ADC's 43,44 e 54 suprem os requisitos da higidez jurídica.

O tema tratado nessa monografia é de notável relevo haja visto que segundo estudo divulgado pelo Banco de Monitoramento de Prisões, do CNJ, atualmente, a população carcerária do Brasil possui 812.564 pessoas presas. A taxa de crescimento da população carcerária, segundo o Departamento Penitenciário Nacional é de 8,3% ao ano.

Possuímos a terceira população carcerária do mundo e quase metade dos detentos, cerca de 41,5% das 812 mil pessoas presas ainda não foi julgada. Atualmente, há 337 mil pessoas detidas provisoriamente⁵.

Como aponta o doutrinador Rogerio Schietti Cruz:

⁴ POMPEU, Ana, FREITAS, Hyndara e CARNEIRO, Luiz Orlando. **Supremo derruba a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância. Com a decisão, a Corte volta a negar execução provisória da pena, entendimento que vigorou de 2009 a 2016.** Postado em: 07 de novembro de 2019 às 21h e 42 minutos. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/do-supremo/supremo-derruba-a-possibilidade-de-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia-07112019> > Última consulta em 08 de novembro de 2019.

⁵ Por Paloma Vasconcelos. **Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo.** 19 de julho de 2019. Disponível em: <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Última consulta em 08 de agosto de 2019.

[...] A prisão cautelar é, sem dúvida, a instituição mais angustiante de toda a persecução penal, drama que se acentua pela excessiva duração dos processos e pela não rara deficiente fundamentação das decisões judiciais que suprimem a liberdade humana. Tal realidade contribui para incrementar a aflição de quem lida com a liberdade humana, cuja supressão, pela ótica do acusado, ou manutenção, pela ótica de quem sofreu a ação criminosa, impõe seja precedida de criteriosa e responsável avaliação pelos profissionais do direito (juízes, promotores de justiça, advogados, delegados de polícia) [...]⁶.

Em um Estado Democrático de Direito, na perspectiva neo-constitucional, é no campo, sobretudo do Poder Judiciário, que a luta pela construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária ocorrerá, afinal, é esse o espaço para a tutela da lesão ou ameaça de lesão a direitos. Nessa perspectiva, o Direito Processual Penal possuiu papel fulcral diante de uma sociedade com elevado índice de encarceramento, onde não raras às vezes, as garantias constitucionais são olvidadas em prol da promoção de um direito penal do espetáculo e da celeridade e efetividade do processo penal.

Há que se ter em mente que os crimes devem ser solucionados e seus autores responsabilizados, afinal, é o Estado o único detentor do uso legítimo da força.

Como aponta Hans Kelsen, os governos humanos estão submetidos à Lei, produção do povo representado nas democracias modernas por seus parlamentares.

Logo, o Estado se autolimita, isto é, cria regras a fim de aplicar o direito penal. Nesse diapasão, como cediço, o Código Penal Brasileiro e o Código de Processo Penal são normas infraconstucionais e, em um sistema jurídico, devem ser interpretados segundo a teleologia constitucional e não segundo o entendimento de magistrados comprometidos com o pragmatismo jurídico e a jurisprudência de valores.

Isto posto, é de bom alvitre trazer à baila as afirmações do magistério de Sepulveda Pertence que declarou:

[...] são primorosas a análise crítica da legislação processual ordinária e da sua aplicação desatenta às garantias fundamentais e a reconstrução dogmática do instituto da prisão cautelar, a partir, como se impunha, dos grandes princípios constitucionais incidentes. São antológicas, por exemplo, as páginas atinentes à interferência na matéria do princípio da proporcionalidade, visando possibilitar a convivência da presunção

⁶ SCHIETTI CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar – Dramas, princípios e desafios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/loja/item/prisao-cautelar-dramas-principios-alternativas-2017>> .Consultado às 19:39 de 09 de outubro de 2

constitucional da não-culpabilidade com a prisão processual, desde que adequada, necessária e estritamente proporcionada.⁷

Todavia, não muito recentemente, as garantias, como a da presunção de inocência, foram desrespeitadas e utilizadas ao alvedrio de muitos operadores do direito, sobretudo nos casos de grande repercussão nacional como o fora a Operação Lava Jato. O processo criminal estava assim, padecendo de racionalidade comunicativa, servindo a fins que o tornava ilegal e ilegítimo.

Como aponta o jurista Saul Tourinho Leal ante o paradigma erigido pelo HC 126.292/SP, citando o jurista Min. Teori Zavascki:

[...] É preciso recordar o caminho. Em 10/11/2016, o Supremo, pelo Plenário Virtual, reconheceu a repercussão geral da questão relativa à legitimidade da execução provisória de sentença condenatória criminal fixando a seguinte tese do Tema 925: "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 art. 5º, LVII, da Constituição ⁸.

E emenda o doutrinador:

[...] Tudo gira em torno da interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição, que diz: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". É o princípio da presunção de não culpabilidade. Acontece que o Supremo não aprovou, após a definição da tese do Tema 925 da repercussão geral e dos precedentes que se seguiram, uma súmula vinculante para conferir efeitos erga omnes e eficácia vinculante à posição. Posição que diz: "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 art. 5º, LVII, da Constituição [...] ⁹.

Nesse aspecto de desvirtuamento da estável burocracia estatal, dá-se o fenômeno da construção de um Poder Judiciário cuja personalidade organizacional se enrijece na promoção de magistrados que punam e encarcerem ao completo descaso com as garantias da Constituição de 1988, afinal se assim não o fizerem não serão promovidos ou não figurarão nas maiores manchetes do país.

⁷ SCHIETTI CRUZ, Rogério. **Prisão Cautelar – Dramas, princípios e desafios**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/loja/item/prisao-cautelar-dramas-principios-alternativas-2017> .Consultado às 19:39 de 09 de outubro de 2018.

⁸ LEAL, Saul Tourinho. **Prisão em Segunda Instância: A Hora do STF**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/ConversaConstitucional/113.MI_277547,91041-Prisao+em+segunda+instancia+A+hora+do+STF. Última consulta às 19:39 de 09 de outubro de 2018.

⁹ *Idem*

O quadro é tão grave que teóricos como Boaventura de Souza Santos, chega a tratar o judiciário como assunto de uma “grande caixa preta”¹⁰, pois em face do Poder Judiciário os descumprimentos das legislações não são averiguados, sobretudo em um país de fortes tradições patrimonialistas como o Brasil.

Ademais, nas faculdades e nos ensinamentos dos órgãos públicos os agentes estatais são compelidos a seguirem uma rígida e cega cultura organizacional que vão fatalmente de encontro à Justiça e ao Direito. O sociólogo português resume com maestria o atual quadro de influência dos portentosos meios de comunicação e a produção judicial brasileira:

[...] A Operação Lava Jato, em si mesma uma operação extremamente meritória, foi o instrumento utilizado. Contando com a cultura jurídica conservadora dominante no sistema judicial, nas Faculdades de Direito e no país em geral, e com uma arma mediática de alta potência e precisão, o bloco conservador tudo fez para desvirtuar a Operação Lava Jato, desviando-a dos seus objetivos judiciais, em si mesmos fundamentais para o aprofundamento democrático, e convertendo-a numa operação de extermínio político [...] ¹¹.

E emenda Boaventura de Souza Santos:

[...] O desvirtuamento consistiu em manter a fachada institucional da Operação Lava Jato, mas alterando profundamente a estrutura funcional que a animava por via da sobreposição da lógica política à lógica judicial. Enquanto a lógica judicial assenta na coerência entre meios e fins ditada pelas regras processuais e as garantias constitucionais, a lógica política, quando animada pela pulsão antidemocrática, subordina os fins aos meios, e é pelo grau dessa subordinação que define a sua eficácia [...] ¹².

Há nesse processo de açodamento encarcerador, encampado sobretudo, pelo paradigma erigido com o julgamento do HC 126.292/SP, um verdadeiro desvirtuamento da perspectiva weberiana de burocracia, isto porque, o Estado passa a vilipendiar suas próprias regras em prol da satisfação da população brasileira.

Todavia em 07 de novembro de 2019, novos ventos chegaram às terras tupiniquins, quando do julgamento das ADC's 43, 44 e 54. Nesse juízo se estampou novo entendimento. Agora o cumprimento da pena privativa de liberdade passava a depender de sentença penal condenatória transitada em julgado. A decisão possui eficácia vinculante e efeito *erga omnes*.

¹⁰ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Brasil: a democracia à beira do caos e os perigos da desordem jurídica**. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/>, acesso em 26 de março de 2016.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

Sublinha-se que o condicionamento da execução de uma pena criminal ao trânsito em julgado da decisão condenatória não é exclusividade do direito brasileiro, sendo certo que está igualmente consagrado no art. 27 da Constituição da Itália e art. 32 da Constituição de Portugal.

Conforme nota do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 4,8 mil presos no Brasil seriam afetados com a alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Os dados são do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), que é do próprio conselho¹³.

Temos assim, três marcos de entendimento, são eles oriundos do HC 8.078/MG, dos Julgamentos do HC 126.292/SP e HC 152.752/PR, bem como da decisão oriunda do julgamento das ADC's de número 43, 44 e 54.

Ab initio, passaremos a análise da evolução histórica do princípio da presunção de inocência, em seguida ponderaremos sobre sua classificação normativa e eficácia legal. Em um terceiro momento, indagaremos acerca das oscilações jurisprudenciais do cumprimento provisório da pena privativa de liberdade.

Superada essa fase, abordaremos a ilegitimidade encampada pela jurisprudência oriunda do HC 126.292/SP, percorrendo suas implicações no julgamento do HC 152.752/PR. Por fim será analisada a decisão das ADC's 43, 44 e 54 e a possível colisão do princípio da presunção de inocência em face da efetividade e duração razoável do processo.

Isto posto, o autor deseja a todos uma boa leitura

¹³ Por G1 — Brasília. 16/10/2019 às 11h37. **CNJ diz que decisão do STF sobre segunda instância beneficiaria 4,8 mil, e não 190 mil presos**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/16/cnj-diz-que-decisao-do-stf-sobre-segunda-instancia-beneficiaria-48-mil-e-nao-190-mil-presos.ghtml>> Última Consulta às 18h e 23 min de 19 de outubro de 2019.

2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUAS RAÍZES HISTÓRICAS

A presunção de inocência é o princípio penal constitucional inserto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, em que se apregoa que ninguém pode ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito, senão após ter sido como tal, julgado pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa e trânsito em julgado da decisão penal condenatória¹⁴. Trata-se de uma garantia individual fundamental e inafastável, corolário lógico do Estado Democrático de Direito.

A norma em questão já fazia parte das ilações jurídicas da antiga Roma. O princípio pode ser encontrado no “Digesta” em termo latino: *“Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat”* (àquele que disse e não ao que nega, incumbe à prova).

Posteriormente, encontraremos na Inglaterra, com o advento da Magna Carta, imposição dos barões ingleses ao Rei João sem Terra em 1.215, em dicção do artigo 28 que, *“nenhum homem livre seria preso ou punido sem antes a questão ser avaliada pelo sistema jurídico”*. Para Evander Silva¹⁵, com o passar dos anos, a expressão *“homem livre”* foi substituída por *“ninguém”*, para que realmente todos os indivíduos fossem incluídos.

Com efeito, diplomas jurídicos ulteriores e de grande relevo internacional já traziam em suas prescrições o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade. Assim se percebe da leitura do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, este apregoando que: *“todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”*.

Por sua vez, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril do mesmo ano estabeleceu no seu art. 26:

que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2002, página 475.

¹⁵ SILVA, Evander de Oliveira. **A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal/2>>. Publicado em 11/2014. Última consulta em 08 de agosto de 2019.

Em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que delinea os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas. Este documento, fortemente influenciado pelo pós-guerra, passou a prescrever no Artigo XI. 1. que,

todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

No Direito pátrio, o Princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência encontrou amparo desde a primeira Constituição. Em 1824 já se ventilava no art. 179, inciso VIII, da Carta Política que: *“ninguém poderá ser preso sem culpa formada”*. Igualmente, a Constituição de 1891 previa que, *“ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nela detido, sem prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir”* (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

A Constituição de 1934 restou silente em face da previsão do Princípio em comento. Todavia, o mesmo já encontrava novo e breve amparo na Constituição de 1937 no seu artigo 11, que por ato despótico foi suspenso pelo Decreto nº 10.538 de 1942.

Já a Constituição de 1946 consagra garantias processuais no artigo 141, §25, mas sem fazer menção ao princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, o mesmo ocorreu com as Constituições de 1967/1969. Somente com a redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição de 1988 que se estabelece no art. 5º, inciso LVII que – *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Como assevera André Ramos Tavares¹⁶, o Princípio da não-culpabilidade ou presunção da inocência não se circunscreve somente ao âmbito processual penal, mas alcança também o âmbito extraprocessual. Ao indivíduo é garantido o não tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. Portanto, a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem

¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2002, página 476.

considerar culpado aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional.

Segundo dados atualizados do Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça, atualmente a população carcerária do Brasil possui 812.564 pessoas presas. A taxa de crescimento da população carcerária, segundo o Departamento Penitenciário Nacional é de 8,3% ao ano.

Quase metade da população carcerária, cerca de 41,5% das 812 mil pessoas presas ainda não foi julgada. Atualmente, há 337 mil pessoas presas provisoriamente¹⁷.

As indagações que faremos ao longo desse estudo abarcam a legalidade e a legitimidade do cumprimento provisório da sentença penal condenatória proferido em grau recursal, ainda que sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário, tema encampado no HC 126.292/SP que implicou na Tese nº 925 do Supremo Tribunal Federal e súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça. Compararemos este entendimento com a nova decisão do STF no julgamento das ADC's 43, 44 e 54.

Afinal, o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade após julgamento em segunda instância tende a ser, supostamente, afrontoso ao Princípio da presunção de inocência.

¹⁷ Por Paloma Vasconcelos. **Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo**. 19 de julho de 2019. Disponível em: <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>.Última consulta em 08 de agosto de 2019.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DE SUA CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA E EFICÁCIA LEGAL

Primeiramente faz-se necessário estabelecer a utilização do termo Princípio da presunção de inocência em detrimento da “não-culpabilidade”, isto porque, conforme nos assevera o professor José Boanerges Meira¹⁸, o termo, “não culpabilidade”, como a condição a priori do cidadão para evitar associação ao fascismo, regime em que a expressão foi empregada pejorativamente, em sinal de desdém à manutenção das garantias fundamentais do cidadão, retiradas pelo Estado fascista. Lado outro, a presunção de inocência lança raízes históricas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, recentemente na Convenção Europeia de proteção dos direitos do homem e do cidadão.

Como bem aponta o doutrinador, na Itália de Mussolini, no auge do regime ditatorial, o termo era utilizado em certo tom de escárnio e com o firme propósito de impingir ao cidadão, de forma desdenhosa, o não reconhecimento dos direitos mais elementares, e, dentre esses o de ser considerado, em princípio, cidadão inocente. Veja-se, por exemplo, o tratamento dispensado aos investigados pelo Código de Processo Penal de 1930, apelidado de “Código de Mármore” em que o cidadão era presumidamente culpado e era seu dever colaborar na descoberta da verdade.

Isto posto, verifica-se hodiernamente que o Princípio da Presunção de Inocência encontra-se consubstanciado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988 nos seguintes termos: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Em interpretação gramatical do princípio explicitado, culpado é somente aquele que possui em face de si, sentença penal condenatória transitada em julgado. Vê-se na dicção constitucional que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é *conditio sine qua non* para a formação da culpabilidade, situação bem diversa da que se observa em outros sistemas jurídicos, onde para a formação da culpa, basta o simples cumprimento de dada marcha processual, dispensando-se a coisa julgada como elemento necessário à sua formação.

Outrossim, pode-se perceber que a Presunção de Inocência é princípio fundamental que, por conseguinte, faz parte do núcleo rígido de nossa Carta Maior,

¹⁸ MEIRA, José Boanerges. **Inquérito Policial**. Editora: Mandamentos. Belo Horizonte, 2009. Página 29.

insuscetível pois, de modificações e interpretações que visam limitá-lo haja vista a prescrição do art. 60, § 4º inciso IV da Constituição de 1988.

Não se quer com isso dizer que o princípio fundamental é insuscetível de conformação ou harmonização com as demais normas constitucionais em aplicação ao caso concreto, o que será objeto de explanação em capítulo próprio. Basta por ora, delimitarmos a que conjunto de normas esse princípio faz parte.

Segundo José Afonso da Silva¹⁹, a orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições.

Prossegue o doutrinador em classificar as normas constitucionais em: (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; (3) normas de eficácia limitada: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, b) declaratórias de princípio programático.

Para o jurista, aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica²⁰.

As normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são disposições que determinam de forma peremptória os interesses regulados. Em suma são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. Editora: Malheiros Editores LTDA, São Paulo, 1982. Páginas 86 a 88.

²⁰ *Idem*. Página 13.

conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados²¹.

Lado outro, normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Já normas de eficácia limitada são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte. As normas constitucionais de eficácia limitada são de dois tipos: a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo, que, por brevidade, têm-se chamadas de normas constitucionais de princípio institutivo; b) as definidoras de princípio programático, ou, simplesmente, normas constitucionais de princípio programático²².

Tendo em mira essa categorização, podemos classificar o Princípio da Presunção de Inocência como norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral ou como designa a doutrina americana, são normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing* ou *self-acting*; auto executáveis, auto aplicáveis, bastantes em si). São as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam²³.

Assim sendo, quando nos deparamos com a possibilidade de cumprimento provisório de sentença penal condenatória após segunda instância, mesmo pendente Recurso Extraordinário ou Especial, não tendo a decisão a necessária higidez da coisa julgada material, verifica-se a suposta afronta a literalidade e eficácia do dispositivo da presunção de inocência.

Não se pode como queiram alguns, fazer tábula rasa da presunção de inocência em razão da reconhecida sobrecarga de tarefas sobre o Poder Judiciário. Afinal, como já apregoa sedimentada doutrina, o Direito está no plano do dever ser e

²¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. Editora: Malheiros Editores LTDA, São Paulo, 1982. Página 101.

²² *Idem*. E emenda à página 119: “são normas que contêm o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária, como dá exemplo o art. 33 da Constituição: “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios”.

²³ *Idem*. Página 74.

não no plano da causalidade fática. E por assim ser, há que se equipar e investir nos mecanismos de acesso à Justiça, isto implica, dotar nossos magistrados das ferramentas necessárias à realização da norma constitucional em comento e não suprimi-la em mirabolantes exegeses nas quais o princípio da celeridade e efetividade processual minam de todo o dispositivo constitucional da Presunção de Inocência em cotejo com o sistema recursal de nosso ordenamento jurídico.

Assim, de plano, podemos observar que a Tese sob nº: 925 do Supremo Tribunal Federal: *“A execução provisória de sentença condenatória proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência pelo art. 5º, LVII, da Constituição”*, bem como da Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça: *“a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”*, é produção jurisprudencial que carecia de maiores interpelações, pelo que hodiernamente foi superada com o novo paradigma oriundo do julgamento das ADC's 43, 44 e 54. Daqui em diante, com eficácia vinculante e efeito erga omnes, a pena privativa de liberdade somente poderá ser cumprida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4 DAS OSCILAÇÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Segundo o doutrinador Rogério Schietti Cruz²⁴, a presunção de inocência, ou, na forma redacional adotada pela Constituinte de 1988, a presunção de não culpabilidade, até então, não ocupava a pauta central das decisões de juízes e tribunais do país.

Para o autor, a fim de comprovar empiricamente tal afirmação, basta realizar uma simples pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, inserindo os vocábulos "presunção", "inocência" e "prisão". Se o período da pesquisa abranger desde 01 de janeiro de 1989 (logo após a promulgação da Constituição de 1988) até 01 de janeiro de 2000 (11 anos de interregno, portanto), encontrar-se-ão 19 julgados com o uso daquelas palavras. Se a pesquisa abranger o período de 01 de janeiro de 1942, ano em que entrou em vigor o Código de Processo Penal, até 01 de janeiro de 1989, se constatará que nesses 47 anos anteriores à Constituição de 1988, houve tão somente dois julgados em que a Presunção de Inocência foi mencionada.

Essa pesquisa segundo o jurista, evidencia o quão novidade foi, para o Supremo Tribunal Federal, a introdução no cenário constitucional brasileiro, de um princípio de tamanho relevo para o estudo, para a interpretação e para a aplicação do direito processual penal. Talvez por isso não tenha havido mudança da jurisprudência da Suprema Corte nos primeiros 20 anos de sua vigência, na interpretação de alguns dispositivos legais até então comandantes compreendidos sob a perspectiva do regime pré-1988.

Como aponta o doutrinador, no tocante à possibilidade de iniciar-se a execução da pena fixada no julgamento de apelação (quer mantendo a condenação do juízo singular, quer reformando a sentença absolutória), os julgados do Supremo Tribunal Federal eram uníssomos em admitir que, na pendência de recursos extraordinários (tanto o Extraordinário stricto sensu, quanto o Recurso Especial, criado pela Constituição de 1988), não havia óbice ao início da execução penal, haja vista que

²⁴ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

tais impugnações, nos termos do Código de Processo Penal, não possuíam efeito suspensivo²⁵.

Todavia, os rumos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal iriam se alterar a partir da impetração do Habeas Corpus nº 84.078/MG que foi levado à julgamento ao pleno em 2009 por decisão da 1ª Turma.

O habeas corpus somente veio a ser julgado em fevereiro daquele ano, ocasião em que o pleno, majoritariamente, concedeu a ordem, em decisão assim ementada:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVIII, 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 nº 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 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, em 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 delinquente". 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 subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso", 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 [art. 2º da Lei 2.364/61], que deu nova redação à Lei nº: 869/52, o STF afirmou, por unanimidade que o preceito implica flagrante violação 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

²⁵ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

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 rigorosamente 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 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 (HC 84078/MG, Relator Min. Eros Grau, Dje-035 p. 26-02-2010).

A partir de então, não mais se validam os mandados de prisão decorrentes de acórdãos condenatórios ainda pendentes de definitividade, ante a pendência de recurso(s) de natureza extraordinária.

É dizer, sobre o art. 637 do CPP (*"O recurso ordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução de sentença"*) - reforçado pelo disposto no então vigente §2º do artigo da Lei 8.038/1990 (*"Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo"*) - para, soberano, o princípio da presunção de inocência a obviar, portanto, em processos de natureza criminal, a execução do acórdão condenatório antes que se tenham esgotados os recursos cabíveis²⁶.

Todavia esse entendimento não se manteria, pois a Corte Suprema, agora com renovada composição, passou a dar alguns sinais de que poderia voltar a adotar o entendimento abandonado no ano de 2009. Isso ocorreria com o advento do julgamento do HC nº 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em 17 de fevereiro de 2016.

Se estabelecia então a nível jurisprudencial um novo paradigma, ou melhor, retornava-se ao entendimento anterior ao ano de 2009 como se percebe da ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVIII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COFIRMADA 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

²⁶ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126 292/SP, Relator Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016 Tribunal Pleno DJE -100p. 17-05-2016).

Em confirmação a tal entendimento, meses após, o Supremo julgou, em Repercussão Geral, o Recurso Extraordinário nº 964.246 RG/SP, cuja ementa assinala:

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 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 (RE 964 246 RG/SP, Relator Min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016, Tribunal Pleno Dje-251 p. 25-11-2016).

Nesse ínterim, a Corte Suprema também teve oportunidade de julgar os pedidos de cautelares em duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's 43 e 44) e, indeferiu-as. Foi manejada em abril de 2018 nova ADC, agora sobre nº 54.

Procurava-se pois, afirmar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal:

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,

Dispositivo que os autores das ações pediam fosse declarado constitucional, de sorte a, por conseguinte, impedir a execução da sentença condenatória antes de seu efetivo trânsito em julgado.

Em detida análise aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando da análise do HC 126.292/SP, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça e doutrinador, Rogério Schietti Cruz, faz as seguintes observações: quanto ao voto do relator do writ, Ministro Teori Zavascki, destacou que, é no juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu

sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Elencou diversos países em que se permite a execução penal desde o segundo grau de jurisdição, e sustentou ser possível e necessário harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado²⁷.

A conclusão de seu voto foi, portanto, no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com a conseqüente revogação da liminar concedida. Ressalvando, outrossim, que, possíveis equívocos das instâncias ordinárias podem ser corrigidos com medidas cautelares e com o habeas corpus.

Em seguida, votou o Ministro Edson Fachin, que iniciou sua fala citando Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954: "*Não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra*", buscando salientar que não há garantias de que a decisão proferida pelos tribunais superiores, em sede extraordinária, seja blindada a erros²⁸.

Enfatizou o caráter não absoluto da presunção de inocência, sendo indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo. Nessa perspectiva, mencionou o princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores, bem como a "*Constitucionalmente proclamada soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, "c", da CF)*", que se opõe à concepção de que as decisões dos jurados somente venham a ter eficácia após o julgamento de uma infinidade de recursos que costumam ser manejados a partir da decisão de pronúncia²⁹.

²⁷ CRUZ, Rogerio Schiatti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

Antes de concluir seu voto acompanhando o relator, explicitou que a finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional³⁰.

O próximo a votar, Ministro Roberto Barroso, trouxe voto oral, posteriormente complementado por substancial voto escrito, no qual, a par das lições doutrinárias acerca de hermenêutica constitucional, sublinhou aspectos pragmáticos de inegável relevo para o deslinde da matéria sob julgamento.

De plano, fez questão de assinalar, em face da iminente mutação constitucional na compreensão do princípio da presunção de não culpabilidade, que o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentarão, e equacionarão este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade³¹.

Assinalou, a seguir o que denominou de três consequências negativas para o Sistema de justiça criminal pela impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias, a saber, a) o poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; b) o reforço à seletividade do sistema penal, tendo em vista que a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos; c) e a contribuição significativa para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, mercê do prolongamento excessivo dos recursos sobretudo em crimes de colarinho branco, a produzir deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral³².

Necessário, então, na sua argumentação, dar ao princípio em exame, interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa

³⁰ CRUZ, Rogerio Schiatti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

³¹ *Idem*.

³² *Idem*.

resguardar como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade - todos com status constitucional.

Alerta o jurista Rogério Schietti que, na segunda parte de seu voto, o Ministro Roberto Barroso acentuou não ser o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro.

Cuidou o Ministro Roberto Barroso de examinar a presunção de inocência ou de não culpabilidade como um princípio, a exigir, como tal, sua interpretação e aplicação à luz da técnica da ponderação, que, no caso, envolve, de um lado, o princípio da presunção de inocência - cujo núcleo essencial reside na ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida - e, de outro lado, o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.

Ainda sob a perspectiva de uma indispensável ponderação dos interesses envolvidos na persecução penal, destacou que o princípio da proporcionalidade tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes, algo que, no sistema judiciário brasileiro, não tem ocorrido, dada a interdição à prisão do condenado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Essa disfuncionalidade do sistema, que empurra muitas vezes para décadas depois do crime a punição de seu autor, quando nem isso se realiza, em virtude da prescrição, induz a sociedade a perder a necessária confiança na jurisdição penal e a desenvolver um sentimento de impunidade; e o acusado, por sua vez, passa a ver que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal.

Propôs, assim, na terceira parte de seu voto, assentada em fundamentos pragmáticos - a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, único meio para remediar três efeitos perversos que aponta como decorrentes do entendimento até então vigente: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Em seguida foi colhido o voto da Ministra Rosa Weber que prestigiou a jurisprudência consolidada na Corte a partir do julgamento do HC 84078/MG, e acresceu que há questões pragmáticas envolvidas, não tendo a menor dúvida, pensando ela que, o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, pela Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.

Segundo Rogério Schietti, o voto do Ministro Luiz Fux também foi sintético, ao acompanhar o relator não sem antes salientar que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

A Ministra Cármen Lúcia votou a seguir e pontuou que sua visão pessoal sobre o tema sempre foi coincidente com a trazida pelo Ministro relator. Sublinhando, portanto, que nos julgamentos anteriores, afirmava que não parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito³³.

O voto subsequente, do Ministro Gilmar Mendes, seguiu também o caminho de assinalar a necessidade de rever o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Presunção da Inocência. Ao iniciar sua exposição, comentou notícia publicada no periódico *The Economist*, mencionando que o correspondente estrangeiro se surpreendeu com uma disfuncionalidade de nosso sistema punitivo. É que, a despeito do excesso de prisões provisórias utilizadas no Brasil, não raro ocorre

³³ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

que, beneficiado com ordem de habeas corpus, o acusado talvez nem venha a ser preso em face da execução da pena, dada a excessiva duração do processo³⁴.

Dedicou o Ministro Gilmar Mendes boa parte de seu voto a trazer adminículos do direito praticado em outros países, para então concluir que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante, e que, quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos, nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade. Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A esses modelos estrangeiros se contrapõe nosso texto constitucional que segue a tradição das Constituições da Itália - artigo 27: "*L' imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*" - Portugal- artigo 32,2: "*Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*" - e dos países de língua portuguesa em geral - Angola, artigo 67,2; Moçambique, artigo 59,2:2; Cabo Verde, artigo 34, 1; São Tomé e Príncipe, artigo 40,2; Guiné-Bissau, artigo 42,2 e Timor Leste, artigo 34,1.³⁵

Conclui, portanto, ser preciso ver a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processo Penal.

E encerrou o voto aduzindo que entende que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio. E parece que, se porventura houver a caracterização - que sempre pode ocorrer - de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o habeas corpus. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

O decano da Corte, Ministro Celso de Mello, produziu voto centrado na evolução histórica e no significado do princípio da presunção de inocência,

³⁴ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

³⁵ *Idem*.

sublinhando que o trânsito em julgado da condenação, conforme claramente indicado na Constituição do Brasil, marca o termo inicial para a execução da pena decorrente de uma condenação. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, segundo pensa, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Também externou sua insatisfação com os rumos que a decisão tomava, assinalando, ao concluir que lamentava-se, pois, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado. Concluí o voto e ao fazê-lo, pedi vênias para acompanhar, integralmente, na divergência, os eminentes Ministros Rosa Weber e Marco Aurélio e deferir o pedido de "habeas corpus", mantendo, em consequência, o precedente firmado no julgamento plenário do HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, reafirmando, assim, a tese de que a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente.

Por fim, votou o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, que manteve sua posição já de todos conhecida, no sentido de prestigiar a presunção de inocência, na linha do que sustentaram os votos divergentes.

E completou que, respeitosamente, queria manifestar sua perplexidade ante esta guinada da Corte com relação a decisão paradigmática, perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois da Corte ter assentado, na ADPF 347 e no REX 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, afirmou-se, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. *“Então,*

agora, os ministros vão facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?” Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea³⁶.

O resultado foi proclamado nos seguintes termos: "O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a consequente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016".³⁷

Em análise ao HC 126.292/SP, Rogério Schietti propõe que o caminho mais adequado a trilhar é o da reforma legislativa, quer alterando o sistema de recursos extraordinários, tal qual proposta ainda em curso no Congresso Nacional, a cognominada PEC dos Recursos em que o Recurso Especial e Recurso Extraordinário fossem transformados em ações rescisórias, quer promovendo mudança na própria redação do dispositivo constitucional que consubstancia a presunção de não culpabilidade banindo-se a “coisa julgada” como item necessário à formação da culpa.

Data máxima vênia, as propostas elencadas pelo respeitável doutrinador não confrontam o problema em sua raiz. À uma que, a chamada “PEC dos Recursos” já tramita há 7 (sete) anos no Congresso Nacional com substanciosas modificações; À duas que, a modificação do texto constitucional no seu artigo 5º, inciso LVII implicaria em supressão de uma garantia constitucional que é cláusula pétrea.

Não podemos olvidar que suprema é a Constituição Federal de 1988. Quanto ao Supremo Tribunal Federal lhe cabe sua guarda e interpretação. A dicção do texto Constitucional é clara e precisa, somente será culpado aquele que tenha em face de si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Se o sistema recursal implica em violação ao princípio da efetividade do processo dado a extensão de tempo para o julgamento de recursos, esse é um problema a ser resolvido pelo Poder Judiciário, não pelo jurisdicionado que passa a ter uma garantia constitucional amputada por exegeses que violam frontalmente o texto constitucional.

³⁶ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada. Páginas 269 a 288.

³⁷ *Idem*.

O tema hodiernamente encontra-se superado, pois com o julgamento das ADC's de número: 43, 44 e 54, declarou-se a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal:

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.

Assim com eficácia geral e efeito *erga omnes*, a sentença penal condenatória só poderá ser cumprida após o trânsito em julgado da decisão.

Situação bem diversa do que ocorria com a jurisprudência oriunda do HC nº 126.292/SP. A repercussão deste paradigma antecedente pode ser notada em alguns julgados, senão vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CRIMINAL - ACÓRDÃO - OBSCURIDADE E OMISSÃO - OCORRÊNCIA - EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - NECESSIDADE - EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO DO STF NAS ADC'S 43 E 44 - EMBARGOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS. - Diante da decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44, curvo-me ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a norma do artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação. Embargos de Declaração-Cr ED 10245980036405003 MG (TJ-MG), julgado em 10/04/2017.

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS-CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DECISÃO DE EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO RECONSIDERADA. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO STF. ADC's 43 e 44. INTERPRETAÇÃO DO ART. 283 DO CPP DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO. ORDEM DENEGADA. Em obediência à competência constitucional da Suprema Corte, ressaltando entendimento pessoal, impõe-se a denegação da ordem também neste writ, eis que, quando do julgamento das liminares requeridas nas ADC's 43 e 44, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais das referidas ADC's, segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. Ordem denegada. 0007653-02.2016.4.02.0000 (TRF-2). Julgado em 13/02/2017.

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE AMEAÇA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRAS DA VÍTIMA - SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - INIMPUTABILIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO - ADC 43 E 44 - EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO - NECESSIDADE. 1. As palavras da vítima são suficientes para embasar um édito condenatório em crimes praticados em violência doméstica. 2. Nos casos de violência doméstica, em que se protege

a convivência e harmonia familiar e a integridade física das mulheres da família, o fato do réu estar sob o efeito de substância entorpecente ou de álcool não exclui o dolo exigido pelo tipo penal. Ademais, a embriaguez e o uso de drogas voluntariamente pelo agente não excluem a imputabilidade. 3. Diante da decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44, entendeu-se que a norma do artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena, após esgotadas as vias recursais nesta instância. Apelação Criminal APR 10132130017370001 MG (TJ-MG). Julgado em: 19/12/2016.

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI 10.826/03. ALEGAÇÃO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE DESCONHECIMENTO DA LEI. INSUBSISTENTE. ART. 21 DO CP. INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. STF. ADC 43 E 44. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Na atualidade, qualquer cidadão, independente de sua classe social, tem o conhecimento da proibição do porte de arma de fogo, até mesmo porque passaram-se mais de dez anos do início da vigência da lei, sendo insubsistente a alegação de desconhecimento do caráter ilícito da conduta. 2. Não há o que se falar em declaração de inconstitucionalidade de súmula de Tribunal Superior, visto que estas não são leis, não tem força de lei e, conseqüentemente, não pode ser objeto de controle de constitucionalidade. 3. Determina-se a execução provisória da pena, consoante entendimento do STF no julgamento das ações diretas de constitucionalidade 43 e 44. 4. Recurso conhecido e não provido. 0227920-62.2009.8.04.0001 (TJ-AM). Julgado em: 12/03/2017.

A matéria encontraria acirrado debate no Habeas Corpus de nº 152.752 impetrado pela defesa do então, ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva no ano de 2018.

Em um primeiro momento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal em análise de admissibilidade do writ entenderam ser possível seu manejo por 7 votos a 4, considerando que o “*remédio heroico*” é uma garantia Constitucional e a negação de sua apreciação seria negação de acesso à justiça ao jurisdicionado, vencendo assim, o voto do Ministro relator Edson Fachin que entendia que o Habeas Corpus não devia ser reconhecido uma vez que a via recursal adequada para impugnar decisão denegatória de ordem proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 434.766/PR, 5ª Turma, rel. min. Felix Fischer, j. 6/3/2018, DJe 15/3/2018), seria o recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 102, inciso II da Constituição Federal. A decisão, além de entender cabível o Habeas Corpus, também abarcou a concessão de medida liminar para obstar a eventual execução da pena antes do término do seu julgamento.

A defesa do ex-presidente, representada pelo seu patrono, Dr. José Roberto Batochio, foi além e pugnou para que suspendesse a execução da pena até que fossem julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº: 43, 44.e 54.

Todavia, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade retro mencionadas. Em igual sentido, no mérito do HC 152.752, a ordem foi denegada em 5 de abril de 2018.

Entretanto desse processo, auferimos valiosas lições, como as dadas pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, onde pondera que:

[...] Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder.[...] Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “status poenalis”, a ostentar a condição de culpado [...]³⁸.(Destaque nosso).

Prossegue o Ministro assinalando que a presunção de inocência não impede a imposição de prisão cautelar, em suas diversas modalidades (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão resultante de decisão de pronúncia e prisão fundada em condenação penal recorrível), senão vejamos:

[...] eis que – insista-se – a prisão cautelar não tem por fundamento um juízo de culpabilidade, pois, como ninguém o ignora, a prisão cautelar (“carcer ad custodiam”) – que não se confunde com a prisão penal (“carcer ad poenam”) – não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Na realidade, a prisão cautelar constitui instrumento destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal” (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – revela-se compatível com a presunção constitucional de inocência. Tanto que, como já salientado, a própria Constituição possibilita a prisão em flagrante ou aquelas decorrentes de ordem, escrita e fundamentada, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei [...]³⁹. (Destaque nosso)

³⁸ Voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Celso de Mello na apreciação do Habeas Corpus de nº: 152.752 em 04 de abril de 2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Última consulta em 18 de agosto de 2019.

³⁹ *Idem*.

E dá azo à análise do habeas corpus de nº 152.752 nos seguintes termos:

[...] Como anteriormente enfatizado, a postulação ora deduzida nesta causa busca impedir a execução provisória da condenação penal meramente recorrível, imposta ao ora paciente, **por revelar-se esse procedimento incompatível com a cláusula constitucional assecuratória do direito fundamental à presunção de inocência, tal como contemplado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, que acolheu, de modo inequívoco, o critério do trânsito em julgado.** Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão proferida no **HC 126.292/SP e com apoio em sucessivos julgados emanados do Plenário desta Corte Suprema (ADC 43-MC/DF e ADC 44- -MC/DF), inclusive em sede de repercussão geral (ARE 964.246-RG/SP), veio a firmar orientação no sentido da legitimidade constitucional da execução provisória da pena [...]**⁴⁰. (Destaque nosso)

Para sustentar seu voto, indica em sua argumentação que:

Antes desse momento, portanto – é preciso advertir –, **o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades,** como vinha advertindo em sucessivos julgamentos, esta Corte Suprema (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 124.000/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 126.846/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 130.298/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.):

[...] **O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecurável** – A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecurável, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.** O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder

⁴⁰ Voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Celso de Mello na apreciação do Habeas Corpus de nº: 152.752 em 04 de abril de 2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Última consulta em 18 de agosto de 2019.

Judiciário. Precedentes. HC 93.883/SP, Rel. Min. Celso de Mello”⁴¹. (Destaque nosso).

E emenda:

[...] Penso ser importante, pois, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da **presunção de inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República** e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor ao cidadão restrições à sua esfera jurídica, **sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo**⁴² [...]. (Destaque nosso).

Arremata por fim:

[...] O fato irrecusável, Senhora Presidente, é que, em nosso sistema jurídico e em face de expressa formulação constitucional, **a inocência é sempre presumida. Trata-se de presunção “juris tantum”, de caráter relativo, que subsiste temporariamente, até que se consume o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Toda e qualquer pessoa deve ser presumida inocente até que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade em sede de condenação penal transitada em julgado.** São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, **a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente** até que sobrevenha o efetivo e real trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII) Tenho-me indagado, por isso mesmo, Senhora Presidente, **quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal?**⁴³ [...]. (Destaque nosso)

Como subscrito alhures, a sentença penal transitada em julgado é *conditio sine qua non* de formação da culpabilidade no Direito Brasileiro. Situação bem diversa da que ocorre em boa parte da Europa e Estados Unidos, onde para a formação de culpa, basta que se percorra determinada marcha processual.

⁴¹ Voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Celso de Mello na apreciação do Habeas Corpus de nº: 152.752 em 04 de abril de 2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Última consulta em 18 de agosto de 2019.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Idem*.

No plano do Direito Comparado, somente na Constituição italiana (artigo 27) e portuguesa (artigo 32º, 2) vamos encontrar a coisa julgada material como condição de formação da culpa. Assim, mesmo que exista decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, não estando essa protegida pelos efeitos da coisa julgada material, restará como inocente o réu.

Assim sendo, vê-se que o pretérito entendimento do Supremo Tribunal Federal constante da Tese Tema de nº 925, fixado em 10/11/2016, em que se apregoa que, *“A execução provisória de sentença penal condenatória proferida em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência pelo artigo 5º, LVII, da Constituição”* é de ilegalidade tamanha que chega a ser uma decisão teratológica em cotejo com outras disposições legais como os artigos 105⁴⁴ e 147⁴⁵ da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Outrossim, com a decisão oriunda do julgamento das ADC's 43, 44 e 54, observa-se que supostamente a mesma, é dotada de higidez jurídica, pois consagra que a pena privativa de liberdade somente pode ser cumprida após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, dando desse modo a entender pela sua simetria com o disposto no art. 5º, inciso LVII da CF/1988.

⁴⁴ **“Transitando em julgado** a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Grifo nosso

⁴⁵ **“Transitada em julgado** a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”. Grifo nosso.

5 DA ILEGITIMIDADE DO ENTENDIMENTO DO HC 126.292/SP

A questão da legitimidade não é assunto de perquirição recente. Ao longo de séculos, várias teorias vêm tentando resolver a questão. Das teorias mais elucidativas do século XX temos a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, e a Teoria Discursiva do Direito, cunhada por Jürgen Habermas⁴⁶, cada qual em momentos históricos distintos, trazendo luzes sobre a questão.

Para Hans Kelsen, precursor do positivismo jurídico, o Direito se constituiu em um ordenamento jurídico escalonado que encontra na norma fundamental a base pressuposta de sua validade global, e nos níveis derivados da Constituição, patamares sucessivos de asseguramento da validade das normas hierárquicas inferiores, até o ponto último das normas individuais⁴⁷.

A teoria kelseniana visava purificar o Direito de toda influência externa, buscando desse modo assegurar uma Ciência Jurídica marcada pela pureza do Direito. A legitimidade em Hans Kelsen seria determinada pelo próprio escopo normativo, isto é, seria determinada pelo próprio funcionamento do direito, ou seja, pelo próprio procedimento previsto no ordenamento. Legítima seria a aplicação de uma norma consoante dicção de norma superior. Assim, o problema da interpretação está relacionado ao problema da caracterização do Direito. A teoria kelseniana da interpretação pressupõe uma teoria do ordenamento jurídico⁴⁸.

Todavia, como aplicar a norma ao caso concreto? Qual seria a interpretação válida ou como diz o autor, qual seria a "interpretação autêntica"?

Preliminarmente, faz-se necessário apontar que a obra de Hans Kelsen encontra-se publicada em três edições cuja expressão "*interpretação autêntica*" assume significados distintos, são elas: A primeira edição da Teoria Pura do Direito de 1934, a edição francesa de 1953 e a edição de 1960.

Como aponta Marcelo Cattoni⁴⁹, a expressão "interpretação autêntica" passa a ser usada na edição francesa do mesmo livro que, como o próprio Kelsen diz em seu

⁴⁶ A monografia em questão, visando uma abordagem mais abrangente procurará tratar o campo jus filosófico com os autores Hans Kelsen e Jürgen Habermas, precursores de linhas teóricas antagônicas.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 146.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**, Editora: Mandamentos, Belo Horizonte, 2001. Páginas 31 a 60.

prefácio, não é uma simples tradução, mas o aperfeiçoamento da sua obra. Para Kelsen:

A interpretação é uma atividade intelectual que acompanha o processo de criação do Direito enquanto este se move de um nível mais alto da estrutura hierárquica ao nível mais baixo governado por aquele nível mais alto. [...] **Há, em suma, interpretação de todas as normas jurídicas na medida em que elas são para serem aplicadas - isto é, na medida em que o processo de criação e aplicação do Direito se move de um nível do sistema jurídico a outro [...]**⁵⁰. (Destaque nosso).

Apona Hans Kelsen que, quanto ao processo de criação da norma inferior e seu conteúdo:

A determinação, todavia, nunca é completa. A norma superior não pode ser determinante acerca de todos os detalhes do ato que a põe em prática. Deve restar sempre um espaço de discricionariedade, às vezes maior, às vezes menor, já que a norma superior, em relação ao ato que a aplica (um ato de criação normativa ou simples implementação), tem simplesmente o caráter de moldura a ser preenchida pelo ato [...]

⁵¹.

A norma a ser aplicada, está segundo o positivista em um quadro - uma moldura, no qual várias possibilidades de aplicação são dadas, e todo ato que esteja contido nesse quadro, que em algum sentido possível preencha tal quadro, estará em conformidade com a norma⁵².

Apona o doutrinador Marcelo Cattoni⁵³, embasado em Kelsen, que a norma compõe-se de uma moldura interpretativa, contendo várias possibilidades de aplicação. Todavia, para Hans Kelsen não há, porém, critério com base no qual uma das possibilidades contidas na moldura da norma a ser aplicada possa ser favorecida em relação às outras possibilidades. Para o autor, a interpretação seria um ato de vontade, isto é, uma discricionariedade, que a autoridade tem no desenvolvimento da aplicação do Direito:

[...] Um comentário científico deve se limitar a indicar as interpretações possíveis de uma norma. Ele não pode decidir que uma entre elas é a única correta ou a única justa. **Essa decisão é um ato de vontade que cabe exclusivamente ao órgão que tem a competência de aplicar a norma em**

⁵⁰ KELSEN, Hans. **An introduction to the problems of legal theory – A translation of the First Edition of Reine Rechtslehre or Pure Theory of law**. Trad. Bonnie Litschewski e outros. Oxford: Clarendon, 1992 apud CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**, Editora: Mandamentos, Belo Horizonte, 2001. Página 33.

⁵¹ *Idem*. Página 34

⁵² *Idem*. Página 36

⁵³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**, Editora: Mandamentos, Belo Horizonte, 2001. Páginas 31 a 60

se criando uma nova [...]⁵⁴. (Destaque nosso)

Assim, para Cattoni, em análise a Teoria Pura do Direito, enquanto ao jurista não cabe mais que descrever o Direito, traçando-lhe o quadro das interpretações possíveis, ao órgão competente, criando uma norma com base na norma aplicanda e no quadro por ela fixado, cabe determinar qual das interpretações possíveis é a obrigatória. Determinando, através de um ato de vontade juridicamente autorizado, qual dentre as interpretações possíveis é a obrigatória, criando uma norma que é válida por ser fundada na norma superior, tal interpretação que realiza é chamada de interpretação autêntica⁵⁵.

Mas qual seria o ponto de intercessão dessa teoria interpretativa com a possibilidade de cumprimento da pena privativa de liberdade, após decisão do segundo grau de jurisdição, mesmo pendente Recurso Extraordinário e/ou Recurso Especial?

A letra da Lei é clara, pois a par do que pontifica o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*; e art. 283 do Código de Processo Penal:

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 [...],

A Corte Suprema (leia-se STF), estabeleceu supostamente uma interpretação segundo a Constituição, viabilizando o cumprimento da pena privativa de liberdade mesmo pendente de coisa julgada material, decidindo dessa forma, fora do quadro da moldura de interpretações possíveis.

Segundo decantada doutrina⁵⁶, os comentários “teóricos”, que supostamente buscam assistir a atividade de aplicação do Direito, na visão Kelseniana, são políticos, pois buscam, através de sugestões, influenciar o legislador, as cortes ou os órgãos administrativos.

Na aplicação de uma lei, pode haver, ainda, lugar para uma atividade cognitiva para além da descoberta da moldura, na qual o ato de aplicação está confinado. Só

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 140.

⁵⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Página 40.

⁵⁶ *Idem*. Páginas 37/38.

que isso não é conhecimento do Direito positivo, mas cognição de outras normas, as quais podem agora fazer caminho no processo de criação jurídica; normas, nomeadamente, da moral, de justiça-julgamentos de valor social usualmente caracterizado com frases de efeito tais como “*bem-estar do povo*”, “*interesse público*”, “*progresso*”, etc.

Como assevera Marcelo Cattoni⁵⁷, do ponto de vista do Direito positivo, não se pode dizer acerca da validade ou do modo como tais normas podem ser identificadas. Do ponto de vista do Direito positivo, a autoridade chamada a atuar é livre para fazer de acordo com sua própria discricionariedade, a menos que o próprio Direito positivo autorize, ele mesmo, normas metajurídicas. Todavia, assim fazendo, tais normas se tornariam normas de Direito positivo. Quanto a determinação e indeterminação das normas jurídicas, pontifica o doutrinador:

[...] Disso, diz Kelsen, resulta a afirmação segundo a qual todo ato jurídico de aplicação de uma norma é somente em parte determinado por esta. E tal indeterminação pode dizer respeito às condições materiais do fato quanto às consequências condicionadas, isto é, ao ‘por quê’ e ao ‘quê’ do ato prescrito. A indeterminação pode ser diretamente intentada, seja parte da intenção da autoridade na edição da norma superior, ou pode ser não intentada, seja parte das consequências das propriedades da norma a ser aplicada pelo ato em questão. Assim, no primeiro caso, a edição de uma norma geral sempre se processa (de acordo com sua natureza) pressupondo-se que a norma individual editada na aplicação da norma geral continuará o processo de determinação, que constitui a ordenação hierárquica de normas jurídicas. No segundo caso, antes de tudo, há ambiguidade de uma palavra, ou frase, através da qual a norma se expressa; o sentido linguístico desta não é inequívoco, e aqueles que a aplicam se depararão com várias possíveis leituras [...]⁵⁸.

Isto posto, visualiza-se que a decisão firmada quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em 17 de fevereiro de 2016, encontra-se estabelecida em discursos metajurídicos, busca-se, e para isso basta ler os votos dos Ministros que cunharam o aludido entendimento, a satisfação de interesses pragmáticos, sobretudo de vedação ao incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Há nessa decisão o que se denomina de “*jurisprudência de valores*” que são suscetíveis de argumentos axiológicos e de preferências morais, que lhe permitem

⁵⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**, Editora: Mandamentos, Belo Horizonte, 2001. Página 38.

⁵⁸ *Idem*. Páginas 34 /35.

controlar o próprio conteúdo do texto constitucional. Nesse sentido, por questões pragmáticas, o julgador arrogou-se a possibilidade de criar um direito paralelo ao Parlamento. Tais decisões, segundo decantada doutrina⁵⁹, em mais de uma oportunidade desconsiderou o texto constitucional em favor de uma aplicação mais “*conveniente*” da lei.

A norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso LVII da Constituição de 1988 e o art. 283 do Código de Processo Penal são normas de sentido inequívoco, isto é, não comportam múltiplas interpretações.

Assim sendo, data máxima vênia, não restam dúvidas quanto a incidência dos dispositivos legais em questão. Dessa forma, em uma interpretação à teoria kelseniana, podemos averiguar que não existe margem para múltiplas interpretações, a única possível era pela possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que seria assentado posteriormente com a decisão das ADC’s 43, 44 e 54. Dessa forma, é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível⁶⁰.

Isto posto, em cotejo com a teoria retro mencionada, acerca da legitimidade, observa-se que a interpretação do Supremo Tribunal Federal foi embasada em argumentação metajurídica, quando a própria conjuntura do ordenamento jurídico já indicava um quadro interpretativo próprio. Por assim ser, não estando no quadro interpretativo das normas do art.5º, inciso LVII da CF/1988 em contraste com o art. 283 do CPP, em planos da teoria kelseniana, padece a decisão do HC nº 126.292/SP de legitimidade e legalidade.

Como bem aponta Maíra Zapater⁶¹, decretar uma prisão antes de finalizado o processo penal é ainda mais excepcional: o inciso LXI⁶² da CF/1988 determina claramente que a prisão somente acontecerá em flagrante ou por ordem de juiz competente, que deverá fundamentá-la indicando a previsão legal que autoriza sua

⁵⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Editora: Del Rey, Belo Horizonte, 2004. Página 198.

⁶⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Editora: Mandamentos, Belo Horizonte, 2004. Página 138

⁶¹ Por Maíra Zapater. **A execução antecipada da pena: o antigo problema em “novo” debate**. Publicado em 4 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/05/04/a-execucao-antecipada-da-pena-o-antigo-problema-em-novo-debate/>>. Última consulta em 08 de agosto de 2019.

⁶² “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”.

decisão. O cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, pendente a coisa julgada material vilipendia desse modo, a ordem jurídica.

Outro autor, não menos importante para o desenvolvimento do nosso trabalho é Jürgen Habermas, criador da Teoria Discursiva do Direito. Para o autor de o “Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade”, a legitimidade em um Estado Democrático de Direito ocorre através da ação comunicativa. Habermas assimila o conceito de comunidade aberta de intérpretes, desenvolvido por Peter Habberle a partir da noção popperiana de sociedade aberta, para edificar o seu paradigma formal do Direito que – cumpre acentuar trata-se de um paradigma procedimental, que não adota nenhuma concepção particular acerca do conceito de bem e nenhum sistema de valores vinculado a certa identidade cultural. Em outras palavras ele não atribui em princípio ao direito nenhum conteúdo material, mas se limita a definir o direito legítimo de acordo com padrões procedimentais discursivos. Habermas não pensa num tipo de participação periférica. A legitimidade desse processo só se aperfeiçoa quando os cidadãos deixam a periferia do acontecer histórico e passam a influenciar e controlar o seu centro, no qual se situam os poderes parlamentar, administrativo e judiciário⁶³.

Como observa Roberto Basillone Leite:

[...] Na verdade, toda obra de Habermas se inclina no sentido de definir as condições, sobretudo políticas e sociais, para um diálogo livre de dominação, isto é, para uma comunicação não sujeita à coação e à violência, no âmbito da qual prevaleça exclusivamente a força do melhor argumento – que para ele corresponde à força da razão. E essa orientação é decisiva na gênese da concepção habermasiana de processo hermenêutico e da hermenêutica constitucional[...]⁶⁴.

O pensamento liberal associa a ideia de “*sociedade justa*” à garantia da autonomia privada dos cidadãos, enquanto que o comunitarismo vincula a ideia de justiça à proteção da autonomia pública e, portanto, das diversas identidades sociais e culturais. Habermas conclui que tanto o que ele chama de subjetividade das concepções individuais de bem (prioritária para os liberais), quanto a intersubjetividade dos valores culturais que conformam as identidades sociais

⁶³ BASILONE LEITE, Roberto. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Capítulo 6** - Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. Editora: Landy, São Paulo, 2005. Página 226.

⁶⁴ *Idem*. Página 198.

(prioritária para os comunitaristas), devem ser ambas submetidas a um amplo debate público⁶⁵.

Habermas discrepa dos liberais quando nega a existência de garantias metapolíticas capazes de possibilitar a convivência social. Mas, ao mesmo tempo, ele também diverge dos comunitaristas, ao afirmar que a criação e a interpretação da Constituição devem respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos. Em outras palavras, Habermas não acredita ser possível integrar socialmente os distintos mundos da vida pluralizados e desencantados nem a partir de uma capacidade moral do cidadão livre e igual de ter um sentido de justiça (como sustenta Rawls), nem a partir de um patriotismo republicano inspirado no sentimento de pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados. A solução para Habermas, está em chegarem os cidadãos a um consenso acerca de como devem regulamentar normativamente as suas relações. Trata-se de um conceito eminentemente procedimental de política deliberativa, cuja proposta consiste em definir “condições de comunicação sob as quais o processo político supõe capaz de alcançar resultados racionais”⁶⁶.

Como integrar socialmente mundos de vida em si mesmo pluralizados (isto é, privados de uma visão ética forte e universalizante) e profanizados (isto é, privados de garantias metassociais), uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes?

Com efeito, nos oferece a resposta o doutrinador Roberto Basilone Leite:

[...] Esse procedimento de caráter dialógico e instrumental, que Habermas denomina ‘regulamentação normativa de interações estratégicas’, não oferece noções de conteúdo ético nem normas morais substantivas, mas apenas estabelece pressupostos de justificação racional da ação discursiva. A justificação básica da ordem normativa não está, portanto, na capacidade moral do cidadão, nem em seu patriotismo republicano, mas sim no consenso racional comunicativamente formulado no interior do debate público argumentado. [...] **Facticidade e validade. A primeira consiste na dimensão coercitiva da norma instituída, ou seja, na circunstância de que a norma válida pode ser imposta de facto pelos poderes constituídos, inclusive com o emprego da força. A validade, por sua vez, consiste na exigência de que a norma conte com o assentimento livre e racional de todos os seus possíveis destinatários [...]**⁶⁷ (Destaque nosso).

⁶⁵ BASILONE LEITE, Roberto. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Capítulo 6** - Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. Editora: Landy, São Paulo, 2005. Página 201.

⁶⁶ *Idem*. Página 207.

⁶⁷ *Idem*. Página 208.

Como o direito contém dois componentes – ou seja, a coerção e a liberdade, os atores sociais têm à sua disposição duas perspectivas de ação, podendo optar por uma delas: a ação estratégica, na qual ele é orientado por interesses pessoais, pela busca do sucesso próprio e em função da qual obedece à norma por medo da sanção possivelmente resultante de sua violação; ou a ação performativa orientada para o entendimento, por meio do qual o cidadão cumpre a norma espontaneamente ou, em outras palavras, ele deseja entrar em acordo com os demais atores acerca das condições que devem ser preenchidas para que ele venha a ter sucesso em suas ações.

Para BASILONE⁶⁸, diante dessa distinção, Habermas assevera que, conquanto se possa tolerar a ação estratégica em relação a normas isoladas, não se pode dizer o mesmo quando se trata do ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, a validade do ordenamento jurídico depende de que os destinatários da norma a ela se vinculem por razões alheias à ameaça de sanção estatal. Essas razões metajurídicas e metassociais situavam-se antigamente no campo da religião ou da tradição. E aqui Habermas identifica um problema: o cidadão pertencente à moderna sociedade pluralista não acredita mais no valor do sagrado nem no da tradição. O direito, no entanto, não pode legitimar-se apenas em termos de sanções externas, pois assim ostentará uma facticidade arbitrária, isto é, apenas um de seus dois pressupostos. A legitimidade do Direito depende da coexistência das duas condições: facticidade e validade. De onde, então, o ordenamento jurídico pode extrair a sua base de legitimidade?

Prossegue o doutrinador:

[...] Habermas responde que o direito da sociedade contemporânea dotado de poder de coerção, **encontra legitimidade no procedimento democrático, ou seja, no processo político deliberativo**. 'Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo', diz ele, 'só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos' [...] ⁶⁹. (Destaque nosso).

⁶⁸ BASILONE LEITE, Roberto. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Capítulo 6** - Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. Editora: Landy, São Paulo, 2005. Páginas 208/209.

⁶⁹ BASILONE LEITE, página 209 *apud* HABERMAS, **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**, 1997, V. II, p. 146.

Fica bem nítida, nesse ponto, a relação interna que existe, na teoria discursiva habermasiana, entre direito e democracia: o direito que se legitima pela via democrática. E essa relação direito-democracia equivale à relação entre autonomia privada e autonomia cidadã, e entre direitos fundamentais e soberania popular, ambos essenciais – ou co-originários ou ainda equiprimordiais na teoria habermasiana.

Para Habermas, a garantia dos direitos humanos é a razão de ser da soberania popular, ao passo que esta é o fator de legitimação daqueles. Para ele, a autonomia privada e a autonomia pública devem ser asseguradas de forma concomitante, não se podendo conceber uma sem a outra.

No entanto, a conexão entre autonomia privada e autonomia pública – e conseqüentemente a própria existência da sociedade democrática – depende do reconhecimento, por parte dos cidadãos de um sistema de direitos, o qual se compõe de cinco categorias⁷⁰:

- a) Os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito a iguais liberdades subjetivas;
- b) Os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro de uma associação voluntária de sujeitos que compartilham um mesmo sistema de direito;
- c) Os direitos fundamentais que resultam de forma imediata da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual;
- d) Os direitos fundamentais de participação, em igualdade de condições, nos processos de formação da opinião e da vontade, por meio dos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e criam o direito legítimo; e
- e) Os direitos fundamentais ao bem-estar e à segurança, ou seja, as condições de vida social, técnica e ecologicamente adequadas, na medida em que isso seja necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos anteriores.

Esse sistema de direitos foi introduzido, ao longo dos últimos dois séculos, na Constituição de cada comunidade histórico democrática.

⁷⁰ BASILONE LEITE, Roberto *apud* HABERMAS, Jurgen. **Más allá del estado nacional**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, 2. Reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 104.

Destarte, a autonomia privada e a autonomia pública estão ligadas por vínculos internos porque “*sem os direitos clássicos da liberdade*”, que garantem a autonomia privada de pessoas de direito, também não pode haver um *medium* para a institucionalização jurídica das condições que permitem aos indivíduos fazerem uso de sua autonomia enquanto cidadãos ⁷¹.

Para Basilone Leite:

[...] Habermas estabelece a distinção entre normas e valores: a norma é obrigatória: aplica-se ou não. Representa, portanto, um conceito deontológico. Já os valores traduzem preferências compartilhadas, admitem concordância meramente parcial e assumem, por isso, um sentido teleológico. Com base nessa distinção, Habermas afirma que os direitos fundamentais não são valores, mas sim normas de direito constituídas “segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes”. Por isso, a Constituição não pode ser diluída numa “ordem concreta de valores”, como pretende o comunitarismo [...] ⁷².

Aponta ainda que Habermas recusa também o conceito liberal de Constituição-garantia destinada a resguardar um núcleo de liberdades negativas. A Constituição e seu sistema de direitos têm, para ele, um papel mais amplo. Na sociedade democrática pluralista contemporânea – que ele chama de sociedade pós-convencional – os indivíduos pertencem a comunidades históricas distintas e não chegam a constituir uma comunidade étnica ou cultural sólida que represente por si só a nação. Nessa sociedade pós-convencional, somente a Constituição, por meio de seu sistema de direitos, pode converter os indivíduos em uma “*nação de cidadãos, cuja identidade coletiva não existe antes nem independentemente do processo democrático do qual surge*”.

Nesse íterim, a grande conquista do Estado Nacional Democrático, consiste na criação de um novo tipo de solidariedade, de caráter abstrato, graças à formulação do conceito de cidadania e a construção do direito como o meio adequado para tal tarefa.

Daí, emenda BASILONE ⁷³ que, a concepção habermasiana de patriotismo cultural é uma modalidade pós-convencional de configuração da identidade coletiva

⁷¹ BASILONE LEITE, Roberto *apud* HABERMAS, Jürgen. **Más allá del estado nacional**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, 2. Reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, Página 211.

⁷² *Idem*. Página 214

⁷³ BASILONE LEITE, Roberto. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Capítulo 6** - Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. Editora: Landy, São Paulo, 2005. Página 212.

de uma “*nação de cidadãos*”, na qual, em razão da diversidade de formas culturais, a Constituição representa a única base comum a todos os cidadãos.

A ideia de patriotismo constitucional de Habermas relaciona três formas instrumentais de integração social: A dominação burocrática, que representa a intervenção ilegítima do poder administrativo; a monetarização ou privatizações da cidadania que consiste na intervenção ilegítima do mercado e a solidariedade, revelada pela intervenção das forças sociais tendentes a garantir, por meio de uma estrutura comunicativo-normativa, os direitos humanos e, ao mesmo tempo, os compromissos éticos de culturas políticas particulares.

Enquanto os liberais adotam uma orientação hermenêutica segundo a qual os princípios constitucionais devem ser interpretados como comandos obrigatórios, os comunitaristas, diferentemente, encaram os princípios como sendo valores. A visão liberal é deontológica orientada para princípios, enquanto a visão comunitária é teleológica, voltada para valores.

Por fim pontifica o doutrinador que, Habermas confronta as duas concepções de interpretação liberal-deontológica e comunitária-teleológica, para construir o seu método hermenêutico de caráter procedimental. Para ele, o papel do intérprete da Constituição não é, nem o deve ser, o garantidor de um sistema de princípios obrigatórios, nem o guardião de um programa político contendor de uma ordem de valores. Estão corretos os comunitaristas quando entendem que a interpretação deve levar em conta as particularidades culturais da comunidade histórica – na medida em que ela deve se desenvolver no interior de um processo político deliberativo -, mas, por outro lado, têm razão os liberais ao afirmar que a interpretação deve buscar o sentido deontológico da norma constitucional.

Em “*Direito e Democracia*”, Habermas espousa que, uma decisão jurídica de um caso particular só é correta quando se encaixa num sistema jurídico coerente. Nota-se que o autor concorda com a premissa dworkiniana da existência de uma “*resposta correta*” para o litígio jurídico.

Essa “*resposta correta*”, no entanto, se constrói a partir de procedimentos comunicativos racionais que se fundamentam numa ética discursiva – e aqui Habermas se afasta dos liberais, aproximando dos comunitaristas.

Como aponta Roberto Basilone Leite:

[...] Mais do que isso, a ética discursiva habermasiana, do âmago da qual

será extraída a “resposta correta” para o litígio, não define o conteúdo da norma, contrariamente ao que ocorre na hermenêutica liberal. Define apenas o procedimento capaz de assegurar a legitimidade do ato interpretativo. **De fato, uma das principais inovações trazidas pela teoria da sociedade de Habermas foi justamente a conceituação de razão instrumental comunicativa que deve orientar toda ação comunicativa numa sociedade democrática** – com o que ele entende ter superado a noção de razão prática Kantiana, de caráter subjetivo.

Ao intérprete da Constituição cabe assegurar a efetividade do processo de criação democrática do direito. A função do tribunal constitucional não é garantir direitos (liberais) nem definir uma ordem de valores (comunitária), mas é especificamente zelar para que a criação do direito, em primeiro lugar, se realize segundo os critérios estabelecidos pela comunidade e, em segundo lugar, ocorra de modo democrático.

Incumbe ao Tribunal Constitucional tornar efetivo o ‘sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, ou seja, que garante a mesma medida e simultaneamente a autonomia privada e a autonomia política, de forma a garantir o caráter democrático do processo de produção e aplicação do direito [...]’⁷⁴. (Destaque nosso).

Enfim, o paradigma habermasiano vincula ao processo político comunicativo tanto a produção quanto a interpretação do direito, razão pela qual todo cidadão deve poder participar não só da criação, senão também da interpretação da Constituição. Depois de deixar bem nítida a diferença entre o campo da ação comunicativa legislativa e o da ação comunicativa jurisdicional e, de passagem, lançar uma crítica mordaz à invasão da competência legislativa por parte dos poderes administrativo e judiciário, que muitas vezes ocorre nas democracias atuais, Habermas apregoa que a interpretação das normas, da mesma forma que a sua produção, deve ocorrer no interior do debate público, com a participação efetiva dos cidadãos.

Aponta BASILONE que:

[...] A validade da ordem jurídica está na legitimidade que a norma deve ter para além de sua facticidade, ou seja, para além de sua coercitividade, e essa legitimidade repousa no consenso racional obtido por intermédio do debate público. Quando fala em consenso racional obtido por meio do agir comunicativo, Habermas pressupõe cidadãos que agem livre e espontaneamente, isto é, ele pressupõe sujeitos que, sendo simultaneamente atores e destinatários das decisões públicas, vinculam-se à norma por eles mesmos formuladas por razões alheias ao medo da sanção estatal. Tais razões metajurídicas, que antes situavam-se na religião (a crença no sagrado), na tradição (a crença nos valores culturais) ou no medo da sanção (a obediência compulsória a um governo totalitário), hoje situam-se processos políticos democráticos deliberativos racionais, dentro dos quais são assegurados os direitos fundamentais e as identidades culturais das comunidades históricas diferenciadas. **O direito, portanto, se legitima pela via democrática. E o discurso comunicativo é o único meio racional**

⁷⁴ BASILONE LEITE, Roberto. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Capítulo 6** – Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. Editora: Landy, São Paulo, 2005. Página 221.

capaz de, sem recorrer à violência, operacionalizar a tensão inerente às relações sociais na sociedade pluralista democrática [...] ⁷⁵. (Destaque nosso).

Isto posto, tal como diante da teoria pura do Direito, em face da teoria discursiva habermasiana o cumprimento da sentença criminal, após segundo grau de jurisdição, ainda que desprovida da certeza da coisa julgada material, é inconstitucional e ilegítima.

O Direito como dito alhures, se legitima pela via democrática, o que não ocorreu quando da discussão do Habeas Corpus 126.292/SP, em que se sinalizou a possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, mesmo pendente Recurso Especial e/ou Extraordinário. A Corte Suprema foi de encontro com a dicção do art. 5º, inciso LVII⁷⁶ da Constituição de 1988 e art. 283⁷⁷ do Código de Processo Penal.

Não prestigiou o debate amplo com integrantes dos diversos matizes de nossa sociedade, pelo contrário, preferiram eles próprios mudarem o entendimento que vinham seguindo desde o ano de 2009 por ocasião do julgamento do Habeas Corpus de nº: 84.078/MG, julgamento este que enaltecia o Princípio da Presunção de Inocência.

Ora, com base na teoria habermasiana, tendo em vista a via de controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, temos um farto espaço para a prática da racionalidade comunicativa na medida em que vários atores são chamados à discussão da temática, situação muito diversa de quando as discussões são acachapadas somente pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nesse íterim, ingressa a decisão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade sob números 43, 44 e 54. Suas resoluções em muito contribuirão para a compreensão do princípio da presunção de inocência em nosso país.

⁷⁵ BASILONE LEITE, Roberto. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Capítulo 6** – Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. Editora: Landy, São Paulo, 2005. Página 227

⁷⁶ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. *Destaque nosso.*

⁷⁷ “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”. *Destaque nosso.*

O STF analisou as ADC's manejadas pelo Partido Patriota (antigo Partido Nacional Ecológico – PEN) sob nº 43, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sob nº 44, e do PCdoB, sob nº 54. O pedido nas ADC's era para que se declarasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. In verbis:

*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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Destaque nosso).*

Trata-se, pois, de discussão que demandou a participação de múltiplos atores sociais, a racionalidade discursiva habermasiana foi a tônica da discussão empreendida a fim de auferir o melhor resultado, sobretudo para a correta compreensão dos limites da presunção de inocência. Salienta-se que essa racionalidade discursiva revelou seu ápice na participação dos *amicus curiae*.

A atividade interpretativa foi “*condicion sine qua non*” para o estabelecimento dos sentidos das normas jurídicas e para a compreensão da ciência do Direito. No momento em que se afirma que uma norma é clara já houve manifestação do pensamento hermenêutico sobre algum texto normativo. Não existe norma clara sem interpretação⁷⁸.

⁷⁸ CAMILLOTO, Bruno. **Hermenêutica Jurídica: A construção de um conceito de objetividade**. Livraria e Editora Ouro Preto, Ouro Preto, 2014. Página 25.

6 DA HIGIDEZ JURÍDICA DA DECISÃO DAS ADC'S 43,44 E 54

Em 07 de novembro de 2019 encerrou-se o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, tendo por relator o Ministro Marco Aurélio.

As ADC's em questão procuravam declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, tendo em mira a prescrição do artigo 5º, inciso LVII da CF/1988:

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

O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Votaram pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Participaram como *amicus curiae*: O Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro, A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, O Instituto de defesa do Direito de Defesa, O Instituto Brasileiro de Ciências criminais (IBCCRIM), A Defensoria Pública da União, O Instituto Ibero Americano de Direito Público - Capítulo Brasileiro (IADP), O Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e o Instituto de Garantias Penais (IGP).

Com o novel entendimento, retornava-se à cognição encampada na resolução do Habeas Corpus 8.078/MG. Agora com eficácia vinculante e efeito erga omnes, o cumprimento da pena privativa de liberdade somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Entretanto a decisão do STF, não vale para decisões do Tribunal do Júri. Mesmo não estando em discussão, o ministro Dias Toffoli disse que pretende pautar

para este ano o recurso que discute a execução imediata da pena de réus condenados pelo Tribunal do Júri.

O entendimento em questão foi amplamente debatido pela sociedade civil e viu no instituto do *amicus curiae* a possibilidade de reverberação dos entendimentos daqueles que lidam diariamente com a seara criminal.

Com efeito, essa participação democrática tende a assinalar o exercício da racionalidade comunicativa alcunhada por Jürgen Habermas, bem como da interpretação autêntica ventilada pela doutrina de Hans Kelsen.

Todavia, o enfrentamento do tema encontrou acirrado debate no seio da sociedade, sobretudo com os comentários esposados pelos procuradores da Operação Lava Jato.

Nos portentosos meios de comunicação o que se ventilava era que a vedação ao cumprimento da pena privativa de liberdade após o segundo grau de jurisdição favoreceria os réus condenados no bojo das investigações.

Assim, diante do julgamento das ADC's, juristas alertaram para as mentiras e desinformações que circulavam sobre o tema:

[...] A pressão para influenciar o resultado do julgamento manipulando a “voz das ruas” tem vindo da mídia e das redes sociais. Nos melhores casos, a dificuldade de tratar com dados consolidados leva ao exagero dos impactos de uma eventual decisão favorável à Constituição. Nos piores, mentiras deslavadas são propagadas com impunidade [...] ⁷⁹

A força tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba disse em nota que *“a decisão de reversão da possibilidade de prisão em segunda instância está em dissonância com o sentimento de repúdio à impunidade e com o combate à corrupção, prioridades do país”*.

Para os membros do Ministério Público Federal, *“a existência de quatro instâncias de julgamento, peculiar ao Brasil, associada ao número excessivo de recursos que chegam a superar uma centena em alguns casos criminais, resulta em demora e prescrição, acarretando impunidade”*.

Em suma, o novo paradigma encampado pelo Supremo Tribunal Federal, além de demonstrar coerência com a Constituição de 1988, também atende a realidade

⁷⁹ Por Grupo Prerrô. **Juristas desmentem falsidades sobre julgamento da prisão após segunda instância**. Postado em 06 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://www.prerro.com.br/juristas-desmentem-falsidades-sobre-julgamento-da-prisao-apos-segunda-instancia/>>. Última consulta em 10 de novembro de 2019.

brasileira, pois segundo dados aferidos pela Defensoria Pública⁸⁰, a decretação de uma única prisão injusta com base no acórdão de segundo grau e, posteriormente, modificada nas instâncias superiores, já justificaria a espera pela definitividade da condenação com o seu trânsito em julgado, conforme estabelecido pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal⁸¹.

Conforme dados levantados durante 10 anos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo⁸², incluindo as concessões de ordem totais e parciais, no STJ o índice de algum êxito oscilou no intervalo entre 45%, o menor, em 2014, e 75%, o maior, em 2010. A média dos dez anos ficou em 54,5% de concessão total ou parcial.

Em 2016, a Defensoria obteve um índice de concessão de ordem de 49% das impetrações no STJ e, justamente em razão do ajuizamento das ações declaratórias, fez-se uma pesquisa mais detalhada dessas decisões concessivas. Para tanto, foram analisadas 770 decisões de mérito concedidas.

Dessas, 5 decisões concederam substituição de penas privativa de liberdade por restritivas de direitos, 11 decisões afastaram o argumento da hediondez do crime para fixação do regime fechado e permitiram a alteração do regime, 4 decisões diminuiram a pena aplicada em razão da ausência de fundamentação idônea para o aumento aplicado, 19 decisões compensaram a atenuante da confissão com a agravante da reincidência implicando em diminuição de pena, 44 decisões alteraram pena e/ou regime em casos de condenações por tráfico de entorpecentes e 4 decisões absolveram o paciente em razão da aplicação do princípio da insignificância. Número expressivo de liminares – 117 foram concedidas para alteração de regime inicial de cumprimento de pena com base nas súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

Em recursos especiais e agravos, realizou-se a análise de 591 decisões editadas entre fevereiro e abril de 2015. Foram 240 decisões com deferimento total

⁸⁰ Por POMPEU, Ana. FREITAS, Hyndara e CARNEIRO, Luiz Orlando. **Supremo derruba a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância. Com a decisão, a Corte volta a negar execução provisória da pena, entendimento que vigorou de 2009 a 2016.** Postado em: 07 de novembro de 2019 às 21h e 42 minutos. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/do-supremo/supremo-derruba-a-possibilidade-de-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia-07112019> > Última consulta em 08 de novembro de 2019.

⁸¹ Por DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo e MUNERATTI, Rafael. **Execução antecipada da pena – A profecia que se autocumpre. Análises mostram que obtemos alterações das condenações impostas em acórdãos de 2º grau, no STJ e no STF.** Postado em: 20 de outubro de 2019 às 11h e 16 minutos. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-antecipada-da-pena-a-profecia-que-se-autocumpre-22102019> >. Última consulta em 8 de novembro de 2019.

⁸² *Idem.*

ou parcial, e 21 ordens de habeas corpus concedidas de ofício no bojo dos recursos. O total foi de 44 % de algum sucesso.

No STF, em 2016, analisou-se 282 decisões em habeas corpus. Foram 32 decisões concessivas de ordem, total ou parcial, ou 11%. Concessões com base nas súmulas 718 e 719/STF foram 10. Ainda, 4 decisões reconheceram a ocorrência de privilégio no crime de tráfico de drogas com impacto significativo na pena e regime fixado, e 3 decisões diminuíram a pena aplicada ao paciente⁸³.

Em 2017, foram analisadas 10.040 decisões de mérito em habeas corpus impetrados no STJ. Dessas, 5.250 foram decisões concessivas total ou parcialmente da ordem, correspondente a 50,48%.

No STF, analisou-se 494 decisões de mérito em habeas corpus impetrados em 2017. Dessas, 43 foram decisões concessivas total ou parcialmente da ordem, correspondente a 8,7% de algum sucesso. Em 71 impetrações foi pedida a aplicação das súmulas 718 e 719/STF, dessas, 11 foram concedidas. No geral, foram 19 concessões para alteração de regime inicial, 2 decisões de redução de pena e 4 decisões reconhecendo a atipicidade da conduta pelo princípio da insignificância e a consequente absolvição do paciente.

Em 2018, em estudo às 9.731 decisões de mérito em habeas corpus impetrados no STJ. Dessas, 6.068 foram concessivas da ordem total ou parcialmente, correspondente a 61,84%.

No STF, foram analisadas 262 decisões de mérito em habeas corpus impetrados em 2018. Dessas, 41 foram decisões concessivas total ou parcialmente, correspondente a 15,6% de algum sucesso. Em 60 impetrações foi pedida a aplicação das súmulas 718 e 719/STF, das quais 9 foram concedidas. No total foram 17 decisões alterando o regime inicial. Ainda, teve-se mais 3 concessões para alteração de regime inicial sem menção de súmulas, 2 decisões reconhecendo o privilégio no crime de tráfico de drogas, 2 decisões de redução da pena aplicada e 7 decisões reconhecendo a atipicidade da conduta pelo princípio da insignificância e por ausência de lesão ao bem jurídico.

Conforme asseveração de Davi Eduardo Depiné Filho e Rafael Muneratti:

⁸³ Por DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo e MUNERATTI, Rafael. **Execução antecipada da pena – A profecia que se autocumpre. Análises mostram que obtemos alterações das condenações impostas em acórdãos de 2º grau, no STJ e no STF.** Postado em: 20 de outubro de 2019 às 11h e 16 minutos. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-antecipada-da-pena-a-profecia-que-se-autocumpre-22102019> >. Última consulta em 8 de novembro de 2019.

Em conclusão, os significativos índices de alterações nas condenações em segundo grau operadas pelo STJ e pelo STF demonstram a importância de se observar a literalidade do texto constitucional, evitando a indesejada ocorrência de prisões injustas e indevidas, quando ausentes os pressupostos que teriam autorizado, se o caso, uma prisão preventiva.

A execução antecipada da pena e o tratamento do trânsito em julgado como um elemento dispensável no exercício do poder punitivo estatal, ao invés de evitarem impunidade, estariam a caracterizar uma profecia que se autocumpra, pois os dados ora elencados evidenciam que as injustiças inevitavelmente ocorrerão⁸⁴.

Isto posto, levando em consideração os dados e informações *ex positis*, temos que a decisão das ADC's 43, 44 e 54, pura interpretação autêntica do direito, demonstram o exercício da racionalidade comunicativa habermasiana. A decisão em questão é dotada de legalidade e legitimidade, deflagrada desse modo, sua higidez jurídica.

⁸⁴ Por DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo e MUNERATTI, Rafael. **Execução antecipada da pena – A profecia que se autocumpra. Análises mostram que obtemos alterações das condenações impostas em acórdãos de 2º grau, no STJ e no STF.** Postado em: 20 de outubro de 2019 às 11h e 16 minutos. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-antecipada-da-pena-a-profecia-que-se-autocumpra-22102019> >. Última consulta em 8 de novembro de 2019.

7 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CELERIDADE PROCESSUAL

Não existem direitos absolutos. Diante do caso concreto, determinadas regras são aplicadas ou não. Quanto aos princípios, por serem comandos de otimização, não de ser harmonizados, de modo que a aplicação de um não implique na negação de outro(s).

Como bem pondera Luiz Flávio Gomes:

[...] o Direito se expressa por meio de normas. **As normas se exprimem por meio de regras ou princípios.** As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. **Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin).** Quando duas regras colidem, fala-se em " conflito "; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. **Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver " colisão ", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles) [...]**⁸⁵.(Destaque nosso).

No voto do Ministro Roberto Barroso quando do julgamento do HC 126.292/SP, o mesmo ponderou sobre a colisão do princípio da presunção de inocência em face da duração razoável do processo, comando consignado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988:

[...] eu penso que o modelo que passou a vigor no Brasil a partir desta decisão no HC 84.078, em que o Supremo mudou a jurisprudência, não funcionou bem. A partir de tal julgamento, impediu-se que condenações mantidas em grau de apelação produzam qualquer efeito, conferindo ao recurso aos tribunais superiores um efeito suspensivo que eles não têm. **Criou-se, assim, uma cultura que fomenta a infundável interposição de recursos protelatórios.**⁸⁶. (Destaque nosso).

E arremata:

⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções*. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Acesso em: 31 jan. 2012.

⁸⁶ Trecho do voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>. Última consulta em 28 de setembro de 2019 às 21h.

[...] eu acho que a advocacia criminal merece apreço, merece respeito e desempenha um papel fundamental para a realização da justiça. **Mas os advogados criminais não podem ser condenados a, por dever de ofício, interpor um recurso descabido atrás de outro recurso descabido para, ao final, colherem uma prescrição e a eventual não punição do seu cliente. Esse é um destino inglório para qualquer profissional.** No entanto, é um papel que se cumpre porque o sistema permite, e o advogado se empenha em manter seu cliente fora da prisão. **Portanto, não é uma crítica ao advogado. É uma crítica ao sistema, que é um desastre completo, inclusive no tratamento que dá à prescrição. Mas não é isso que está em discussão aqui. O que se pode fazer aqui é tornar menos interessante a interposição sucessiva de recursos descabidos e protelatórios, cujo grau de provimento, eu vejo pelo meu próprio gabinete, é inferior a 4%.** O Ministro Teori citou uma estatística referida pelo Ministro Joaquim Barbosa, que corresponde também à minha própria experiência. **Em suma: o que o Ministro Teori está propondo, e com adesão do Ministro Fachin, agora com a minha adesão, é a de tornar o sistema minimamente eficiente e diminuir o grau de impunidade [...]**⁸⁷. (Destaque nosso).

Assim cuidou o Ministro Roberto Barroso de examinar a presunção de inocência ou de não culpabilidade como um princípio, a exigir, como tal, sua interpretação e aplicação à luz da técnica da ponderação, que, no caso, envolve, de um lado, o princípio da presunção de inocência - cujo núcleo essencial reside na ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida - e, de outro lado, o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.

Mas o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF/88) estaria de fato em conflito com o princípio da celeridade ou efetividade processual (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88)?

Ab initio, faz-se necessário perquirir qual a abrangência dos comandos e a quem se destinam.

O princípio da presunção de inocência é um comando normativo em que sua:

[...] **dimensão não se circunscreve ao âmbito do processo penal, mas alcança também, no foro criminal, o âmbito extraprocessual.** Ao indivíduo é garantido o não tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. **Portanto, a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem considerar culpado**

⁸⁷ Trecho do voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>. Última consulta em 28 de setembro de 2019 às 21h.

aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional [...]⁸⁸. (Destaque nosso).

Assim temos que o princípio da presunção de inocência é tanto oponível verticalmente, isto é, em face do Estado, como também horizontalmente, ou seja, em face dos demais jurisdicionados. Ninguém poderá ser considerado culpado sem uma decisão judicial definitiva.

Já o princípio da celeridade ou efetividade processual, oriundo da Emenda Constitucional nº 45/2004, apregoa que: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”* (Art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88). Esse princípio é destinado necessariamente a atuação jurisdicional e administrativa, sendo, portanto, um comando destinado exclusivamente ao Estado.

Temos então o seguinte cenário: Ao se prestigiar a presunção de inocência, o manejo excessivo de recursos com o intuito de postergar a coisa julgada material culminaria na inefetividade do processo criminal. Como evitar que isso ocorra?

A resposta parece simples, mas é a única viável, se queremos uma prestação jurisdicional que observe minimamente os direitos fundamentais – o caminho a seguir é o de equipar nossos magistrados a fim de melhor realizarem a prestação jurisdicional. A morosidade da justiça brasileira não pode ser o argumento para a supressão de um princípio fundamental que é a presunção de inocência.

Como aponta Canotilho⁸⁹:

[...] a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e dos outros esquemas políticos coactivos). Os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) Constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual. (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) [...].

Dessa forma, não podemos admitir que um direito fundamental seja suprimido por razões pragmáticas, pois:

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2002. Página: 475.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria Constitucional**. Livraria Almedina, Coimbra, 2002. Página 407.

A dignidade humana é valor que não se negocia, como realmente sempre o foi, por isso nasce a ânsia de promovê-la já. Compreende-se, então, o apelo para que o Direito seja o elemento transformador da sociedade contemporânea. Não tem a pureza das primitivas, e já não aceita profetas com suas tábuas de leis. Quer fazer o seu destino e quer ser agente da sua história. Seus conflitos são trazidos à luz do dia e resolvem-se no jogo das pressões e das contradições.

O processo como instrumento disciplinado pela lei para permitir a manifestação do Poder Jurisdicional, chamado a resolver os conflitos, onde as autocomposições falharam, é instrumento pelo qual o Estado fala mas é, também, instrumento pelo qual o Estado se submete ao próprio Direito que a nação instituiu. E esse Direito é o único poder capaz de limitar a atuação do poder [...]º. (Destaque nosso).

O Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, em importante estudo acerca do processo constitucional, assim escreve:

A defesa das liberdades públicas pode ser assegurada por diferentes modalidades, sendo que em certos Estados, sob o plano institucional ocorre o aparecimento de garantias teóricas: princípio democrático, separação de poderes, princípios da legalidade, supremacia da Constituição. **A real garantia está no respeito às liberdades públicas, que aparecem como condição da democracia**º. (Destaque nosso).

Logo, a defesa do princípio da presunção da inocência enquanto garantia individual fundamental e inafastável, corolário lógico do Estado Democrático de Direito é ato de extrema importância se quisermos avançarmos enquanto sociedade solidária e fraterna.

Não se pode por questões práticas suprimir um direito constitucional fundamental cuja aplicabilidade não comporta outras interpretações que não a própria dicção normativa. Somente poderá ser considerado culpado o indivíduo que tenha contra si, sentença penal condenatória transitada em julgado.

Temos um longo desafio que perpassa desde a melhor estruturação de nosso sistema de justiça à criação de uma cultura que preserve e promova a efetividade dos direitos fundamentais.

º GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012, página 05.

º BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional – O devido processo legal**. Movimento Editorial da Revista Faculdade de Direito da UFMG, página 180 apud MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional: Curso de direitos fundamentais*, 3ª edição revista e atualizada, São Paulo, Editora Método, 2008, página 98.

8 CONCLUSÃO

“Não há Estado de Direito sem democracia radical”.

(HABERMAS, 2001, p.01)

Ao longo desse trabalho, vimos a paulatina mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao cumprimento da pena privativa de liberdade, após a formação de culpa no segundo grau de jurisdição.

Com efeito, até o ano de 2009, a Suprema Corte entendia ser possível o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade ainda que interposto Recurso Especial e/ou Extraordinário. Todavia, esse entendimento mudaria com o advento do julgamento do HC 8.078/MG. Agora, o cumprimento da pena privativa de liberdade somente seria possível com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Esse paradigma vigoraria do ano de 2009 até 2016.

Renovada a composição do STF, se julgaria em 2016 o HC 126.292/SP. Com ele retomava-se ao entendimento da Corte pré-2009. Para tanto, editou-se a Tese Tema nº 925 que apregoava: *“A execução Provisória de Sentença Penal Condenatória proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição”*. Assim, se assinalava ser possível, e não obrigatório, o cumprimento da pena privativa de liberdade após sucumbência no segundo grau de jurisdição, mesmo que interposto RE e/ou REX.

Ocorre que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a súmula de nº 122: *“Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”*. Estabelecia-se dessa forma, a obrigatoriedade no cumprimento da pena privativa de liberdade quando o réu fosse sucumbente no segundo grau de jurisdição, ainda que interpostos recursos. Esse entendimento foi questionado no julgamento do HC 152.752/PR.

Em 07 de novembro de 2019, com o julgamento das ADC's 43, 44 e 54, por seis votos a cinco, declarou-se constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal que dita:

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.

O Supremo Tribunal Federal voltava então a prestigiar o princípio da presunção de inocência. A execução de pena privativa de liberdade somente seria possível com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, tudo isso com eficácia vinculante e efeito erga omnes.

Vimos que, com base na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a norma contida no art. 5º, inciso LVII da CF/88: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* é norma cuja interpretação é inequívoca, havendo desse modo somente um quadro de interpretação possível: culpado somente será quem tenha em face de si, sentença penal condenatória transitada em julgado. Assim sendo, o entendimento jurisprudencial consubstanciado no julgamento do HC 126.292/SP é ilegítimo e inconstitucional.

Outrossim, analisando a teoria de outro grande pensador do século XX, Jürgen Habermas, temos que a concepção habermasiana de patriotismo cultural é uma modalidade pós-convencional de configuração da identidade coletiva de uma *“nação de cidadãos”*, na qual, em razão da diversidade de formas culturais, a Constituição representa a única base comum a todos os cidadãos.

A ideia de patriotismo constitucional de Habermas relaciona três formas instrumentais de integração social: A dominação burocrática, que representa a intervenção ilegítima do poder administrativo; a monetarização ou privatizações da cidadania que consiste na intervenção ilegítima do mercado e a solidariedade, revelada pela intervenção das forças sociais tendentes a garantir, por meio de uma estrutura comunicativo-normativa, os direitos humanos e, ao mesmo tempo, os compromissos éticos de culturas políticas particulares.

Nesse ínterim, a decisão do Supremo Tribunal Federal cunhada no HC 126.292/SP carecia de substrato racional comunicativo, isto é, de um amplo, democrático e profundo debate acerca do tema, o que somente ocorreu quando do julgamento das ADC's 43, 44 e 54, sobretudo pelo exercício do instituto do *amicus curiae*.

Assim sendo, a mudança de entendimento da Suprema Corte revela dessa forma, o quanto avançamos em termos de sociedade. Ao se prestigiar o debate,

promovem-se decisões mais legítimas, e porque não, mais democráticas. É o processo penal em transe, deflagrando assim, os limites e desafios da presunção de inocência.

Ouro Preto, 10 de novembro de 2019.

REFERÊNCIAS

BASILONE LEITE, Roberto. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça**. Editora: Landy, São Paulo, 2005.

CAMILLOTO, Bruno. **Hermenêutica Jurídica: A construção de um conceito de objetividade**. Livraria e Editora Ouro Preto, Ouro Preto, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria Constitucional**. Livraria Almedina, Coimbra, 2002

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**, Editora: Mandamentos, Belo Horizonte, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Editora: Del Rey, Belo Horizonte, 2004.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª edição Revista, atualizada e ampliada.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, princípios e desafios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/loja/item/prisaocautelardramas.principiosalternativas-2017>> Consultado às 19:39 de 09 de outubro de 2018.

DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo e MUNERATTI, Rafael. **Execução antecipada da pena – A profecia que se autocumpre. Análises mostram que obtemos alterações das condenações impostas em acórdãos de 2º grau, no STJ e no STF**. Postado em: 20 de outubro de 2019 às 11h e 16 minutos. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-antecipada-da-pena-a-profecia-que-se-autocumpre-22102019>>. Última consulta em 8 de novembro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, **Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012.

HABERMAS, **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**, Editora: Tempo Brasileiro, São Paulo, 1997, V.I e II.

HABERMAS, Jurgen. **Más allá del estado nacional**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, 2. Reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

HABEAS CORPUS 8.078/MG. Relatoria Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Última consulta em 06 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS 126.292/SP. Relatoria do Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Última consulta em 06 de dezembro de 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998,

KELSEN, Hans. ***An introduction to the problems of legal theory – A translation of the First Edition of Reine Rechtslehre or Pure Theory of law***. Trad. Bonnie Litschewski e outros. Oxford: Claredon, 1992

LEAL, Saul Tourinho. **Prisão em Segunda Instância: A Hora do STF**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ConversaConstitucional/113.MI>277547,91041Prisão+em+segunda+instância+A+hora+do+STF>>. Última consulta às 19:39 de 09 de outubro de 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional: Curso de direitos fundamentais**, 3ª edição revista e atualizada, São Paulo, Editora Método, 2008.

MEIRA, José Boanerges. **Inquérito Policial**. Editora: Mandamentos. Belo Horizonte, 2009.

POMPEU, Ana. FREITAS, Hyndara e CARNEIRO, Luiz Orlando. **Supremo derruba a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância. Com a decisão, a Corte volta a negar execução provisória da pena, entendimento que vigorou de 2009 a 2016**. Postado em: 07 de novembro de 2019 às 21h e 42 minutos. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/supremo-derruba-a-possibilidade-deprisao-apos-condenacao-em2a-instancia-07112019>> Última consulta em 08 de novembro de 2019.

SILVA, Evander de Oliveira. **A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal/2>>. Publicado em 11/2014. Última consulta em 08 de agosto de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. Editora: Malheiros Editores LTDA, São Paulo, 1982.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Brasil: a democracia à beira do caos e os perigos da desordem jurídica**. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/>>, acesso em 26 de março de 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2002, página 475.

Trechos do voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Celso de Mello na apreciação do Habeas Corpus de nº: 152.752 em 04 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Última consulta em 18 de agosto de 2019.

Trechos do voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Luís Roberto Barroso na apreciação do Habeas Corpus 126.292. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>>. Última consulta em 28 de setembro de 2019 às 21h.

VASCONCELOS, Paloma. **Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo.** 19 de julho de 2019. Disponível em: <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Última consulta em 08 de agosto de 2019.

ZAPATER, Máira. **A execução antecipada da pena: o antigo problema em “novo” debate.** Publicado em 4 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/05/04/a-execucao-antecipada-da-pena-o-antigo-problema-em-novo-debate/>>. Última consulta em 08 de agosto de 2019.