



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

FILIPE GUEDES DE OLIVEIRA LIMA

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO**

Salvador

2019

FILIPPE GUEDES DE OLIVEIRA LIMA

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA: UM QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre André Luiz Batista Neves.

Salvador

2019

FILIPPE GUEDES DE OLIVEIRA LIMA

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 11 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

André Luiz Batista Neves - Orientador
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Universidade Federal da Bahia

Durval Carneiro Neto - Examinador
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Universidade Federal da Bahia

Felipe Jacques Silva - Examinador
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial mãe e vó.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores, colegas, amigos, família e, em especial, a minha companheira Gabriela por toda a ajuda.

"Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça" (Ruy Barbosa)

LIMA, Filipe Guedes de Oliveira. **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**: uma questão de interpretação. 71f. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar se a prisão em segunda instância, ainda que pendente de julgamento de eventuais recursos extraordinários (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), ofende o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Para tanto, será tratada a estrutura principiológica e a extensão do princípio da presunção de inocência. O tema da hermenêutica constitucional será abordado trazendo-se suporte para a análise da oscilante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Ao final, lançados diversos argumentos contra e a favor da execução provisória, caberá a uma análise crítica condensar todo o exposto no trabalho com vistas a construir uma conclusão mais adequada e justa para o tema da execução provisória da pena.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência. Hermenêutica Constitucional. Execução provisória da pena. Interpretação Sistemática.

LIMA, Filipe Guedes de Oliveira. **Presumption of innocence and provisional execution of the sentence**: a matter of interpretation. 71f. 2019. Course Conclusion Paper (Undergraduate) - Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze whether the detention in the second instance, even if pending possible extraordinary appeals (Special Appeal and Extraordinary Appeal), offends the principle of presumption of innocence, constitutionally provided for in art. 5, item LVII of the Federal Constitution. To this end, the principle structure and extension of the presumption of innocence principle will be addressed. The issue of constitutional hermeneutics will be approached by supporting the analysis of the oscillating jurisprudence of the Federal Supreme Court on the subject. In the end, if several arguments are raised against and in favor of the provisional execution, it will be a critical analysis to condense all the above in order to build a more adequate and fair conclusion to the theme of the provisional execution of the sentence.

Keywords: Principle of presumption of innocence. Constitutional Hermeneutics. Provisional execution of the sentence. Systematic Interpretation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Acção Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	12
2.1	TEORIA DOS PRINCÍPIOS	12
2.1.1	Distinção entre princípio e regra	14
2.1.2	Conflito entre princípios e seu modo de resolução	16
2.2	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRINCÍPIO, DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL	18
2.2.1	Presunção de inocência no Direito brasileiro como Direito e Garantia Fundamental	19
2.2.2	Presunção de inocência como princípio	22
3	HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	25
3.1	INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA	26
3.2	A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	28
3.2.1	Neoconstitucionalismo e a supremacia da Constituição	28
3.2.2	Da especificidade da interpretação constitucional	29
3.2.3	Métodos de interpretação das normas constitucionais	31
3.2.3	PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	35
4	ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	40
4.1	BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	41
4.1.1	HABEAS CORPUS 84.078/MG	42
4.1.2	HABEAS CORPUS 126.292/SP	48
4.1.3	Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44, 54	53
4.2	ARGUMENTOS CONTRA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	54
4.3	ARGUMENTOS A FAVOR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	57
4.4	ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	61
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
	REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar se a execução provisória do acórdão penal condenatório ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), atentando-se para a oscilação jurisprudencial proporcionada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente pelo julgamento dos Habeas Corpus (HC) 84.078/MG, 126.292/SP, e pelo julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43, 44 e 54, o que suscitou no mundo jurídico, e também na sociedade, diversos debates tanto a favor quanto contra a execução provisória da pena, sob o prisma constitucional.

Trata-se de uma discussão não tão recente, mas que aparentava estar pacificada até o ano de 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG, no qual a Suprema Corte passou a entender ser inconstitucional a execução provisória da pena. Tal entendimento perdurou por não muito, pois, no ano de 2016, o Pleno do STF enfrentou mais uma vez a questão quando do julgamento do HC 126.292/SP, deliberando por maioria de 7 votos a 4 a constitucionalidade da prisão a partir de condenação em segunda instância, ainda que pendentes recursos extraordinários. Recentemente, já em 2019, a partir das ADC's 43, 44 e 54, a jurisprudência, por maioria apertada, foi novamente alterada, passando-se a proibir a execução provisória da pena.

A relevância do tema se justifica pelas constantes discussões que vêm sendo travadas nas academias jurídicas, na mídia, nos tribunais e, também, na sociedade, sobretudo por conta dos desdobramentos sociais que o tema proporciona.

Desse modo, pretende-se, inicialmente, tratar da presunção de inocência sob a perspectiva da teoria dos princípios, demonstrando o tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência, além também das garantias inerentes do seu núcleo essencial.

Logo após, a partir de uma construção hermenêutico-constitucional e sob a perspectiva da presunção de inocência como princípio, o trabalho buscará o alcance do dispositivo disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e se este permite ou não a execução provisória da pena. Para tanto, far-se-á necessário levar em consideração diversos métodos e princípios de interpretação constitucional, dentre eles a interpretação sistemática, bem como a ponderação de princípios, notadamente os dispostos ao longo do art. 5º, como os incisos LXI, LXXVIII e o direito à segurança, expressamente previsto no caput do referido artigo e desenvolvido no art. 144 do próprio diploma normativo.

Neste ponto, necessário se faz apresentar os métodos clássicos de interpretação das leis, pois estes servirão de base para a interpretação dos dispositivos constitucionais. Entretanto, a Constituição, especialmente após o neoconstitucionalismo, passou a ser o centro do sistema jurídico dos países com tradição democrática, o que levou a criação e desenvolvimento de métodos interpretativos próprios, os quais não são absolutos, mas sim harmônicos e complementares.

Adiante, será brevemente analisada a oscilação de jurisprudência do STF ao longo dos anos, trazendo-se à colação diversos argumentos prós e contra a execução provisória da pena.

Ademais, o princípio da proporcionalidade será apresentado e discutido à luz do tema, visto que, este princípio é utilizado para a resolução de choque entre princípios de mesmo valor. Igualmente os métodos de interpretação da Constituição serão apresentados, debatendo-se os principais argumentos contra a execução provisória da pena.

Finalmente, após as bases apresentadas, o fechamento do trabalho abordará se de fato a execução provisória da pena proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que pendente os recursos extraordinários, contraria a Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a conclusão do presente estudo buscará sintetizar todo o exposto, de forma a evidenciar que cada dispositivo constitucional deve ser interpretado de maneira sistemática por meio de métodos específicos de interpretação que visam extrair da melhor forma seus significados.

Sob o aspecto metodológico, será utilizado o método hipotético-dedutivo, com o suporte de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e da legislação pertinente. O estudo será lastreado em livros, artigos publicados em revistas especializadas, monografias, bem como em decisões e acórdãos proferidos pelos diversos tribunais, na intenção de delinear o anterior e o atual cenário acerca das prisões a partir de julgamento em segunda instância.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de abordar o princípio da presunção de inocência especificamente, convém fazer uma breve digressão acerca da teoria geral dos princípios, abordando a definição e distinção entre os tipos de normas (norma-regra/norma-princípio), bem como seu modo de resolução em caso de conflitos, e, por fim, trazendo o tratamento dispensado pela doutrina e pela jurisprudência, que consagram o princípio da presunção de inocência.

A propósito, sobre o ponto de vista terminológico, convém desde logo pontuar que a denominação "presunção de inocência" não é completamente unânime. Não são raros os autores que o tratam como princípio da "não-culpabilidade", ou consideram ambos os termos como sinônimos, assim como ocorre na jurisprudência¹.

De toda maneira, a discussão terminológica não repercute na aplicação prática desse princípio, independentemente da opção a ser adotada, conforme aponta parte da doutrina.

Neste ponto, conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a "Presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção" (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 69).

No mesmo sentido, Gustavo Badaró aduz:

As expressões "inocente" e "não culpável" constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito (BADARÓ, 2019).

Superada essa questão, outra discussão cujo entendimento não é unânime na doutrina refere-se a natureza jurídica da presunção de inocência. Afinal, trata-se de princípio ou regra?

2.1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Preliminarmente, cabe fazer uma breve distinção entre texto e norma pois indispensável para a compreensão da teoria dos princípios.

O texto, ou simplesmente enunciado normativo, é composto geralmente por duas partes: uma hipótese fática, a qual descreve a situação jurídica regulada pela norma, e um conseqüente normativo, o qual atribui certo resultado jurídico para a situação fática

¹Vide STF - AI: 755599 RS, Relator Min. Luiz Fux, data de julgamento: 07/02/2013. Data de Publicação DJe-029; STF HC 152.752/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 05/04/2018; ARE 964.246/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 25.11.2016.

vislumbrada e realizada. Já a norma é o resultado extraído da interpretação do enunciado, não significando dizer que toda norma depende de um texto, mas como regra, os textos são postos para serem interpretados visando extrair uma ou mais normas.

O autor italiano Riccardo Guastini aduz que texto normativo é entendido como o documento elaborado por uma autoridade normativa, sendo, por isso, identificado como fonte do direito dentro de determinado ordenamento jurídico. Na sequência, ele distingue disposição e norma jurídica, ao afirmar que as disposições são enunciados normativos que estão inseridos nas fontes do direito (lei Constituição, atos administrativos normativos e decisões judiciais). A norma jurídica, por sua vez, seria o "conteúdo de significado" resultante da atividade de interpretação das disposições presentes nas diversas fontes do direito (GUASTINI, 2005).

Lênio Streck explica que entre texto e norma há uma diferença ontológica, pois segundo o autor, texto equivale-se a um "ente", enquanto que a norma se equivale a "ser", veja-se:

Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica, isto porque – e aqui a importância dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica jurídica de cariz filosófico – o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. O ser existe para dar sentido aos entes. Por isso há uma diferença ontológica (não ontológico-essencialista) entre ser e ente, tese que ingressa no plano da hermenêutica jurídica para superar, tanto o problema da equiparação entre vigência e validade, como o da total cisão entre texto e norma, resquícios de um positivismo jurídico que convive com uma total discricionariedade no ato interpretativo (STRECK, 2007, p. 32).

Fixada esta diferença, passa-se então ao tratamento da teoria dos princípios e os seus desdobramentos, os quais passam pela fixação do poder normativo dos princípios, distinção entre estes e as regras, bem como seu modo de resolução em caso de conflitos.

Há não muito tempo, os princípios, na teoria jurídica tradicional, exerciam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na dogmática jurídica, isto é, serviam apenas para complementar o sistema em caso de lacunas perante a decidibilidade de conflitos. Nesse sentido, os princípios não eram entendidos como normas jurídicas mas apenas como ferramentas de integração (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 142).

Foi apenas no pós-positivismo (marco filosófico do novo constitucionalismo) que fora atribuída normatividade aos princípios, superando a distinção entre norma e princípio.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso aduz que:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a

reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO, p. 6).

Assim, "a partir do Pós-Positivismo, os princípios passam a ser considerados direito, e as normas a dispor de duas espécies de veiculação: os princípios e as regras" (BARBAGALO, 2015, p. 62).

Estabelecido o poder normativo dos princípios, na dogmática moderna, as normas jurídicas, entendidas como o resultado da interpretação do texto, conforme já mencionado, podem se classificar em normas-princípios e normas-regras (normas-disposição) ou, simplesmente, princípios e regras.

2.1.1 Distinção entre princípio e regra

De maneira preliminar, cabe pontuar que qualquer tentativa de resolução de eventual conflito entre princípios ou conflito entre estes e regras pressupõe a delimitação dos conceitos e a distinção clara entre tais espécies normativas, pois, sem isto, seria demasiadamente custoso tentar delimitar o alcance dos princípios, sobretudo daqueles que emanam direitos fundamentais. Nesse sentido, Robert Alexy pontua que: "a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2006, p. 85).

Portanto, diante da necessidade de se conceituar, numa abordagem teórica, as regras e os princípios, fazendo-se, desse modo, uma diferenciação entre essas espécies normativas, alguns autores são autoridades no tema e mostra-se salutar trazer suas contribuições.

Humberto Ávila traz uma proposta conceitual para diferenciar as regras dos princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangências, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2010, p. 78).

E prossegue:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2010, p. 78-79).

Ronald Dworkin, um dos autores mais citados na doutrina, propõe que a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica. Para ele, as regras são aplicadas de maneira alternativa, na forma de "tudo ou nada" (*all-or-nothing*), podendo conter exceções. Já os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*) ou importância, o que se demonstra como um referencial de análise que auxiliará na solução de uma eventual colisão entre tais espécies normativas, facilitando a identificação do princípio que prevalecerá (o princípio que possui maior peso se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade (DWORKIN, 2002, p. 26).

Para Dworkin, os princípios não são necessariamente aplicáveis simplesmente com a presença dos pressupostos considerados suficientes à incidência do seu potencial normativo, pois ainda que associados à determinado direito, este pode desconsiderar sua aplicação, privilegiando outros princípios diante da situação concreta vivida (GARCIA, 2015, p. 220).

Humberto Ávila sintetiza com maestria o pensamento de Dworkin:

"[...] A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. [...]" (ÁVILA, 2010, p. 36-37).

Mister trazer, do mesmo modo, os ensinamentos de Robert Alexy que, partindo das considerações de Dworkin, trouxe significativa contribuição para a teorização da distinção entre regras e princípios, tratando tal distinção como qualitativa.

Para o referido autor, as regras são espécies de normas que devem ou não ser satisfeitas, no sentido em que se uma regra vale, logo, ela deve ser seguida na medida exata do que dispõe, na medida em que contêm determinações no âmbito daquilo que é juridicamente possível (ALEXY, 2006, p. 91).

Por outro lado, sustenta que os princípios são espécies de normas as quais ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Em síntese, tais normas expressam "mandamentos de otimização" (entendidos em sentido amplo, incluindo permissões e proibições), que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus que podem variar (ALEXY, 2006, p. 90).

Em síntese, condensando as principais ideias, as normas-princípios, ou simplesmente princípios, possuem um certo grau de abstração e generalidade, na medida em que expressam ideais matrizes ou valores fundamentais os quais irradiam por todo o ordenamento jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2008), que podem ser satisfeitas em um maior ou menor grau, a depender do caso concreto.

Por outro vértice, as normas-regras tem sua eficácia restrita à situação a qual podem e devem incidir. Elas possuem pouco grau de abstração e reduzida generalidade, e se limitam a trazer uma proibição, exigência ou permissão diante de uma situação hipotética descrita no texto, e devem ou não ser aplicadas a depender da situação fática vivenciada.

Desse modo, enquanto os princípios, por seu elevado grau de generalidade, aplicam-se em uma série indefinidas e não previstas de situações terminando por indicar determinada direção a ser seguida, as regras são aplicadas em situações jurídicas determinadas, expressando consequências jurídicas que se concretizam de forma automática com a ocorrência de determinadas situações.

2.1.2 Conflito entre princípios e seu modo de resolução

É certo que um sistema jurídico destinado a regular os comportamentos humanos com o fim de uma convivência harmônica e pacífica não pode ser composto apenas por princípios, pois seria tão flexível a ponto de não contemplar de maneira objetiva determinadas situações, como por exemplo as condutas proibidas ou o controle do poder, deixando ao sabor do intérprete e aplicador da lei a forma de se decidir um conflito. Por outro lado, um sistema composto só de regras se demonstraria ser assaz rígido, em virtude do enrijecimento que impossibilitaria a decisão de conflitos diante de casos concretos.

Desse modo, pode-se concluir que tanto as regras quanto os princípios assumem um papel fundamental para o regular desempenho do sistema jurídico, de modo que cada espécie normativa exerce sua função, que em alguns casos são diferentes e complementares entre si, não sendo possível imaginar uma sem a outra (ÁVILA, 2010, p. 121).

Diante desse ponto, em virtude da coexistência entre espécies normativas diferentes em um mesmo ordenamento jurídico, e diante da infinidade de situações em que tais normas devam incidir, o conflito entre princípio e regra, regra e regra ou entre princípio e princípio torna-se inevitável.

Preliminarmente, cabe aqui efetuar um recorte de tratamento em razão do tema abordado nesta pesquisa tratar-se de um princípio, como será constatado adiante. Desse modo, cumpre focar na resolução de conflito somente entre princípios.

Em um Estado Democrático de Direito, cuja tradição está associada ao respeito às diferentes e múltiplas ideologias, especialmente com o advento das chamadas Constituições promissórias, as normas jurídicas, notadamente as constitucionais, podem assumir um caráter

antinômico na medida em que existem muitos casos de conflitos entre direitos fundamentais, os quais são exprimidos através de princípios, como é o caso, por exemplo, do conflito entre o direito à privacidade (art. 5º, X, da CF/88) e a liberdade de imprensa (art. 220, §1º, da CF/88), em que tais direitos possuem disposição de princípio sem se diferenciarem hierarquicamente.

Os conflitos, então, surgem por consequência do direcionamento oposto que os diferentes princípios possuem, na medida em que, ainda tratando do exemplo acima, a liberdade de imprensa segue no caminho da transparência e da livre circulação de informação, enquanto que o direito à privacidade, relacionado aos direitos da personalidade, caminha no sentido do sigilo, da não exposição e da tranquilidade. Isso, contudo, não significa que princípios aparentemente antagônicos não devam coexistir. Muito pelo contrário. Eles se complementam e são necessários à vida em sociedade, devendo existir um modo de resolução das situações aparentemente sem resposta.

Mister frisar que os conflitos envolvendo princípios são de complexa solução e que independentemente da solução a ser adotada, haverá a restrição em maior ou menor grau dos mandamentos neles descritos. Desse modo, o método da ponderação de princípios assume destaque em razão da sua maior capacidade em resolver os problemas causados entre o choque de princípios sem haver um grande trauma.

Isto remete à ideia de não haver direitos e ou princípios absolutos, em que um princípio sempre prevalecerá de forma inata sobre outro. Nem mesmo o direito à vida é absoluto segundo a Constituição, pois esta autoriza a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF/88). Portanto, em razão de não serem absolutos, seu exercício pode ser limitado a depender do caso concreto, devendo ser aplicada a técnica da ponderação ou sopesamento².

Com efeito, diferentemente da solução a ser adotada em caso de conflito de regras, no qual somente uma regra pode ser considerada válida para a situação conflitante, no conflito entre princípios deve-se buscar a conciliação entre eles, de forma a aplicá-los em extensões variadas segundo a relevância do caso concreto, sem que um dos princípios seja excluído do ordenamento jurídico pela simples oposição entre um e outro. "Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção" (ALEXY, 2006, p. 93). Isto, basicamente, consiste na ideia de ponderação ou sopesamento.

Expoente do desenvolvimento da técnica da ponderação, Robert Alexy, preocupado em torná-la um método racional que possa ser controlável de maneira argumentativa, sem que sirva de justificativa para decisões unicamente subjetivistas, construiu uma teoria da técnica da ponderação, que associada à teoria dos princípios, serviu de base para a solução de conflitos jurídicos associados à princípios distintos.

²No presente trabalho os termos "ponderação" e "sopesamento" serão tratados como sinônimos.

Na sua teoria, Alexy afirma que os princípios são mandamentos de otimização, e em razão do seu caráter expansivo, estariam frequentemente entrando em rota de colisão, o que apenas seria resolvido por meio da precedência de um deles.

Desse modo, no caso concreto, os princípios em colisão possuem pesos distintos e aquele que possuir o maior peso terá precedência. Então, pontua Alexy que "A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto" (ALEXY, 2006, p. 96).

Nessa linha, Alexy afirma:

[...] O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto: "Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade [...]" (ALEXY, 2006, p. 95).

Portanto, levando em consideração que os princípios, a priori, podem ser aplicados às mais diversas situações do cotidiano, e que por conta da sua proteção constitucional (em se tratando de direitos fundamentais) eles muitas vezes entram em conflito, o que pode aparentar um caráter contraditório entre si, restando, então, a ponderação para se aferir o peso maior que determinado princípio terá diante do caso concreto, sem que com isso, o princípio precedido deixe de existir no ordenamento jurídico.

Diante do exposto, cabe agora trazer a discussão se a presunção de inocência, capitulada no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, pode ou não ser considerada como princípio, em detrimento de ser tratada como regra, e a partir disso, analisar se o método da ponderação pode ser utilizado diante da aparente contradição entre os princípios envolvidos na questão envolvendo a execução da pena privativa de liberdade logo após o julgamento em segunda instância, a partir da mudança de jurisprudência no STF no julgamento do HC 126.292/2016.

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRINCÍPIO, DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

Historicamente, a presunção de inocência remonta ao Direito Romano (JÚNIOR, 2016) está estritamente ligada ao Iluminismo e, sobretudo, à evolução de um modelo de processo penal acusatório, no qual são asseguradas àquele submetido ao *jus puniendi* estatal diversas garantias fundamentais, como, por exemplo: a clara distinção entre a figura do julgador e do acusador; tratamento igualitário entre as partes; contraditório e ampla defesa; o duplo grau de jurisdição, publicidade do procedimento, dentre outras garantias, de modo a proporcionar um julgamento ético com a consequente aplicação justa da pena.

Nesse sentido, Edinaldo de Holanda Borges pontua:

O sistema acusatório é identificado por seus elementos essenciais que, segundo Armenta Deu, são constituídos pela existência de ação prévia para o início e continuação do processo e a estrita separação entre os órgãos detentores das funções acusatória e jurisdicional. [...]

As legislações mais avançadas da atualidade consagram o sistema acusatório do tipo misto, que separa a investigação, de natureza inquisitiva e a cargo do Ministério Público, da instrução contraditória, resguardando a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário e consagrando a Divisão de Poderes e o Estado de Direito, como princípios nucleares do pensamento moderno (BORGES, 2003).

Desse modo, o sistema acusatório se caracteriza pela diferença de parte, de modo a haver um contraponto entre acusação e defesa, em igualdade de condições, com a existência de um terceiro imparcial (juiz) equidistante entre as partes.

No Século XVIII, Cesarie Beccaria, conhecido por ser o principal pensador que contestou o modelo arbitrário relacionado à aplicação da pena então vigente na Europa, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, já advertia que "um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada." (BECCARIA, 2008, p. 37).

O direito de não ser declarado culpado enquanto ainda restar dúvidas sobre se o indivíduo é culpado ou inocente foi assimilado em tratados internacionais de grande relevância, como na Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948 (art. 11.1); na Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 6.2); no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 - art. 8º, § 2º). Este último dispositivo aduz: "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Neste ponto, a presunção de inocência nos referidos documentos internacionais assume uma função de impedimento de decretação de uma condenação, sem a devida carga probatória a qual dirija a incumbência do acusado pelas infrações penais que lhe foram responsabilizadas (SOARES; RORATO, 2018, p. 369).

2.2.1 Presunção de inocência no Direito brasileiro como Direito e Garantia Fundamental

No Brasil, o princípio da presunção de inocência, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, figurava de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro como decorrência da cláusula do devido processo penal (BRASILEIRO, 2019, p. 45).

Foi somente com o advento da Carta Magna vigente, a qual rompeu com um sistema autoritário proporcionado pelo regime militar, que o princípio da presunção de inocência passou a ser alçado como direito fundamental expressamente previsto no rol do art. 5º, mais especificamente no inciso LVII, que aduz: "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*".

Nesse ponto, a Constituição Federal de 1988, no Título II, destina tratamento aos direitos e garantias fundamentais, denominando o grupo de "direitos e deveres individuais e coletivos", no qual está inserida a norma da presunção de inocência³.

Muito embora o art. 5º faça referência expressa somente aos "direitos e deveres", nele também se consagraram as garantias fundamentais. Desse modo, a doutrina diferencia direitos e garantias fundamentais.

Um dos primeiros estudiosos a tratar do tema fora Rui Barbosa que, ao analisar a Constituição de 1891, pontuou:

As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação de garantia, com a declaração do direito⁴.

Os direitos fundamentais são bens e prerrogativas que se relacionam com os direitos básicos individuais, jurídicos, sociais e políticos previstos em determinado ordenamento jurídico. As normas constitucionais definidoras de direitos investem os seus destinatários em situações jurídicas desfrutáveis que podem ser efetivadas mediante prestações positivas ou negativas do Estado (BARROSO, 2017, p. 259).

Tais direitos possuem marcantes características, por exemplo: historicidade (possuem caráter histórico, evoluindo com o tempo); universalidade (são destinados de modo indiscriminado a todos os seres humanos); limitabilidade (não são absolutos, podendo ser relativizados a depender do caso concreto); inalienabilidade (não possuem conteúdo econômico-patrimonial, não podendo ser alienados); dentre outras características (LENZA, 2018, p. 1178).

Por outro lado, as garantias são os instrumentos pelos quais se assegura o exercício dos direitos fundamentais, possibilitando aos seus destinatários o gozo das prerrogativas associadas aos aludidos direitos. Nesse sentido:

3Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4apud Lenza, 2018, p. 1177.

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 268).

No tocante aos direitos fundamentais, a doutrina costuma classificá-los em gerações ou dimensões de direitos, que em um primeiro momento partiram dos lemas da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), anunciando os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão abrangem os direitos relacionados às liberdades individuais, marcados pela superação de um Estado autoritário para um Estado de Direito, e que dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos civis e políticos. Os direitos fundamentais de segunda dimensão são marcados pelos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade (formal e material). Já os da terceira dimensão são relacionados aos direitos transindividuais, indo além dos interesses individuais e revestidos com teor de universalidade.

Nesse diapasão, em razão do forte caráter de proteção individual contra os arbítrios do Estado, verifica-se que a presunção de inocência relaciona-se intimamente com os direitos fundamentais de primeira dimensão, marcando o caráter de proteção à liberdade individual que este direito ostenta.

Prosseguindo, a partir da leitura do art. 5º, inciso LVII, da CF/88, dispositivo constitucional que consagra a presunção de inocência, derivam duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento (BRASILEIRO, 2019, p. 46).

A primeira regra fundamental, a regra probatória, entende que a presunção de inocência impõe ao acusador o ônus de provar a culpabilidade do réu, e não este provar a sua inocência, já que esta é presumida. Nesse sentido, o Min. Celso de Mello ponderou: "não compete ao réu demonstrar sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado."⁵ Nesta acepção, portanto, a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo* (BRASILEIRO, 2019, p. 46).

Como regra de tratamento, por sua vez, o Poder Público fica impedido de se comportar em relação ao acusado como se condenado já fosse, seja pela forma de tratá-lo seja privando-o de sua liberdade de maneira precipitada, pois deve-se partir da ideia de que este é inocente até que se prove o contrário.

Em posição semelhante, Aury Lopes Júnior evidencia que a presunção de inocência, como um verdadeiro dever de tratamento, atua em duas dimensões: interna e externa ao processo. Na dimensão interna, é um dever de tratamento direcionado, inicialmente, ao juiz e que tem por escopo que a carga probatória esteja a cargo da acusação, pois ao acusado não

cabe provar sua inocência, além de havendo dúvida, impõe-se a absolvição. Já na dimensão externa, a presunção de inocência serve contra a estigmatização do acusado, servindo como escudo à exploração pejorativa de sua imagem, sobretudo pela mídia (LOPES JR., 2016, p. 96-97).

Assim, tal princípio constitucional se mostra primordial quando do julgamento do acusado, tendo em vista que qualquer falta de certeza em relação às provas ou aos fatos será deduzida em favor deste, o qual apenas sofrerá condenação, e conseqüentemente uma pena, caso o tribunal, formado por um colegiado de julgadores mais experientes, não possua mais qualquer dúvida em relação a realidade fático-probatória apresentada e debatida no processo (SOARES; RORATO, 2018, p. 370).

Portanto, como ficou verificado, a presunção de inocência é direito fundamental e traz consigo regras (probatória e de tratamento) para o seu pleno exercício. Este pleno exercício pressupõe a instrumentalização alcançada a partir, justamente, dessas regras que nada mais são do que garantias postas a esse direito fundamental.

Logo, conclui-se que a presunção de inocência é direito e garantia fundamental que a Constituição incorporou como cláusula pétreia, cuja função é preservar a sua identidade material.

2.2.2 Presunção de inocência como princípio

Conforme já verificado, os princípios são normas que ordenam que algo seja concretizado na maior medida do possível, constituindo verdadeiros "mandamentos de otimização"⁶, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Com isso, eles são aplicados em maior ou menor grau de intensidade, sem que isto afete sua validade. Por outro lado, as regras são normas aplicadas na maneira do "tudo ou nada", em que verificado o que for aquilo que foi prescrito as regras devem ser aplicadas, ou então não serão válidas.

Bem sintetizando tal pensamento, Fernando Brandini Barbagalo pontuou:

Não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem "sempre satisfeitas ou insatisfeitas", numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (all or nothing), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, "inconstitucionalizando", como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público (BARBAGALO, 2015, p. 65).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, no seu voto em sede do HC 126.292/SP, afirmou que "os direitos e garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhe são inerentes, principalmente quando veiculados na forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência".

⁶ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 90.

No mesmo voto, Barroso prosseguiu:

Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

Segundo Zanoide (2010, p. 273, apud BARBAGALO, 2015, p. 65), a presunção de inocência: “É norma-princípio, porquanto, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é como as normas-regras, prescritivas de condutas”.

Contudo, há quem sustente que a presunção de inocência não configura um princípio, mas sim uma regra. A esse respeito, quando do julgamento das ADC's 29 e 30 e ADI 4578, o Min. Luiz Fuz assim se posicionou:

Idênticas conclusões podem ser atingidas sob perspectiva metodológica diversa. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo⁷.

Em que pese este último posicionamento, é de se verificar que a depender da situação fática e jurídica, a preponderância do que dispõe a presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF/88) será obtida em maior ou menor grau ao colidir com outras normas constitucionais, podendo dar espaço a outra norma sem deixar de valer igualmente no caso concreto.

Veja-se, a título de exemplo, que o próprio ordenamento jurídico admite a privação de liberdade em maior grau sem culpa previamente formada, como é o caso das prisões cautelares (prisão preventiva e temporária), nas quais as providências urgentes se tornam imperiosas seja para assegurar a persecução criminal, a futura e possível execução da pena, o ressarcimento do dano ou, ainda, a proteção à coletividade. Tais medidas extremas, por se mostrarem necessárias, afastam o princípio da presunção de inocência de maneira temporária, num contexto de sopesamento de princípios.

Desse modo, com amparo nos argumentos lançados pela doutrina e jurisprudência, pode-se concluir que a presunção de inocência é um direito fundamental que também possui

7BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 29. ADC 30. ADI 4578. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 de junho de 2012. DJe 11. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf>. Acesso em 05 nov. 2019.

garantias (regra probatória e de tratamento) e está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, cuja estrutura principiológica permite considerá-lo, portanto, como princípio.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Etimologicamente, a palavra hermenêutica vem do verbo grego *hermeneuein* (=interpretação), sendo associada à filosofia da interpretação. Segundo alguns autores, a hermenêutica remonta ao deus grego Hermes, o qual exercia função de traduzir as mensagens dos deuses ao mundo humano⁸.

Cabe aqui fazer tratamento à hermenêutica jurídica, que identifica, desenvolve e sistematiza os princípios de interpretação do Direito (BARROSO, 2017, p. 307), munindo o intérprete de ferramentas teóricas capazes de proporcionar a compreensão das disposições normativas.

Nessa linha de reflexão, Carlos Maximiliano esclarece que "A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito", traduzindo verdadeira "teoria científica da arte de interpretar" (MAXIMILIANO, 2007, p. 1).

Com efeito, todo dispositivo normativo é posto para ser interpretado, ou seja, é colocado para que o seu conteúdo seja extraído, resultando em determinada norma. Neste ponto, Márcio Kammer de Lima pontua que "a norma jurídica surge como fruto de um esquema de interpretação realizado pelo homem [...]" (LIMA, 2009, p. 1).

Entretanto, a interpretação muitas vezes não se mostra de fácil resolução, o que demanda do intérprete um esforço intelectual maior caso o texto não esteja tão claro. Neste sentido, Eros Grau pontuou que "todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento da interpretação"⁹.

Então, é neste ponto que a hermenêutica jurídica exerce o seu papel, qual seja, o de fornecer instrumentos adequados para a auxiliar o leitor no exercício da interpretação, com vistas a extrair, de modo mais adequado, a norma incrustada no dispositivo normativo (texto legal).

Contudo, apesar da relação mútua existente, a hermenêutica jurídica não se confunde com a interpretação jurídica. Hermenêutica e interpretação são dois lados de uma mesma moeda, posto que não há interpretação sem o suporte da hermenêutica, e não há hermenêutica sem a interpretação, pois, caso contrário, aquela se tornaria desnecessária e sem aplicabilidade prática (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 186).

Luís Roberto Barroso bem sintetiza a distinção entre hermenêutica jurídica e interpretação, na medida em que:

⁸MACIEL, José Fabio Rodrigues. História da Hermenêutica Jurídica. Carta Forense. 2008. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/historia-da-hermeneutica-juridica/1011>. Acesso em: 8 Nov. 2019.

⁹Trecho do voto da lavra do ex- Min. Eros Grau no julgamento da ADPF 153/DF, na qual se questionava a anistia aos representantes do Estado brasileiro (militares e policiais) que durante o período da Ditadura Militar praticaram o crime de tortura.

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objetivo é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto (BARROSO, 2008, p. 103).

Nessa linha de reflexão, cabe pontuar que "a interpretação jurídica é gênero do qual a interpretação constitucional é espécie" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 189), de modo que a interpretação das normas constitucionais passa pela análise da interpretação jurídica mas, por conta das suas peculiaridades, a interpretação constitucional vale-se de técnicas e métodos próprios.

Portanto, pode-se concluir que a hermenêutica trará suporte técnico para que a interpretação jurídica das normas, em geral, sejam interpretadas, mas, devido à singularidade da Constituição, as normas constitucionais se valem de métodos próprios, não descartando a essência da interpretação jurídica tradicional. Essa questão será desenvolvida nos tópicos e subtópicos deste capítulo.

3.1 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA

No âmbito jurídico, interpretar é revelar e atribuir sentido, bem como o alcance, das disposições normativas, visando aplicá-las a situações concretas, ou seja "interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando solucionar o caso concreto" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 186). Neste ponto, interpreta-se o texto visando a *decidibilidade*¹⁰ dos conflitos jurídicos.

A interpretação jurídica retrata um processo intelectual, uma atividade intelectual, que permite o alcance das normas a partir de fórmulas linguísticas, de modo a indicar que o intérprete constrói a norma com observância ao texto normativo, que serve como baliza (GARCIA, 2015, p. 93), tornando possível sua aplicação a situações naturalmente particulares e concretas da vida.

O Pretório Excelso já pontuou que "o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade"¹¹.

É bem verdade que a interpretação jurídica não se presta somente a desvendar o sentido do enunciado normativo, pois também tem por função concretizar o enunciado, de modo a aproximar o texto da singularidade do caso concreto. Desse modo, concretizar é empregar o enunciado normativo, em geral abstrato, a situações da vida, no caso concreto.

¹⁰Expressão associada ao magistério de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

¹¹Recurso Extraordinário nº 250.393 (AgRg) - RS, j. 26-10-1999, 2ª T. do STF, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ 173/341.

Segundo Karl Larenz (1978, p. 355, apud CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 176), a concretização (aplicação do dispositivo normativo ao caso concreto) é aspecto inerente à interpretação jurídica, a qual não se realiza de maneira abstrata mas sim de um *balançar de olhos* entre o texto normativo e a realidade, pois isto é exigência da atividade de interpretar.

Nessa linha de pensamento, a interpretação mostra-se indispensável não só para desvendar e determinar o conteúdo do enunciado normativo, como também para construir a norma, posto que a esta é o resultado da interpretação. Contudo, a atividade de interpretar não é exercida de forma mecânica, assimilando-se as atividades exercidas por robôs, mas sim da atividade humana realizada por pessoas que estão inseridas em uma determinada realidade social, devendo-se levar em consideração as transformações sociais típicas de uma sociedade estruturalmente organizada.

Neste sentido, Eros Grau pontua que "O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso" (GRAU, 2003, p. 22).

E prossegue:

Mas não é só, visto que – repito-o – a interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita a uma mera compreensão dos textos e fatos; vai muito além disso. Como e quanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão (GRAU, 2003, p. 22).

Portanto, a interpretação é uma atividade humana que, levando-se em conta a realidade histórico-social do momento, releva o sentido e o alcance do texto normativo de modo a retirar-lhe a norma adequada a ser materializada, ou melhor, concretizada em determinado caso concreto. Assim, a aplicação da norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, "pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato" (BARROSO, 2008, p. 103).

Para tanto, a interpretação vale-se de instrumentos para ser realizada. Tais instrumentos são os métodos de interpretação, que, a priori, remontam aos elementos tradicionais ou clássicos da hermenêutica jurídica, associados à Escola Histórica do Direito de Savigny, de 1840. Tais métodos são o gramatical, histórico, sistemático e teleológico, os quais serão analisados no tópico próprio dos métodos de interpretação constitucional.

Nesse diapasão, o operador do Direito analisa, preliminarmente, o texto em vigor, o texto normativo (Constituição, lei ou quaisquer outros atos normativos), e adota um método interpretativo possível (diante da percepção de polissemia do texto) e, em seguida, firma seu

posicionamento para fins de aplicação do Direito in concreto, fazendo surgir, com isso, a norma jurídica, a norma que decide a demanda posta em juízo.

3.2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição é norma jurídica suprema dotada de força normativa suficiente a ordenar e reger todo o ordenamento jurídico. Esta particular condição normativa pressupõe determinados aspectos que demonstram a singularidade da interpretação constitucional, se comparada com a interpretação tradicional das leis em geral.

Em virtude desta posição singular, a interpretação do texto constitucional deve levar em conta certas regras hermenêuticas que traduzem a especificidade da interpretação constitucional, sem, contudo, se desvencilhar dos critérios e métodos tradicionais.

3.2.1 Neoconstitucionalismo e a supremacia da Constituição

O constitucionalismo moderno, concebido, sobretudo, a partir dos ideais iluministas que propagavam a limitação do poder do Estado, nasce vinculado à ideia de Constituição escrita, a qual ganhou notoriedade com o advento das Constituições dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), marcadas pela redução do poder estatal, organização do Estado e declaração de direitos e garantias fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 29-30).

Foi a partir da segunda metade do século XX, especialmente após a Segunda Grande Guerra (1939-1945), que uma nova teoria jurídica foi sendo desenvolvida com base no reconhecimento e valorização da Constituição como uma norma jurídica obrigatória e vinculante, dotada de supremacia.

Essa nova teoria jurídica é comumente relacionada ao fenômeno do neoconstitucionalismo, o qual marcou o surgimento do Estado Constitucional de Direito onde os valores e direitos fundamentais ligados à promoção da dignidade da pessoa humana foram incorporados aos textos constitucionais e irradiados para todo o sistema jurídico.

A Constituição, então, passou a ser o centro de todo o ordenamento jurídico, caracterizando sua supremacia diante de todo o sistema. Nesse ponto, as normas constitucionais passaram a ser vinculantes e obrigatórias, e todas as normas infraconstitucionais passaram a ser interpretadas conforme a Carta Magna.

Por esse ângulo, a superioridade hierárquica da Constituição pressupõe um caráter imperativo das suas normas. Tal superioridade da Carta Magna decorre da própria natureza do poder que a criou (poder constituinte originário), da sua estrutura escalonada no ordenamento, do afastamento das normas infraconstitucionais que com ela são incompatíveis e da existência de mecanismos que garantam sua preeminência, como os controles difuso e concentrado de constitucionalidade (GARCIA, 2015, p. 46).

Evidente que com o destaque superior do texto constitucional, associado às constituições escritas, todos os ramos do ordenamento jurídico passaram a sofrer forte influência do direito constitucional, caracterizando o fenômeno da constitucionalização do direito.

Conforme Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do direito repercute em todos os poderes estatais. A Constituição impõe poderes deveres de atuação para o legislador e administrador a fim de que seus limites e finalidades sejam devidamente atendidos, além da tarefa de concretização da supremacia formal e axiológica por parte dos membros do poder judiciário, envolvendo as tarefas de: reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição quando com ela incompatíveis; declaração de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais; declaração de inconstitucionalidade por omissão e interpretação conforme a Constituição (BARROSO, p. 28).

3.2.2 Da especificidade da interpretação constitucional

Diante do reconhecimento da Constituição como norma suprema e dotada de força normativa, surge a necessidade de determinar os significados dos seus dispositivos, assemelhando-se à interpretação jurídica em geral. Todavia, suas especificidades não permitem que o modelo geral de interpretação jurídica seja utilizado irrestritamente para a extração da norma, pois a Constituição ocupa uma posição de hierarquia no sistema, "sendo este um nítido diferencial em relação à interpretação das demais espécies normativas" (GARCIA, 2015, p. 95).

As normas constitucionais, como consequência natural decorrente do status de norma jurídica, compartilham características das normas jurídicas em geral, contudo com elas não se confundem. Segundo Barroso, "há um conjunto de elementos e de fatores que dão a elas singularidades dignas de registro, dentre os quais se podem assinalar: a) a sua posição no sistema; b) a natureza da linguagem que utilizam; c) seu conteúdo específico; e d) sua dimensão política" (BARROSO, 2017, p. 234-235).

A posição de destaque e relevância das normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro torna a interpretação de tais normas um fenômeno ainda mais relevante, dada a irradiação dos valores constitucionais para todo o conjunto normativo, de modo a orientar e estabelecer uma espécie de diretriz interpretativa para as normas infraconstitucionais.

De fato, todas as normas jurídicas do ordenamento devem ser interpretadas à luz da Constituição, pois esta ocupa o vértice de todo o sistema jurídico, e em razão do conteúdo das suas normas, a sua interpretação carrega métodos e características distintas da interpretação jurídica tradicional. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior esclarece:

As normas constitucionais, via de regra, são normas de organização e estrutura, que traçam as competências orgânicas e os fins do Estado, e disciplinam, inclusive, o

processo legislativo de elaboração de normas legais (são, nesse particular, as normas das normas), distinguindo-se, mais uma vez, destas últimas, que são normas prescritivas de condutas humanas. [...] Tudo isso, reitera-se, está a exigir uma interpretação especificamente constitucional, que não ignore, é verdade, as características da interpretação jurídica em geral, mas que seja orientada, isso é certo, por métodos e princípios particulares e adequados ao seu objeto (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 179).

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso assevera que a interpretação constitucional vale-se de alguns princípios próprios, além de apresentar "especificidades e complexidades que lhe são inerentes", contudo pondera que "isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha" (BARROSO, 2008, p. 104).

José Joaquim Gomes Canotilho acentua que "a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares" (CANOTILHO, 2002, p. 212-213).

Uma das grandes dificuldades da interpretação do texto constitucional é permitir que as normas dele decorrentes se adequem às constantes transformações sociais, cada vez mais frequentes. Desse modo, a norma extraída da Constituição, em razão do caráter paradigmático cujo sentido da interpretação se replicará nas normas infraconstitucionais, não pode ignorar a modernização dos fatos e a atual diversidade das relações jurídicas.

Desse modo, nem sempre os métodos clássicos de interpretação das normas são suficientes a permitir que o texto legal se adeque às necessidades sociais, de modo a desafiar o intérprete a buscar o aperfeiçoamento das técnicas interpretativas que melhor se ajustem à realização da vontade constitucional.

Nesse sentido, Barroso pondera que:

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico (BARROSO, p. 11).

Portanto, o método de interpretação jurídica tradicional não é suficiente para açambarcar a variedade e densidade axiológica típica dos dispositivos constitucionais, embora ainda seja muito utilizado na interpretação das normas constitucionais.

Nessa acepção, é pacífica na doutrina a ideia de complementariedade entre os diversos métodos de interpretação, não existindo nenhum método absoluto e único para incidir no caso concreto, pois a interpretação é una.

3.2.3 Métodos de interpretação das normas constitucionais

A respeito dos métodos de interpretação das normas constitucionais, salutar o pensamento de Canotilho: “a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares” (CANOTILHO, 2003, p. 1194).

Traz-se à baila, a seguir, os principais métodos de interpretação constitucional desenvolvidos pela doutrina e utilizados pelos intérpretes e aplicadores da lei, notadamente o Supremo Tribunal Federal, cuja função primordial é a garantia da supremacia da Constituição, de modo a dizer por último o Direito Constitucional.

O primeiro deles é o método jurídico ou hermenêutico clássico, o qual remonta à Escola Histórica do Direito de Savigny, de 1840, a qual distinguiu os métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico.

Este método (jurídico ou hermenêutico clássico) encara a Constituição como uma lei, e como tal, parte do pressuposto que devem ser utilizados todos os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica (gramatical, sistemático, histórico e teleológico), os quais serão abordados adiante.

Método gramatical: para revelar o conteúdo semântico das palavras, toda interpretação jurídica parte do texto da norma. O método gramatical (também chamado de literal ou semântico), então, vale-se da interpretação literal do texto normativo, atribuindo significado aos enunciados linguísticos.

A interpretação gramatical é o início indispensável da interpretação de todo texto normativo. Neste sentido, Tercio Sampaio Ferraz Júnior pontuou que "a letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica" (FERRAZ JR., 2015, p. 241).

Este método, por vezes, é suficiente para se extrair, sem um aprofundamento teleológico, social, histórico ou sistêmico, o sentido evidente do texto, como ocorre por exemplo nos enunciados contidos no Título III da Constituição Federal¹², que trata da organização do Estado.

É certo que as normas constitucionais, conforme já constatado, possuem a característica de serem mais abertas, e é justamente essa abertura que permite a Constituição

¹²Vide, por exemplo, Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

ser constantemente atualizada, tanto pelo legislador quanto pelo intérprete. Contudo, o texto, ainda que vago, serve de baliza mínima para a atividade interpretativa, pois os vocábulos possuem um sentido que deve ser respeitado.

Por outro lado, a interpretação gramatical mostra-se insuficiente para a atividade de extração de normas que possuem maior densidade axiológica pois, como dito, tal método serve apenas como ponto de partida da interpretação, sem levar em conta diversos aspectos envolvidos (social, histórico, teleológico), tendo por função precípua delimitar minimamente os sentidos a serem extraídos pelo intérprete.

A esse respeito, registre-se o trecho do voto da lavra da Ministra Rosa Weber, no julgamento do HC 137.888/MS¹³, no qual restou vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, mesmo nos casos de contravenção penal envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher:

Consabido que a interpretação literal ou gramatical consubstancia tão somente o primeiro contato do hermenêuta com o texto - aproximação essa sem a qual não se faz possível extrair qualquer significado do comando normativo -, tenho presente que a interpretação jamais se esgota na literalidade do texto, mesmo nas raríssimas hipóteses em que a máxima *in claris cessat interpretatio* se mostra “aparentemente” adequada à realização do preceito normativo.

Portanto, desde logo, pode-se ter a noção de que em um eventual julgamento que trate da extensão do princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do Art. 5º da CF/88, não se mostra razoável a aplicação, pura e simples, da interpretação gramatical (ou literal), pois tal método mostra-se simplista à medida em que encara o texto constitucional de maneira isolada, ignorando os demais métodos interpretativos e as suas consequências sociais e jurídicas, conforme se verificará mais adiante neste trabalho.

Método sistemático: o ordenamento jurídico não é organismo cujas disposições legais são aleatórias, mas um sistema de preceitos coordenados que devem coexistir de maneira harmônica. Dessa maneira, o método sistemático é corolário da ideia de unidade do ordenamento jurídico.

Tal método interpretativo encara o sistema jurídico como um todo harmônico, no qual nenhum dispositivo é interpretado de maneira isolada, devendo-se levar em consideração todas as normas do sistema.

O Supremo Tribunal Federal já utilizou-se deste método em determinados temas relevantes para a sociedade, como quando do debate acerca da união homoafetiva (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF).

Nesse exemplo, muito embora o texto constitucional tenha reconhecido taxativamente que a união estável é formada somente por pessoas de sexos opostos¹⁴, restou reconhecida por unanimidade a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais. Na

131ª Turma, HC nº 137.888/MS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 20.02.2018.

prática, as uniões homoafetivas assumiram posição de entidade familiar como qualquer outra, merecendo igual proteção estatal em virtude dos princípios e dogmas oriundos da Constituição Federal de 1988, conhecida como a "Constituição Cidadã".

Em seu voto no referido julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, em 2011, o ministro Ricardo Lewandowski proferiu:

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, **a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional** e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise. (grifo do autor).

Pode-se citar, outrossim, a aplicação da interpretação sistemática pela Suprema Corte quando do julgamento do RE 215.267/SP, em 2001, oportunidade em que o STF entendeu que embora o *caput*¹⁵ do art. 5º da Constituição Federal se refira, expressamente, aos estrangeiros residentes no país, é assegurado os estrangeiros não residentes o direito de impetrar Mandado de Segurança. Veja-se a ementa do julgamento:

Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, **como decorre da interpretação sistemática** dos artigos 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido. (grifo do autor).

Esses casos demonstram que a partir de uma leitura à primeira vista pode-se chegar à conclusão de que a Constituição exclui, propositadamente, o reconhecimento da união homoafetiva ou o direito de ação aos estrangeiros não residentes no país. Contudo, levando-se em conta que a Carta Magna é um conjunto harmônico que tem por base o primado da dignidade da pessoa humana, e levando-se em conta a interpretação sistemática dos textos constitucionais, resta claro que tais casos merecem a atenção especial do intérprete, sobretudo do STF, o guardião da Constituição.

O *método histórico* busca analisar o surgimento do texto legal a partir dos precedentes legislativos (leis que vigoraram no passado), da sua justificativa, trabalhos preparatórios (discussões parlamentares) e os motivos que inspiraram o legislador quando da elaboração da lei (*occasio legis*).

14Vide Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

15Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

Em síntese, este método de interpretação cuida da circunstância histórica que originou o texto normativo.

O *método teleológico* busca identificar o espírito da norma, isto é, a finalidade pela qual ela foi criada.

O Ministro Marco Aurélio utilizou-se deste método quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 915.014/SE, no qual se pleiteava o reconhecimento de imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, "d" da Constituição¹⁶, aos insumos e ferramentas utilizados para fabricação dos materiais de veículos de informação.

Nesse exemplo, o ministro pontuou: "Entendo dever ser generosa a interpretação, tendo em conta a imunidade. Portanto, numa interpretação teleológica, há de consagrar-se essa imunidade quanto a insumo ou a ferramenta que seja utilizada para a fabricação de veículo de comunicação"¹⁷. Contudo, foi voto vencido.

O *método tópico-problemático* de interpretação constitucional possui caráter eminentemente prático, pois parte do pressuposto de que toda interpretação se destina a solucionar os problemas do caso concreto.

Tal método parte da premissa de que as normas constitucionais possuem caráter aberto, fragmentário ou indeterminado em função da sua estrutura normativo-material e privilegia a discussão do problema em razão da característica de abertura das normas constitucionais.

Como sintetiza Dirley da Cunha, "os intérpretes vão se utilizar de vários *topoi* ou pontos de vista [...], com o fim de revelar, dentro das várias possibilidades ensejadas pelos múltiplos significados do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 209).

Em síntese, por conta da dificuldade em interpretar os dispositivos constitucionais por conta da sua indeterminação, este método parte do problema lançado pelo caso concreto, para, a partir desse ponto, identificar a norma adequada.

O *método hermenêutico-concretizador* estabelece que a leitura de qualquer enunciado normativo, em geral, e dos textos constitucionais, em especial, deve se iniciar pela pré-compreensão do seu sentido a partir de uma atividade criativa do intérprete (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 210).

A esse respeito, Manoel Jorge e Silva Neto ensina que "a concretização pressupõe a "compreensão" do conteúdo da norma a "concretizar", e, nessa linha de entendimento, não poderá o intérprete desvencilhar-se nem da "pré-compreensão" nem do problema concreto a resolver" (SILVA NETO, 2013, p. 156).

16Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

17RE 915.014- AgR/SE, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

Desse modo, o intérprete ou aplicador vale-se primeiramente da sua cultura, do seu tempo, da sua vivência social, para exercer a atividade interpretativa, visto que, conforme este método, nenhuma interpretação parte do zero.

O *método científico-espiritual* leva em conta a Constituição como uma ordem objetiva de valores e como elemento do processo de integração.

A interpretação não deve limitar-se somente à análise do texto normativo, mas também no conteúdo axiológico subjacente ao texto, pois só a partir deste conteúdo de valores que se é possível a captação do "espírito" da Constituição.

O *método normativo-estruturante* leva em consideração que existe uma relação necessária entre texto e realidade.

A norma não se confunde com o texto, e segundo Müller, o texto é apenas a "ponta do iceberg" (MÜLLER, 2000, p. 53, apud CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 212), pois a norma não compreende somente o texto pois também abrange um "pedaço da realidade social".

Portanto, este método interpretativo concretiza a norma constitucional partindo do seu texto, mas levando-se em consideração à realidade social.

3.3 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Deve-se levar em conta que a interpretação constitucional não é feita somente com os métodos acima estruturados. Os princípios também exercem seu papel ao auxiliar o intérprete a desvendar os sentidos dos enunciados constitucionais. Neste sentido, Gilmar Mendes pontua que "a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 97).

De modo semelhante aos métodos de interpretação constitucional, os princípios de interpretação constitucional devem ser conjuntamente aplicados.

Destaca-se, aqui, os principais princípios associados à interpretação constitucional desenvolvidos pela doutrina.

O *princípio da unidade da constituição* parte do pressuposto que as normas constitucionais devem ser interpretadas não como preceitos isolados e dispersos, mas sim como partes integrantes de um único sistema.

A Constituição não deve ser interpretada em pedaços isolados, mas de forma coerente, comparando a norma interpretada com as demais normas constitucionais, com o intuito de evitar contradições.

A propósito, Inocêncio Mártires Coelho esclarece que:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência

a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade [...] (COELHO, 2011, p. 95).

No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior:

E é a Constituição, como fonte máxima de produção de todo o Direito e último fundamento de validade das normas jurídicas, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico. Mas ela própria representa uma *unidade normativa*, um sistema unitário de normas, enquanto ordem unitária da vida política e social do Estado (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 213).

Portanto, extrai-se desse princípio que a unidade da Constituição pressupõe a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Ou seja, não há norma superior a outra, pois todas estão inseridas dentro de um mesmo sistema normativo, que deve ser harmônico e coerente entre si.

Segundo o *princípio do efeito integrador*, o aplicador da Constituição, quando da resolução de problemas jurídico-constitucionais, deve buscar a solução que privilegie a integração social e a unidade política, pois toda Constituição necessita manter a coesão sócio-política enquanto condição de viabilidade de qualquer ordenamento jurídico (COELHO, 2011, p. 97).

Nesse sentido, conforme Dirley da Cunha, a Constituição não pode gerar desagregação social, mas sim ser um instrumento de projeto normativo global de ordenação não só do Estado mas da sociedade, de modo a assegurar uma coesão sócio-política, a qual se mostra indispensável à preservação de um sistema jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 214).

O *princípio da máxima efetividade* conduz o intérprete a atribuir maior efetividade possível quando da interpretação das normas constitucionais, com vistas a "otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 215).

Este princípio é constantemente associado àquelas normas que tratam de direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, a máxima otimização de algum direito fundamental pode implicar o sacrifício de outro direito fundamental igualmente constitucional, o que demanda a aplicação deste princípio de maneira harmônica com as outras regras de interpretação.

O *princípio da concordância prática* é corolário do princípio da unidade da constituição e propugna que todos os bens jurídicos tutelados pela Constituição ostentam o mesmo valor, de modo que haja uma harmonização entre todos os direitos fundamentais em caso de conflito, sem haver sacrifícios de um direito em face de outro.

Com clareza, Manoel Jorge e Silva Neto sintetiza este princípio:

É princípio de interpretação constitucional que, na hipótese de conflito, determina a harmonização dos bens constitucionalmente protegidos, impondo-se a solução que

atribua peso e importância na mesma medida aos direitos contrapostos. [...] a harmonização, amparada na concordância prática ou cedência recíproca, mantém os direitos equilibrados em ambos os pratos da balança (SILVA NETO, 2013, p. 170).

Desse modo, o princípio da concordância prática, aliado ao princípio da unidade da Constituição, assegura a harmonização e compatibilização de todos os direitos fundamentais que derivam do texto constitucional, de modo a comprovar que não existe direito ou princípio superior a outro, pois todos derivam da mesma fonte, a qual lhes confere eficácia e validade.

Entretanto, cabe pontuar que a harmonização preceituada pelo princípio da concordância prática é realizada de maneira prática, pois somente diante do conflito entre bens jurídicos opostos que se pode coordenar e harmonizar os bens jurídicos envolvidos no caso concreto.

A esse respeito, Inocêncio Mártires Coelho pontua que "Essa conciliação, no entanto, é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais só um dos contendores tem acolhida, por inteiro ou em grande parte, a sua pretensão, restando ao outro conformar-se com a decisão que lhe foi adversa" (COELHO, 2011, p. 98).

Neste ponto, o princípio da concordância prática é ligado à técnica da ponderação para a solução de conflitos entre normas constitucionais, na qual o intérprete buscará ao máximo preservar cada interesse envolvido no caso concreto, escolhendo qual irá prevalecer.

Diante de um enunciado normativo que pode conter mais de uma interpretação, o *princípio da interpretação conforme a Constituição* conduz o intérprete a escolher por aquela que seja compatível com a Constituição, evitando-se a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Em outras palavras, este princípio leva como fundamento que todas as normas infraconstitucionais devem ser lidas e interpretadas conforme a Carta Magna, de modo que nenhuma norma contrarie o texto constitucional. A ideia remanescente deste princípio, como observa Dirley da Cunha, está na manutenção da norma, que observada à luz da Constituição, não deve ser declarada inconstitucional (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 189).

Por outro lado, se a norma infraconstitucional afrontar diretamente os fins e os princípios constitucionais, é certo que seja declarada inconstitucional e seja extirpada do sistema, pois incompatível sua convivência diante das outras normas que gozam de presunção de constitucionalidade.

Em havendo eventual hipótese de existirem várias interpretações em conformidade com a Constituição, deve-se adotar aquela que melhor se aproxime com a Carta Magna. No mesmo sentido, Canotilho, assevera que quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permitir a obtenção de um sentido cristalino dentro dos vários significados da norma, pontua que se deve dar preferência à interpretação que proporcione um sentido o qual esteja em conformidade com a Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1210).

O STF, no julgamento do HC 126.292/SP, valeu-se deste princípio para compatibilizar o art. 283 do CPP¹⁸ com a Carta Magna, possibilitando a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O *princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade)* é um princípio de interpretação que ganhou grande relevância na jurisdição constitucional. Em um primeiro momento, fora utilizado para proteger a liberdade individual diante das ingerências do Poder Executivo. Posteriormente, no séc. XIX, foi incorporado pelo direito administrativo como princípio geral do poder de polícia, e, finalmente, foi erigido a princípio constitucional em sua acepção mais ampla (CANOTILHO, 2003, p. 266-267).

Tal princípio se propõe a auxiliar o legislador e o aplicador da lei a solução legislativa ou judicial que menos reduza os direitos fundamentais, aproximando-se da ideia de justiça, igualdade, moderação, prudência, além da ideia de Estado Democrático de Direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 219).

A ideia de proporcionalidade se vincula intimamente à noção de controle do Poder Público, sendo um freio aos excessos da intervenção estatal na vida dos particulares (vedação ao excesso), bem como servindo de obrigação para o Estado em fornecer prestação mínima suficiente a resguardar direitos e garantias fundamentais (vedação à proteção deficiente).

Dentre diversas funções, o princípio da proporcionalidade permite invalidar atos legislativos ou administrativos quando, por exemplo: não haja adequação entre o instrumento empregado e o fim perseguido; a medida não seja necessária, havendo outro meio menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado; os custos superarem os benefícios quando o peso da perda supera aquilo que se ganha. Em especial, o princípio opera também no sentido de permitir ao juiz que, ao graduar o peso da norma, que ela não produza resultados indesejados pelo sistema (BARROSO, 2017, p. 343).

Esse princípio pode ser desdobrado nos subprincípios da *adequação*, da *necessidade* e no da *proporcionalidade em sentido estrito* (CANOTILHO, 2003, p. 269-270), os quais, analisados de forma conjunta, dão aplicabilidade ao princípio da proporcionalidade. Veja-se, a esse respeito, a proposta de cada um desses subprincípios.

Segundo o subprincípio da adequação os meios empregados devem ser adequados para a persecução dos fins almejados. Deve-se haver uma conformidade entre aquilo que se emprega com aquilo que se busca realizar ou, até, evitar.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade propõe que, havendo mais de um meio adequado, deve-se adotar aquele pelo qual os direitos e garantias constitucionais sejam menos afetados, ou seja, necessário empregar o meio menos gravoso possível.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que, após o ato passar pelo crivo da adequação e da necessidade, as vantagens obtidas devem superar as

¹⁸Art. 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.

desvantagens, pois caso contrário, a medida não se mostrará razoável. Neste ponto, trata-se de uma questão de "pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim" (CANOTILHO, 2003, p. 270).

Entretanto, existe um ponto de controvérsia na aplicação desse princípio. O grau de subjetividade de uma decisão proferida no caso concreto gera a dúvida se esta foi adequadamente equilibrada, ou melhor, ponderada. Neste ponto, Suzana de Toledo Barros pontua que "a questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável" (BARROS, 1996, p. 169).

Diante dessa questão, salutar pontuar que, ao adotar este método interpretativo, o intérprete não pode se valer meramente dos seus dogmas pessoais, mas sim de uma argumentação robusta e clara, com vistas a melhor compreensão e incorporação da decisão por parte dos seus destinatários, além também da não banalização deste importante princípio.

4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

De início, cumpre afirmar que a execução provisória da pena não é sinônimo de prisão cautelar. Esta é relacionada ao processo, sendo medida cautelar pessoal que, a priori, se subdividia em cinco modalidades: prisão em flagrante¹⁹, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia. No entanto, após a reforma do Código de Processo Penal (CPP), realizada no ano de 2008, que revogou os art. 408, §1º e 594, não mais subsiste a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão após decisão de pronúncia.

As medidas cautelares devem ser estritamente necessárias, caracterizando a *necessidade cautelar*, entendida por Fauzi Hassan Choukr como "o resultado da constatação judicial sobre a adoção de uma ou mais medidas invasivas da liberdade estritamente previstas no ordenamento para que o processo penal possa se desenvolver de forma regular e consiga alcançar uma solução de mérito" (CHOUKR, 2017, p. 725).

Essa natureza cautelar decorre de diversas características, como: a instrumentalidade, que visa assegurar uma hipotética condenação criminal; a acessoriedade, ligada à ideia do provimento cautelar não ser um fim em si mesmo; a preventividade, cuja finalidade é prevenir a ocorrência de um dano; provisoriedade, por possuir um prazo de duração; cognição sumária, não exigindo-se um juízo definitivo de certeza sobre o crime praticado; referibilidade, pois a tutela cautelar deve estar conectada a determinada situação concreta do direito material, a que se busca assegurar; e proporcionalidade, em virtude da medida cautelar não poder, jamais, ser mais gravosa que o próprio provimento que se pretende acautelar (BADARÓ, 2019, p. RB-18.1).

É pacífico o entendimento que as prisões cautelares são constitucionais, pois a própria Carta Magna traz base capaz de justificá-las²⁰, além, também, de serem aceitas por se demonstrarem necessárias ao bom andamento do processo penal, dentro de uma análise de

19A respeito da prisão em flagrante, em atenção às mudanças proporcionadas pela Lei 12.403/2011, cumpre frisar que se trata de uma medida precária, de mera detenção, não destinada a assegurar o andamento ou resultado do processo. Desse modo, é entendida como uma medida pré-cautelar, posto que não é mais uma modalidade autônoma de prisão. Nesse sentido, Aury Lopes Jr.: "A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade em marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.". JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 447.

20Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

proporcionalidade e ponderação, o que acaba por afastar em certa medida o princípio da presunção de inocência.

Já a prisão decorrente de pena imposta (prisão pena) está relacionada à satisfação da pretensão punitiva estatal, alcançada através de um processo que garanta o contraditório e a ampla defesa. As prisões cautelares, como o próprio nome sugere, possuem natureza cautelar, já a prisão pena não, pois não se presta a assegurar o andamento do processo.

A execução provisória da pena é espécie de prisão pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que envolve uma grande discussão acerca da extensão do princípio da presunção de inocência.

A respeito da execução provisória da pena, a doutrina diverge de entendimento, uns aceitando-a, outros repudiando-a veementemente. A jurisprudência do STF, nos últimos anos, oscilou de posição, o que demonstra a característica não pacífica do tema, restando no recentíssimo julgamento conjunto das ADC's 43, 44 e 54, no qual se entendeu pela constitucionalidade do art. 283 do CPP²¹, proibindo-se a execução provisória da pena.

Neste capítulo o tema será abordado, sobretudo, a partir de uma abordagem jurisprudencial. Para tanto, será exposto, de maneira breve, a oscilação de jurisprudência do STF ao longo dos anos, indicando-se e analisando-se os principais argumentos utilizados. No fim, estabelecer-se-á uma análise crítica formada a partir de todo o exposto.

4.1 BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o ano de 2009, mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988, os tribunais superiores (STJ e STF) admitiam a execução provisória da pena, ainda que pendente o julgamento dos recursos especiais e/ou extraordinários.

A esse respeito, no HC 68.726/DF, julgado no ano de 1991, por unanimidade, o plenário do STF decidiu que a ordem de prisão decorrente de sentença condenatória confirmada em segunda instância não afronta a garantia constitucional da presunção de inocência (ou não culpabilidade). Veja-se a ementa do julgamento:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTÓDIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU É DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º,

²¹Código de Processo Penal 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.

INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O § 2º DO ART. 27, DA LEI Nº 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.²²

No referido acórdão, consagrou-se que, por conta da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, a execução da condenação confirmada em grau de apelação é compatível com o princípio da presunção de inocência²³.

Nesse contexto, os enunciados de Súmula n. 716²⁴ e 717²⁵ do STF consolidam o entendimento pelo qual se permite a execução provisória da pena, ao trazerem a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No mesmo sentido é o enunciado de Súmula n. 267²⁶ do STJ que, de maneira clara, autoriza a execução provisória da pena ao afirmar que a interposição de recurso sem efeito suspensivo contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão.

Foi, então, a partir do ano de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau, que o Pretório Excelso mudou sua jurisprudência, passando a entender ser inconstitucional a prisão a partir de condenação em segunda instância.

4.1.1 HABEAS CORPUS 84.078/MG

22BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 00687261/130. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta, Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 de junho de 1991. D.j. 20 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

23Vide, a respeito, outros acórdãos que consagram este entendimento: HC 71.723, HC 84.846, HC 91.675, HC 85.024.

24BRASIL. STF. Súmula n. 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em 18 nov. 2019.

25BRASIL. STF. Súmula n. 717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=717.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 18 nov. 2019.

26BRASIL. STJ. Súmula n. 267. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em 18 nov. 2019.

Trata-se de *writ* impetrado em 2009 por condenado pelo Tribunal do Juri à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, por tentativa de homicídio qualificado (art. 121, §2º, IV c/c art. 14, III, "c" e "d", ambos do Código Penal - CP), contra ato do STJ que denegou a ordem para que o paciente aguardasse o julgamento de recurso especial em liberdade (KUMODE, 2016).

In casu, fora decretada prisão preventiva em desfavor do impetrante do HC já que existiam indícios da sua intenção de se furtar da aplicação da lei penal, notadamente em razão da suspeita do Ministério Público de que ele estaria liquidando seu patrimônio com o intuito de fugir.

Contra essa decisão de prisão preventiva, o paciente impetrou HC no STJ com pedido liminar para conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários impetrados. A Quinta Turma do STJ denegou a ordem. Veja-se a ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITOS SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status *libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada²⁷.

Contra a denegação, fora impetrado o HC 84.078/MG no STF. A 1ª Turma do Pretório Excelso afastou a base empírica que sustentava a prisão preventiva, em consequência o ministro Eros Grau analisou a viabilidade do início da prisão como execução antecipada da pena. Após ter o ministro relator votado pela concessão da ordem, o ministro Carlos Ayres Britto pediu vista e propôs o julgamento pelo plenário, notadamente em razão da dissonância de entendimentos entre ambas as turmas da Suprema Corte:

Quando da análise da causa, no entanto, observei que a jurisprudência desta Suprema Corte de Justiça, em sua nova composição, não é uniforme sobre o tema. Há decisões proferidas por esta Colenda Primeira Turma no sentido de que a prisão do réu só é possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, assim como há julgados provenientes da Colenda Segunda Turma que entendem que os recursos especial e extraordinário nem por se privarem de efeito suspensivo, deixam de viabilizar a imediata prisão do condenado. Ou seja, as duas Turmas dissentem quanto à interpretação do art. 312 do CPP. Desse modo, Sr.

27BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, trecho da ementa do HC 19.676, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/03/2004, DJ, publicado em 29/03/2004.

Presidente, tendo em consideração a relevância do tema e a nova composição desta nossa Casa de Justiça, entendo recomendável seja o presente feito encaminhado ao Plenário da Corte para que seja dada solução definitiva à controvérsia²⁸.

No julgamento, o Pleno, por maioria de 7 votos a 4, entendeu que a execução antecipada da pena, na pendência de recursos extraordinários (especial e extraordinário), não era compatível com o princípio da não culpabilidade, restando vedada a imposição de prisão pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Os ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello, e Gilmar Mendes votaram pela impossibilidade da execução antecipada da pena. Ficaram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

O ministro Eros Grau (relator do HC 84.078/MG), inicialmente, ressaltou que a Lei de Execução Penal (LEP) (Lei 7.210/84)²⁹, especificamente no art. 105, condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado, ocorrendo o mesmo com a pena restritiva de direitos (art. 147), além também do art. 164 dispor que a certidão da sentença condenatória transitada em julgado valerá como título executivo judicial.

O referido ministro também trouxe o argumento pelo qual o Supremo não poderia sucumbir ao clamor popular, incitado pela grande mídia, que constantemente anseia por punição sempre que algum crime repercute em âmbito nacional. Citou alguns casos de repercussão que culminaram na elaboração de leis: "O casuísmo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei n. 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante sequestro, notadamente os casos Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa". Consignou, ainda que:

A ampla defesa não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. 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."³⁰.

28BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

29BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

30BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 02 nov. 2019

Ao longo do voto, o ministro relator citou por diversas vezes a Constituição Federal, notadamente o quanto disposto no inciso LVII, que trata da presunção de inocência. Veja-se:

Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição. (grifo do autor).

Em outro ponto do voto, ressaltou:

A Constituição de 1988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o “enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória”. (grifo do autor).

E prosseguiu:

A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: “... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se *‘hurlent de se trouver ensemble’*”. (grifo do autor).

É de se notar, após análise do voto³¹, que, para além dos argumentos que tratam da legislação infraconstitucional, notadamente a Lei de Execução Penal, o ministro utilizou-se do método gramatical de interpretação para afirmar que a Constituição, no seu Art. 5º, inciso LVII, veda a execução antecipada da pena privativa de liberdade, tratando esta norma como uma regra.

No seu voto, o ministro Celso de Mello faz uma diferenciação entre prisão cautelar e prisão penal. Esclarece que a prisão cautelar, sempre excepcional, é destinada a atuar em

31Voto da lavra do Min. Rel. Eros Grau no julgamento do HC 84.078/MG.STF, Plenário, Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/hc84078_eros.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

benefício do processo penal, não servindo de punição àquele que é objeto da sua decretação. Por outro lado, a prisão penal, enquanto antecipação da pena, é, segundo ele, plenamente proibida pela Constituição Federal, a qual, de maneira muito nítida, limita a atuação do Estado e dos seus agentes no desempenho das atividades de persecução penal.

A respeito do quanto disposto na Carta Magna, o ministro pontua:

Há, portanto, 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 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. (grifo do autor)³².

Ademais, acentua que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição, na medida em que o direito fundamental da presunção de inocência só deixará de prevalecer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em atenção ao que estabelece, segundo suas palavras, o "texto inequívoco" da Constituição Federal.

É de se observar que, novamente, o método gramatical de interpretação é empregado no voto para sustentar a impossibilidade da execução antecipada da pena.

O ministro Carlos Ayres Britto começa seu voto afirmando que o inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal significa uma regra matriz da liberdade, tratando-se mais do que uma garantia, um direito subjetivo. Ressaltou que a própria disposição topográfica do Habeas Corpus no texto constitucional, precedendo o mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, habeas data e ação popular, revela a fundamental importância do direito à liberdade.

Ademais, pondera que a Constituição traz hipóteses de mitigação do princípio da presunção de não culpabilidade, como previsto no art. 5º, inciso LXI³³.

Amparado no ministro Cezar Peluso, ressalta, ainda, a gravidade ímpar da prisão corporal, a qual gera danos que se projetam em uma dimensão quádrupla: abalo psíquico do indivíduo, desprestígio familiar, desqualificação profissional e desprestígio social.

32BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 02 nov. 2019

33Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Refuta o argumento pelo qual a sociedade estaria desguarnecida com a posição de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória pois as instâncias ordinárias podem se valer do art. 312 do CPP que trata da prisão preventiva caso haja os seus pressupostos e fundamentos.

Em conclusão, ponderou que não estava por cair em contradição ao não defender a aplicação do princípio da presunção de inocência na esfera eleitoral, pois "É que a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais"³⁴.

O ministro Cezar Peluso inicia seu voto com um breve histórico do princípio da presunção de inocência e afirma que este é um dos mais importantes valores políticos ideológicos que o ordenamento assume na proteção da dignidade da pessoa humana.

Ao longo do voto, ressalta que o conteúdo jurídico do princípio, de maneira substancial, traz a garantia ao réu que nenhuma medida atinja sua esfera jurídica enquanto não sobrevenha sentença jurídica definitiva condenatória. A propósito:

Ou seja, o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional³⁵.

Por fim, pondera que o efeito não suspensivo dos recursos extraordinários não é capaz de superar o princípio da presunção de inocência, sob pena de esvaziar por completo essa garantia constitucional.

Favorável à execução provisória da pena, porém voto vencido, o Ministro Joaquim Barbosa iniciou seu voto afirmando que as decisões das instâncias ordinárias de jurisdição devem ser respeitadas e levadas à sério, confirmando, assim, a legitimidade dessas instâncias.

Prosseguiu no sentido de que a execução provisória da pena daria efetividade ao processo penal pois aguardar o trânsito em julgado apenas geraria impunidade, considerando a sobrecarga dos tribunais superiores. Ademais, considerou que o efeito não suspensivo do recurso extraordinário, bem como a exigência de comprovação de repercussão geral para admissibilidade do recurso, faz entender que a execução provisória é permitida.

Trouxe, também, dados empíricos:

34BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

35BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime ,em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos.

Por fim, ressaltou que os fins da pena, prevenção especial e geral, não seriam devidamente atendidos caso se tenha que aguardar a infinidade de recursos que estão à disposição da defesa:

Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica³⁶.

Em síntese, a partir desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de sete votos a quatro, passou a entender pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena pois incompatível com o princípio da presunção de inocência, passando-se a exigir o trânsito em julgado para o início da execução da pena.

Contudo, esse entendimento não durou por muito tempo, pois em 17/02/2016 a Suprema Corte revisitou o tema e mudou sua jurisprudência, restaurando a antiga possibilidade de execução provisória da pena.

4.1.2 HABEAS CORPUS 126.292/SP

Em fevereiro de 2016, o plenário do STF, mais uma vez, se debruçou sobre a constitucionalidade da prisão em segunda instância.

Até então, frise-se, a matéria parecia estar pacificada, sobretudo após as alterações legislativas proporcionadas pelas Leis nº 11.689/2008, 11.719/2008 e 12.403/2011, as quais revogaram os artigos 393, 408, §1º, 594 e 595 do Código de Processo Penal, acabando com a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, bem como a prisão decorrente de pronúncia (KUMODE, 2016).

No julgamento do HC 126.292/SP, o Plenário decidiu que a execução provisória de acórdão condenatório, ainda que pendente de julgamento os recursos especial e extraordinário, não ofende o princípio da presunção de inocência. Veja-se a ementa do julgamento:

36BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 02 nov. 2019

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.³⁷

O referido *writ* fora impetrado por paciente condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II, do Código Penal), contra decisão do STJ que indeferiu o pedido liminar para que o recorrente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entenderam pela possibilidade de execução provisória da pena os ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux e Dias Toffoli. Já os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Mello e Marco Aurélio foram votos vencidos.

O relator do caso, Min. Teori Zavascki, entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, amparado, principalmente, no argumento pelo qual nas instâncias ordinárias exaure-se a análise dos fatos e das provas, sendo neste momento fixada a responsabilidade criminal do condenado:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória³⁸.

Do mesmo modo, afirmou que a execução provisória na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do princípio da presunção de

37BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

38BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

inocência, já que durante todo o processo ordinário criminal ao acusado fora proporcionado todos os direitos e garantias oriundos do modelo acusatório.

Citou, inclusive, que em países de tradição democrática como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina não há a necessidade de se aguardar o referendo da suprema corte para o início do cumprimento da pena.

Por fim, ponderou que a possibilidade da execução provisória da pena não é motivo de desamparo daquele que a sofre, pois haverá mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a própria execução provisória.

O ministro Edson Fachin inicia seu voto criticando, de pronto, a interpretação meramente literal dos dispositivos normativos:

Interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” **sem o apego à literalidade com a qual se afeioam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu** (grifo do autor).

Seguiu afirmando que a regra insculpida no inciso LVII, art. 5º da Constituição não possui caráter absoluto, posto que deve ser considerados outros princípios e regras constitucionais que não levam à conclusão segundo a qual apenas se pode executar a pena com o trânsito em julgado. Atente-se para a seguinte passagem:

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Citou o princípio da duração razoável do processo³⁹ que, segundo ele, opõe-se à vinculação da presunção de inocência à última palavra dos tribunais superiores, transformando-os em verdadeira terceira ou quarta instância, em detrimento da eficácia das decisões das instâncias ordinárias.

Finalizou seu voto com o argumento pelo qual, em havendo prejuízo manifesto ao acusado, em casos de decisões teratológicas, há instrumentos processuais capazes de afastar eventual injustiça.

O ministro Luís Roberto Barroso fundamentou seu voto com base em três fundamentos jurídicos, além também de argumentos pragmáticos.

Segundo Barroso, o primeiro argumento jurídico reside no fato da Constituição não condicionar a prisão ao trânsito em julgado pois o pressuposto da privação de liberdade é a

³⁹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Aqui o ministro valeu-se da interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal.

O segundo argumento jurídico reside no fato da presunção de inocência ser princípio, e não regra, e como tal pode ser ponderada com outros bens jurídicos constitucionais em caso de conflito. Nesse ponto, explica o ministro, que ao haver condenação em segundo grau de jurisdição, esgotando-se os fatos e as provas, o princípio da presunção de inocência cederia espaço ao interesse constitucional na efetividade da lei penal. Já o último argumento jurídico é no sentido da credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.

Ainda nos votos vencedores, surpreendente a posição do Ministro Gilmar Mendes, pois, contrariando seu último entendimento firmado no HC 84.078/MG, votou pela possibilidade da execução provisória da pena. No voto, ressaltou que o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova da prova do crime e da sua autoria à acusação.

Prossegue na questão da falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, ressaltando que a análise das questões federais (REsp) e constitucionais (RE) não é voltada exclusivamente ao interesse do recorrente, mas sim ao interesse da sociedade no aperfeiçoamento da jurisprudência.

Nesse estágio, firmou a seguinte ideia: "Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos".

O Ministro Marco Aurélio acompanhou a divergência aberta pela Ministra Rosa Weber e votou pela impossibilidade da execução provisória. Sustentou seu voto com base na interpretação gramatical da constituição, afastando todo e qualquer método ou princípio interpretativo:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, **de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação**, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. (grifo do autor)⁴⁰.

No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello, decano da Suprema Corte, aduziu que a presunção de inocência, prevista na cláusula do inciso LVII, art. 5º da Constituição, somente

40BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

perde sua eficácia após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois assim estabelece, "de modo inequívoco", a Carta Magna.

Por esse motivo, disse ser inadequado utilizar-se do argumento pelo qual em outros países não é necessário aguarda o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, pois em tais localidades não impõe-se tal obrigação, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro:

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Portanto, a partir desse julgamento, o STF restaurou antigo entendimento pela possibilidade da execução provisória da pena. A partir desse marco, diversos mandados de prisão foram expedidos para cumprimento imediato de acórdãos condenatórios, o que levou até mesmo um ex-presidente da República à prisão por conta de envolvimento no escândalo de corrupção descortinado pela operação Lava Jato⁴¹.

Frise-se que a decisão não possuiu efeitos gerais, ou seja, não tinha efeito vinculante. Só após o Recurso Extraordinário com Agravo 964.246⁴², julgado pelo Plenário virtual em 11/11/2016, a repercussão geral da matéria foi reconhecida, reafirmando-se a mudança de jurisprudência proporcionada após julgamento do HC 126.292/SP.

O ministro Teori Zavascki, relator do ARE 964.246, reconheceu a repercussão geral da matéria devido à relevância social e jurídica, o que sobrepujaria o interesse subjetivo das partes envolvidas. Desse modo, reconhecida a repercussão geral da matéria, a tese da execução provisória passou, então, a possuir efeito vinculante, ou seja, eficácia *erga omnes*.

4.1.3 Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54

Diante da guinada jurisprudencial proporcionada pelo julgamento do HC 126.292/SP, o Partido Nacional Ecológico (PEN), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) entraram, respectivamente, com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, julgadas no mérito em novembro do ano de 2019⁴³. Participaram como *amici curiae*, dentre outros, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, a Associação Brasileira

41Nesse sentido, segue a notícia: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/ex-presidente-luiz-inacio-lula-silva-entrega-policia-federal>

42BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 964246 São Paulo. Recorrente: M.R.D, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Plenário Virtual. Brasília, DF, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

43As ADC's 43, 44 e 54 foram reunidas para julgamento em conjunto por conta da coincidência de objetos.

dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e as Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro (DPE-SP e DPE-RJ).

As referidas ações pleitearam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, o qual prescreve: "*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.*". Dessa forma, buscava-se a impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, em 05/10/2016, por maioria de votos, indeferiu as liminares das ADC's 43 e 44⁴⁴, entendendo que o início da execução da pena após condenação em segunda instância não depende do trânsito em julgado.

Entretanto, no julgamento do mérito, iniciado em outubro e finalizado em 7 de novembro de 2019, o STF, em apertada maioria (seis votos a cinco), restabeleceu o antigo entendimento firmado a partir do HC 84.078/MG, pelo qual é vedada a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, harmonizando a norma prevista no art. 283 do CPP com a Constituição da República.

O ministro Marco Aurélio, relator das ADC's, seguiu no mesmo entendimento firmado quando do julgamento dos marcos anteriores. Mais uma vez, o magistrado assentou o sentido unívoco do texto constitucional, ignorando os demais métodos e princípios ligados à interpretação constitucional. Veja-se:

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. **A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.**

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. (grifo do autor).

A partir de então, firmado o novo entendimento do STF, diversos alvarás de soltura foram expedidos após requerimentos das defesas daqueles recolhidos à prisão por decisão colegiada e ainda sem trânsito em julgado.

Por consequência, movimentos sociais e políticos se articularam para propor uma alteração na legislação com vistas a se sedimentar a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, ainda que pendente de recursos extraordinários⁴⁵.

4.2 ARGUMENTOS CONTRA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

44BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 5 de outubro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 12 no. 2019.

45Veja-se matéria a esse respeito: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/09/cidades-tem-manifestacoes-contradecisao-do-stf-sobre-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>

Diante da multiplicidade de argumentos contrários à prisão em segunda instância, abordar-se-á, por ora, apenas aqueles que possuem maior relevância e que repetidamente são invocados em desfavor da execução da pena a partir de condenação em segunda instância sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A maioria dos autores e ministros que entendem pela proibição da prisão em segunda instância se valem da interpretação gramatical (ou literal) como argumento central. Segundo eles, o inciso LVII, art. 5º, da Constituição Federal, que preconiza o princípio da presunção de inocência, é iniludível ao proibir a execução provisória da pena sem o devido trânsito em julgado, não havendo, desse modo, espaço para outras interpretações que levem a significação diversa.

O ministro Marco Aurélio deixou bem claro seu pensamento no voto quando do julgamento do HC 126.292/SP:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, **de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação**, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção (grifo do autor).

Ainda no mesmo julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski, no início do seu voto, afirmou:

[...] eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; **não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.** Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e **aí não podemos interpretar**, *data venia*. (grifo do autor).

Ao negar a possibilidade da utilização de outros métodos e princípios de interpretação, os julgadores, cuja função primordial é interpretar a lei e aplicar o direito, consubstanciando a concretização da norma⁴⁶, restringem sobremaneira a discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência.

O eminente constitucionalista José Afonso da Silva em parecer⁴⁷ solicitado pela defesa do ex- presidente Lula, pontuou:

46A esse respeito, vide, neste trabalho, o subtópico 3.1 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA.

47O parecer foi solicitado pelos advogados do ex-presidente, Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins, José Paulo Sepúlveda Pertence e José Roberto Batochio. A defesa buscava amparar determinado Habeas Corpus preventivo antes do julgamento final dos embargos no TRF da 4ª região, que havia confirmado e ampliado a pena privativa de liberdade imposta após condenação em primeiro grau de jurisdição.

Diz o acórdão que "não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto". Mas ela é de caráter absoluto, sim, no sentido de que existe *não conforme os cria e regula a lei*, mas a despeito das leis que pretendam modificar ou conceituar, conforme diz Pontes de Miranda. Portanto, a regra do inc. LVII do art. 5º é, sim, absoluta, no sentido de que vale por si, não conforme a lei. Ou, por outra, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não admite lei modificativa, nem mesmo pode ser alterado pelo poder constituinte derivado, nem, pois, com maior razão, por interpretação judicial ou pretensa mutação constitucional.⁴⁸

A respeito da mudança de jurisprudência ocorrida em 2016, há quem profira que o STF "rasgou" a Constituição⁴⁹, em nítida referência a interpretação gramatical que, conforme aduzem, a Suprema Corte simplesmente ignorou.

Nessa ocasião, Lênio Streck, em artigo⁵⁰ publicado na internet logo após a guinada jurisprudencial proporcionada pela Suprema Corte, proferiu que o STF, ao permitir a execução provisória da pena, reescreveu a Constituição, além de ter aniquilado uma garantia fundamental. Na sequência, criticou o voto do Ministro Teori Zavascki ao pontuar suposta contrariedade de posição quando este pertencia ao STJ, visto que não foi enfrentada a questão da regra prevista no art. 283 do CPP, a qual deveria ter sido julgada inconstitucional para ser afastada.

A proposito, Cezar Roberto Bitencourt, ao discorrer sobre o julgamento do STF que permitiu a execução provisória da pena afirmou o que segue:

Com efeito, ignorando os Tratados Internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro e a previsão expressa em nossa Constituição (art. 5º, LVII), que garantem o princípio da não culpabilidade, o STF passou a negar sua vigência, a partir dessa fatídica decisão, autorizando a execução antecipada de decisões condenatórias, mesmo pendentes recursos aos Tribunais Superiores. Trata-se de um dia em que o Supremo Tribunal Federal escreveu a mais negra página de sua história, ao negar a vigência de Texto Constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência (não culpabilidade) o trânsito em julgado de decisão condenatória (BITENCOURT, 2017, p. 80).

No mesmo sentido, pode-se extrair posicionamento semelhante por parte de Eugênio Pacelli:

[...] o Supremo Tribunal Federal, modificou radicalmente a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a execução provisória da condenação já

48SILVA, José Afonso da. PARECER. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 23 Nov. 2019.

49Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt, Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em 22 nov. 2019.

50STRECK, Lênio . Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 22 Nov. 2019.

após a decisão do Tribunal de segundo grau. A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso (PACELLI, 2018, p. 53).

Também assim pontuaram Nestor Távora e Rosmar Rodrigues:

Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção de inocência [...]. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283) (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 70).

Conforme já explicitado neste trabalho (subtópico 3.2.3.1.1), a interpretação gramatical, dentre os diversos métodos de interpretação possíveis, é considerada como ponto de partida da interpretação de qualquer texto normativo, sendo suficiente para os casos em que a legislação é clara, direta e não controversa.

Contudo, esse método interpretativo se mostra, muitas vezes, insuficiente para a atividade de extração das normas que possuem maior densidade axiológica pois, como dito, tal método serve apenas como ponto de partida da interpretação, sem levar em conta diversos outros aspectos envolvidos (social, histórico, teleológico), tendo por função precípua delimitar minimamente os sentidos a serem extraídos pelo intérprete.

Em outra perspectiva, há referência ao caótico sistema prisional brasileiro. Em julgamento no STF, ADPF 347/DF e RE 592.581, firmou-se a tese que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)⁵¹.

Nesse tema, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos 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 pétreia. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza.

51O termo Estado de Coisas Inconstitucional se originou a partir de decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, sobretudo das populações carentes, em face da omissão do poder público em superar esse quadro. A respeito do tema, vide texto do professor Dirley da Cunha Júnior: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>.

Grande foi a discussão acerca desse tema referente ao encarceramento "em massa", pelo qual sustentavam que, ao se permitir a execução da pena a partir do segundo grau de jurisdição, diversos condenados iriam inflar ainda mais o lamentável sistema penitenciário brasileiro.

Entretanto, segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) extraídos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), apenas 4.895 mandados de prisão foram expedidos por conta, exclusivamente, de decisão condenatória em segunda instância⁵². Esse número representa apenas 0,6% da população carcerária brasileira, estimada em 812 mil presos⁵³, sendo a maioria presos cautelares.

A partir desses dados, nota-se que a execução provisória da pena não traz grande impactos no sistema prisional, pois este é formado em sua maioria por presos que nem sequer foram condenados (presos provisórios e preventivos). Como assentado na ADPF 347/DF, para mudar esse estado de coisas, o poder público deve envidar esforços a partir de todas as esferas do poder, aplicando-se medidas que contribuam para o aperfeiçoamento do sistema prisional.

4.3 ARGUMENTOS A FAVOR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Assim como na explicitação dos argumentos contra a execução provisória da pena, aqui também serão abordados apenas os fundamentos de maior relevância que evidenciam a constitucionalidade da prisão após proferido acórdão condenatório pelo órgão colegiado competente.

Diferentemente dos defensores da interpretação gramatical (literal), um dos principais argumentos favoráveis fundamenta-se a partir de uma interpretação sistemática. Nessa hipótese, conforme já explanado no tópico 3.2.3.1.2 deste trabalho, a extração da norma a partir do texto constitucional se dá em harmonia com todo o conjunto normativo da Magna Carta, sem o restrito apego à literalidade.

Nesse ponto, o Min. Edson Fachin pontuou:

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória“ sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.

⁵²<https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>. Acesso em 01 dez. 2019.

⁵³<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 01 dez. 2019.

E prosseguiu:

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.

Ainda a respeito da interpretação sistemática, o Min. Luis Roberto Barroso indicou que a Constituição não veda a prisão em segunda instância, sobretudo pela análise sistemática de dois incisos da Carta Magna. Veja-se parte do voto:

Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória)⁵⁴.

Portanto, a norma constitucional pode ser interpretada a partir de diferentes métodos, de modo a permitir uma interpretação que seja mais adequada a garantir-lhe maior efetividade ao texto constitucional como um todo, do ponto de vista sistêmico. Desse modo, diante de temas complexos, como é o caso da execução provisória da pena, a atividade interpretativa das normas constitucionais não pode ser restrita a uma leitura conservadora, superficial, sem levar em consideração o contexto histórico-social do momento. Muito menos pode haver a exclusão dos diversos métodos e princípios interpretativos.

Outro argumento comumente citado pelos defensores da constitucionalidade da execução provisória da pena refere-se à característica dos recursos extraordinários (especial e extraordinário). Nesse ponto, é importante ressaltar que, além do ínfimo percentual de provimento de tais recursos, eles apenas permitem o questionamento de matéria de direito, sem, no entanto, reabrir a discussão acerca de fatos e provas do caso concreto.

A esse respeito, o Min. Gilmar Mendes pontuou:

54BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência⁵⁵.

Desse modo, vincular a execução da pena ao esgotamento dos recursos extraordinários que, em regra, sequer possuem efeito suspensivo, compromete a eficácia do sistema penal e a credibilidade do próprio Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Min. Barroso asseverou:

Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repressão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril.

No tocante à efetividade do processo penal, o Min. Teori Zavascki ponderou:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias⁵⁶.

O Min. Barroso também levou em conta tal argumento, conforme trecho do voto:

55BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

56BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional. [...] De outro lado, encontra-se 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. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante⁵⁷.

Portanto, a proibição da execução da pena após proferido acórdão condenatório, além de não ser imposta pela Constituição brasileira, dá ensejo e incentivo à interposição de sucessivos recursos meramente protelatórios na tentativa de retardar a privação de liberdade do condenado, além de contribuir para o descrédito do sistema de justiça penal, corroborando com a ideia de impunidade.

4.4 ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Diante da oscilação jurisprudencial a respeito da execução provisória da pena proporcionada pela Suprema Corte, e levando-se em conta a discussão suscitada sobre a extensão do princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal, bem como a constitucionalidade da prisão a partir de condenação em segunda instância na pendência de recursos extraordinários, será constatado se a execução provisória ofende a Constituição Federal de 1988.

Verificou-se que a interpretação literal do inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal, é utilizada amplamente de maneira absoluta, de modo a se excluir, desde logo, outros métodos interpretativos, como, por exemplo, a interpretação sistemática, o método normativo-estruturante, pelo qual a norma é concretizada levando-se em conta a realidade social, bem como os diversos princípios, como o da unidade da constituição, da concordância prática, da máxima efetividade e do efeito integrador⁵⁸.

57BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Cláudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

58Todos esses métodos e princípios estão expostos neste trabalho no Capítulo 3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

A esse respeito, diferentemente de uma interpretação apressada, que se limita a observar a mera literalidade do texto normativo, a análise sistêmica das normas extraídas dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Magna Carta permite concluir que o pressuposto para a efetivação da prisão não é o trânsito em julgado da decisão, mas sim uma ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Tal conclusão é obtida da leitura em conjunto de ambos os incisos do art. 5º, a seguir transcritos:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

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

Em outra vertente, ainda que utilizado o método gramatical, não é certa a conclusão pela qual não se cabe a execução provisória da pena, pois expressamente não há delimitação nesse sentido.

A esse respeito, não foi outro o entendimento do Min. Barroso, que no julgamento do HC 126.292 (SP), proferiu:

Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória)⁵⁹.

59BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

Cumprе ressaltar que o princípio da presunção de inocência, assim como os demais princípios constitucionais, não pode ser aplicado de forma absoluta. Conforme demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, a sua aplicação pode ocorrer em maior ou menor grau, a depender da situação fática e jurídica em apreço, sem que isto comprometa a sua validade, pois a presunção de inocência é princípio, e não regra, podendo inclusive ser sopesado.

Nesse sentido, o próprio art. 5º, LVII, da Constituição tem sua eficácia reduzida em casos específicos, como por exemplo na hipótese de cabimento das chamadas prisões processuais (temporária e preventiva), sem que isso implique inefetividade do princípio da presunção de inocência. Daí porque, pelos mesmos fundamentos, o referido princípio não representa uma vedação à execução da prisão pena quando esgotadas as instâncias ordinárias e proferido acórdão condenatório, independente da exigência do trânsito em julgado, que deve ser observada de acordo com outras normas constitucionais.

No que tange à análise da constitucionalidade da execução provisória da pena, tem-se pelo menos dois princípios constitucionais em colisão. Um deles é o princípio da presunção de inocência, segundo o qual, em sua máxima efetividade, postula a não culpabilidade como regra, de modo que a aplicação dos efeitos da sentença penal condenatória só poderão ser aplicados ao réu após o reconhecimento judicial de sua responsabilidade penal em definitivo. O outro princípio reside na efetividade do processo penal, ligado, sobretudo, ao princípio da eficiência⁶⁰ e ao da duração razoável do processo⁶¹.

Ocorre que, à medida que o rito processual penal se desenvolve, após a análise dos fatos e provas atinentes ao caso concreto e a devida apreciação do caso por um órgão colegiado, oportunizado o contraditório e a ampla defesa, já há elementos suficientes para justificar uma menor aplicabilidade deste princípio a fim de garantir a eficácia do direito penal.

Neste ponto, convém ressaltar que, após o esgotamento das instâncias ordinárias, não se pode mais analisar fatos e provas, de modo que a apreciação dos recursos extraordinários restringe-se a impugnações de matéria de direito ou questões constitucionais.

É de se atentar que, na maioria dos casos, condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória estimula a interposição de infundáveis recursos, muitas vezes manejados para protelar justamente a concretização da sanção penal aplicada. Sob essa perspectiva, o processo penal deve ser encarado como um instrumento que garanta a eficiente persecução penal mas sem ignorar, por óbvio, o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, o qual garante ao acusado, dentre outros desdobramentos, o benefício

60CF Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

61Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

do *in dubio pro reo*, garantia traduzida na tese pela qual se propugna que na falta de prova a absolvição deve imperar, de modo a proporcionar um julgamento justo.

Também a partir da análise dos julgados, é de se constatar que o imbróglio relacionado à oscilação de jurisprudência da Suprema Corte está no fato de haver princípios aparentemente antagônicos em rota de colisão. Nesse ponto, verificou-se que certos aplicadores/interpretes da lei enfrentam o tema sem levar em consideração a existência de outros princípios igualmente tutelados pela Constituição, como a efetividade do processo e a segurança pública, conforme já citado.

Nesse diapasão, conforme constatado no bojo deste trabalho, em casos de conflito entre normas de mesma hierarquia e constitucionalmente protegidas, há de se sopesar os interesses envolvidos com vistas à resolução mais justa e menos dramática, sem haver, contudo, a ineficácia completa de umas das normas. Para tanto, o princípio da proporcionalidade, desdobrado no princípio da vedação ao excesso e no da vedação à proteção deficiente, serve de instrumento extra à disposição do aplicador da lei para a tarefa da ponderação (ou sopesamento).

Ressalte-se que a presunção de inocência é associada ao garantismo penal, o qual se destina a proteger não apenas os direitos fundamentais individuais, mas também os direitos coletivos e sociais, através de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, bem como da ideia de unidade da Constituição. Ou seja, os direitos e garantias fundamentais individuais devem ser harmonizados com os direitos da sociedade (direitos sociais e coletivos).

Desse modo, é de se verificar que a execução provisória da pena deve ser levada em conta, também, a partir do princípio da proporcionalidade, pois, de um lado existe a obrigação do Estado em respeitar a presunção de inocência do acusado até que se comprove sua culpabilidade (vedação ao excesso), aferida a partir dos fatos e das provas, e de outro existe o dever de proteção do Estado em relação à sociedade, restringindo, quando indispensável, os direitos e garantias individuais, compreendida na efetividade do processo penal (vedação à proteção deficiente).

Então, conforme exposto ao longo deste trabalho, a execução provisória da pena, além de não ofender o princípio da presunção de inocência, se mostra proporcional pois veda a prisão de qualquer pessoa sem a demonstração de culpa e sem a devida ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, traduzindo-se no princípio da vedação ao excesso. Por outro lado, proporciona à sociedade o direito à efetividade do processo penal ao garantir de maneira efetiva a aplicação da sanção penal àqueles que ofendam as normas de conduta tuteladas pelo Direito Penal, traduzindo o princípio à proteção deficiente.

Em posição semelhante ao exposto, o Min. Barroso ponderou:

Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a

réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais⁶².

Portanto, o princípio constitucional da presunção de inocência, sob uma construção hermeneutico-constitucional, notadamente pela interpretação sistemática, do princípio interpretativo da unidade da Constituição e do princípio da concordância prática, o qual propugna que todos os bens jurídicos tutelados pela Constituição devem ser harmonizados pois ostentam o mesmo valor, não se encontra violado caso haja eventual prisão pena sem trânsito em julgado, pois acima de tudo, tal posicionamento se mostra razoável.

62BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292 São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi o de analisar se a execução provisória da pena é constitucional e se ofende o princípio da presunção de inocência, capitulado no inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal de 1988. Para tanto, buscou-se compreender, a partir de estudo bibliográfico e jurisprudencial, a natureza jurídica do princípio da presunção de inocência e a sua extensão no ordenamento jurídico através das ferramentas interpretativas fornecidas pela hermenêutica constitucional, além, também, dos argumentos jurídicos exarados ao longo da oscilante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

Da pesquisa lastreada sobretudo em doutrina e jurisprudência, verificou-se que a presunção de inocência é princípio, e não regra, e, portanto, ao ocorrer conflitos entre princípios igualmente protegidos pela Carta Magna, deve-se recorrer ao sopesamento, técnica de resolução de conflitos desenvolvida por Robert Alexy.

Verificou-se, igualmente, que o festejado princípio da presunção de inocência é direito fundamental o qual se reveste de garantias para a sua plena eficácia, estando intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, e que possui no seu núcleo essencial duas regras essenciais: a regra probatória (*in dubio pro reo*), a qual preceitua que cabe a acusação o ônus da prova, além também da imposição ao juiz de absolver o réu em caso de dúvida; e a regra de tratamento, entendida como a obrigação imposta ao Poder Público em não tratar o acusado como se condenado já fosse, de modo a proteger, inclusive, o seu direito à imagem contra exposições abusivas.

Posteriormente, tratou-se da hermenêutica constitucional, a qual fornece instrumentos visando a interpretação de qualquer dispositivo constitucional, pois, como verificado, todo texto merece ser interpretado, ainda que minimamente. Nesse ponto, estabeleceu-se que, por conta das especificidades da Constituição, norma suprema no ordenamento jurídico, os métodos clássicos de interpretação utilizados para se extrair a norma de dispositivos infraconstitucionais não seriam suficientemente adequados para a árdua tarefa de interpretar a Carta Magna.

Por conta disso, trouxe-se à baila os diversos métodos e princípios de interpretação postos ao interprete e que têm por função primordial proporcionar a mais adequada interpretação do texto constitucional, sem haver, por óbvio, a supremacia de um método sobre o outro. Alguns desses métodos foram expostos em julgados do STF, extraindo-se que a Suprema Corte vale-se de tais mecanismos constantemente na sua tarefa de julgar e de ser o Guardião da Constituição.

Na sequência, tratou-se, em capítulo próprio, da constitucionalidade da execução provisória da pena. Neste, abordou-se a jurisprudência da Suprema Corte, tendo-se verificado a oscilação jurisprudencial vivenciada ao longo dos anos, além de alguns argumentos lançados por autoridades no tema.

Neste ponto, foi abordado diversos argumentos jurídicos que levaram à oscilação de jurisprudência, primeiramente em 2009, a partir do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, e posteriormente em 2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, os quais tiveram teses opostas firmadas.

Verificou-se, então, que a interpretação gramatical (literal) é a comumente utilizada pelos defensores da tese da inconstitucionalidade da prisão em segunda instância sem o trânsito em julgado, sendo, quiçá, o principal argumento utilizado. Entretanto, conforme exposto no capítulo destinado à hermenêutica constitucional, nenhum método interpretativo pode ser absolutizado, devendo existir a harmonia entre os diversos métodos e princípios interpretativos.

Nesse diapasão, a partir da análise dos diversos argumentos jurídicos sobre o tema, conclui-se que o método gramatical não é a melhor opção posta ao intérprete, pois tal método é destinado sobretudo para textos diretos, concisos e claros, sem haver a necessidade de maiores discussões sociológicas sobre a aplicação e extensão das normas extraídas, o que não é o caso do inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal.

Cabe lembrar que o sentido e a concretização da norma não se erigem somente levando-se em conta um único texto normativo, mas também da visualização de todo o ordenamento jurídico pois a norma é produto de um complexo exercício de interpretação. Nesse ponto, Márcio Kammer de Lima aduziu o seguinte: "É, pois, a norma jurídica produto de uma interpretação *par excellence* sistemática: toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significados, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa" (LIMA, 2009).

A partir da análise sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Magna Carta, verificou-se que a Constituição não veda a prisão em segunda instância, pois esta tratou a culpabilidade e a prisão em dispositivos distintos, não havendo vedação expressa à execução provisória da pena. Conforme verificado, a culpabilidade do acusado firma-se a partir da análise dos fatos e das provas, tarefa destinada às instâncias ordinárias de jurisdição (juízo de primeiro grau e Tribunal de apelação), além da falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários (REsp e RE).

Ademais, os princípios da unidade da Constituição e o da proporcionalidade, utilizado como mecanismo a auxiliar o sopesamento de princípios, permite considerar a execução provisória da pena como sendo constitucional, sobretudo porque há diversos princípios e interesses envolvidos, como o da efetividade do processo penal e o da segurança pública, direito assegurado no art. 144⁶³ da Constituição Federal.

Portanto, por todos os argumentos lançados e considerações feitas, e sem o desígnio de esgotar o tema, conclui-se que a prisão a partir de condenação em segunda instância, ainda que pendente de recursos extraordinários, é compatível com o princípio constitucional da

63CF Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...).

presunção de inocência, portanto não ofende a Constituição da República, sendo uma questão de interpretação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal [livro eletrônico]**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual brasileiro. Brasília: Escola de Administração Judiciária. TJDFT, 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais. Acesso em: 9 Nov. 2019.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das lei restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Disponível em: . Acesso em: 15 Dez. 2019.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 231. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017.
- BORGES, Edinaldo de Holanda. **O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO E O JUIZADO DE INSTRUÇÃO**. *Boletim Científico ESMPU*. Brasília, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-6-2013-janeiro-marco-de-2003/o-sistema-processual-acusatorio-e-o-juizado-de-instrucao>. Acesso em: 20 Nov. 2019.
- BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 Out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 Out. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 2 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078. Apelante: Omar Coelho Vitor. Apelado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgamento em 05 fev. 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 17 Nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC 29. ADC. 30. ADI 4578. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 29 jun. 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Feral. Habeas Corpus n. 00687261/130. Apelante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Apelado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento em 28 jun. 1991. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 nov. 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 17 Nov. 2019.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **INICIAÇÃO AO PROCESSO PENAL**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério (taking right seriously)**. 1. ed. tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO: TÉCNICA, DECISÃO, DOMINAÇÃO**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: Esboço de uma teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **ensaio e discurso sobre a INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes Às normas**. trad. Edson Bini. São Paulo: Quartiner Latin, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**: Esquemático. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Márcio Kammer de. **As diferentes visões sobre as normas jurídicas**. **Consultor Jurídico**. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-14/diferentes-visoes-conceito-normas-juridicas>. Acesso em: 15 Dez. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **História da Hermenêutica Jurídica**. **Carta Forense**. 2008. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/historia-da-hermeneutica-juridica/1011>. Acesso em: 2 Nov. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACELLI, Eugênio . **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 22. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da . **PARECER**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 6 Nov. 2019.

SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. **GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONDENAÇÃO PENAL EM SEGUNDO GRAU**. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.23.pdf. Acesso em: 25 Out. 2019.

STRECK, Lênio . **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. **Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 22 Nov. 2019.

STRECK, Lênio. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto.** *Periódicos UFSC*. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>. Acesso em: 12 Nov. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.