

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: REFLEXÕES HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Guilherme Henrique Mariani de Souza¹

RESUMO: Este trabalho busca reflexionar sobre a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem, desde 2016, restringido o alcance do princípio da presunção de inocência, ao permitir a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Desde um enfoque crítico-hermenêutico e de um método dedutivo-indutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, apresentam-se subsídios para uma abordagem ampla dos principais fundamentos utilizados pelo Plenário desse Tribunal, discutindo os limites interpretativos das restrições de direitos fundamentais, diante do texto normativo constitucional. Conclui-se, ao final, que a Suprema Corte desbordou dos limites semânticos da Constituição, promovendo grave fragilização do princípio do estado de inocência.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Antecipada da Pena. Presunção de Inocência. Interpretação. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Estado de Natureza Hermenêutico e Jurisdição Penal de Exceção: sobre mutações e literalidades. 3 A Fórmula da Relativização: a presunção de inocência entre números e comparações. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

No mês de fevereiro de 2016, divulgou-se amplamente a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao negar o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, por

1

Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul e Universidade de Caxias do Sul (ESMAFE-RS/UCS). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

maioria de votos, entendeu que a possibilidade de execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde o ano de 2009, no julgamento dos *Habeas Corpus* nº 84.078 e nº 94.408, ambos de Minas Gerais, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. Frise-se, no entanto, que até 2009, o STF entendia que a presunção de inocência não impedia a execução antecipada da pena (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

A discussão, porém, novamente voltou à cena por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, cujo paciente foi o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. A decisão teve lugar no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 04 de abril de 2018, em que se rediscutiu a possibilidade ou não de execução antecipada da pena de prisão, sem o aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O Tribunal Supremo, por maioria apertada (seis votos a cinco), em longa sessão de julgamento – que se iniciou à tarde e findou no limiar da madrugada do dia seguinte –, reafirmou seu mais recente entendimento, denegando a ordem de soltura. Como consequência, três dias depois, em 07 de abril, o paciente foi recolhido à prisão na sede da Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Paraná, em Curitiba.

No presente texto, para além da fragilização do princípio da presunção de inocência – o que, por si só, já representa um grave problema –, vamos procurar entender outras questões que permeiam o debate. Para tanto, utilizar-se-ão como referências os principais argumentos levantados por alguns Ministros da Suprema Corte durante suas manifestações no julgamento do último *writ*, e que sustentaram suas decisões.

Desse modo, a análise a ser desenvolvida não possui um cunho de verticalização, de aprofundamento em torno dos fundamentos utilizados em cada um dos votos proferidos, *destrinchando-os* individualizadamente; no lugar disso, o texto propõe-se a trazer subsídios para uma reflexão mais horizontal e abrangente, desde

uma perspectiva crítica, pinçando os temas mais candentes que emergiram das discussões em Plenário, e que serviram de base aos votos denegatórios da liberdade.

2 ESTADO DE NATUREZA HERMENÊUTICO E JURISDIÇÃO PENAL DE EXCEÇÃO: SOBRE MUTAÇÕES E LITERALIDADES

Primeiramente, é interessante considerar que o *habeas corpus* do “Caso Lula”, embora a contundência dos debates travados entre os Ministros, e apesar de toda a repercussão midiática que recebeu, no Brasil e no exterior – em razão da figura pública do paciente - tratou de um processo singular, subjetivo, individual, de modo que a decisão não deve possuir eficácia *erga omnes*, mas tão somente *inter partes*.

Isto é, não houve a declaração de inconstitucionalidade de qualquer regra legal, nem pela via concentrada nem pela via difusa. Logo, o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal nesse processo não possui natureza vinculativa em relação aos demais membros do Poder Judiciário, que poderão, caso assim entendam, continuar a seguir o posicionamento até então predominante, no sentido da impossibilidade da execução antecipada da pena.

Tal posicionamento ecoa na doutrina desde o HC 126.292/SP, e também foi reproduzido em alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (2016), da lavra do Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, tal como na Apelação Criminal nº 70071520720, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO-CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LEGÍTIMA DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA [...] EXECUÇÃO PROVISÓRIA. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NOS AUTOS DO HC Nº 126.292. 3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena não possui efeito erga omnes, tendo em vista que foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. O texto é expresso em determinar que a presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda, nesse linde hermenêutico, tem-se que a ausência de efeito suspensivo não corresponde a trânsito em julgado, encontrando a assim chamada execução provisória da pena óbice na literalidade do texto constitucional. RECURSO IMPROVIDO. PEDIDO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA INDEFERIDO POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70071520720, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 14/12/2016)

Assim, a prisão de qualquer pessoa, excetuada a hipótese de flagrante delito ou de prisão temporária ou preventiva, segue ainda, em termos estritamente legais,

condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, já que não houve, pelo STF, declaração formal de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal, de modo que os demais juízes da República poderiam – ao menos em tese - continuar a interpretar e aplicar o dispositivo constitucional tal qual está estabelecido em sua redação original (FELDENS; POETA, 2016).

Uma ressalva, porém, deve ser feita. Sabe-se que os fundamentos contidos nas decisões do Supremo Tribunal Federal possuem enorme poder persuasivo sobre os demais profissionais do Direito, mesmo que, formalmente, não se atribua à decisão eficácia contra todos. Esse poder de influência tem sido potencializado em função da diversificação dos meios de comunicação, especialmente pela *internet* e pelas denominadas “redes sociais”, que têm possibilitado uma ampla divulgação das decisões dessa Corte, gerando repercussão instantânea em todo o país, mesmo que não se trate de processos de índole objetiva. A figura jurídica da “repercussão geral”² e o Código de Processo Civil de 2015, com suas novas diretrizes e seu exemplar artigo 927³, também apontam para isso.

Essa discussão tangencia o tema da “abstrativização do controle difuso” - também denominada de “objetivação” ou “dessubjetivação” do controle difuso -, que tem ganhado destaque na doutrina, sobretudo após o julgamento, pelo STF, do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP e da Reclamação nº 4.335/AC.

Conforme dito pelo então Ministro Teori Zavascki quando do julgamento dessa Reclamação, é forçoso reconhecer que, cada vez mais, as decisões tomadas pelo

2

Nesse ponto, em particular, é importante registrar que a discussão acerca da natureza dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal restou atenuada em face do reconhecimento da repercussão geral do tema, no bojo do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, julgado em 10 de novembro de 2016 pelo Plenário do STF, ocasião em que foi fixada a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (BRASIL, 2016).

3

“Art. 927. Os juízes e tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...] §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

STF revestem-se de uma “força expansiva”, mesmo quando tomadas em casos concretos, e independentemente da resolução do Senado Federal (prevista no artigo 52, inciso X, da CF) (FERRAZ, 2014). Portanto, ainda que sem a exclusão ou suspensão formal de determinada lei do ordenamento, as decisões do STF possuem uma forte capacidade de moldar as futuras decisões dos Tribunais e juízes do país, a partir da nova interpretação conferida por essa Corte⁴.

No caso específico que ora se discute, é possível dizer que tenha ocorrido uma “mutação constitucional”⁵, isto é, uma mudança *informal* do texto constitucional, pela via interpretativa, de modo análogo ao que foi realizado no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, que trataram das uniões estáveis homoafetivas.

O fenômeno da “mutação constitucional” é fortemente criticado por parcela da doutrina, já que, por esse meio, não haveria unicamente a atribuição de novo sentido ao texto, gerando uma nova “norma” (que é o produto da interpretação)⁶, mas sim, a substituição do texto constitucional originário por um novo texto ditado pelo STF, em total inobservância aos limites semânticos mínimos do texto constitucional, como se essa Corte fosse investida de um poder constituinte permanente (e ilegítimo)! (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007)⁷. Trata-se, na verdade, da própria reescrita da

4

Esclarece Marcelo Novelino (2010, p. 248) que, para os defensores da tese da abstratização do controle difuso, “[...] a interpretação dada pelo STF possui especial relevância por ser ele o guardião da Constituição (CF, art. 102), a quem cabe dar a última palavra na interpretação das normas constitucionais. Intepretações divergentes acabam por enfraquecer a *força normativa* da Constituição”.

5

Sobre o conceito de *mutação constitucional*, explica Marcelo Novelino (2010, p. 154): “Diversamente da *emenda*, processo formal de alteração da Lei Fundamental (CF, art. 60), a *mutação* ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição sem alteração de seu texto. Altera-se o sentido da norma constitucional sem modificar as palavras que a expressa. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume constitucional ou pela via interpretativa”.

6

Segundo explicitam Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira (2013, p. 315), “[...] o conceito pós-positivista de norma jurídica não pode mais possuir acepção semântica, porque norma não pode ser confundida com o texto normativo. A norma somente surge na solução de caso jurídico, seja ele real ou fictício. Portanto, perante o paradigma pós-positivista do direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma [...]. Em suma, a norma não é nem está contida na lei (apesar de ela ser elemento importante para a formação da norma). Somente após a interpretação jurídica, destinada a solucionar caso concreto (real ou fictício), é que surge a norma jurídica”.

7

Constituição, e o que é mais grave, da reescrita de uma cláusula pétreia, em detrimento da proteção da pessoa humana.

Veja-se, pois, a gravidade da postura ativista assumida pelo Supremo Tribunal Federal, situação que Thiago Bottino (2016) aponta com clareza: ora, o Congresso Nacional não pode mudar a Constituição com a finalidade de abolir uma garantia fundamental. A própria Constituição proíbe isso (art. 60, §4º). Logo, o Congresso não poderia alterar o texto constitucional nessa parte para alcançar o resultado de punir alguém antes da decisão final. Mas será que o Supremo, que não foi legitimado pelo voto popular, poderia?

Em relação ao art. 5º, inciso LVII, da CF⁸, que trata da presunção de inocência, é interessante observar que, utilizando-se uma interpretação “literal” ou uma interpretação “sistemática”, a resposta seria a mesma, no sentido da impossibilidade da execução antecipada da pena. No entanto, pelo que se observa – e para manter a mesma nomenclatura dos referidos “métodos clássicos” de interpretação⁹ -, pode-se concluir que o STF se valeu de uma equivocada interpretação “teleológica”, para o fim de reduzir a “sensação de impunidade” e conferir maior “efetividade” ao processo penal, ao arremesso do texto constitucional e legal.

Desde a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, em 2012, quando se julgou constitucional a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (2012) já alertavam para os perigos da relativização do

Sobre a questão, agregamos, ainda, outra passagem da obra de Lenio Streck (2018a): “Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional numa democracia”.

8

“Art. 5º. [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

9

Sobre os métodos de interpretação, eis o que refere Dimitri Dimoulis (2010, p. 146): “Os principais instrumentos que possui o operador do direito para resolver os problemas de interpretação são os quatro métodos de interpretação, desenvolvidos pela doutrina e, geralmente, vinculados ao nome de Savigny: interpretação gramatical (textual ou literal); interpretação sistemática (lógica); teleologia subjetiva (histórica); teleologia objetiva”.

princípio da presunção de inocência, com o objetivo de atender aos clamores populares de moralização da política¹⁰.

Ainda que tal decisão, à época, tenha tido reflexos tão somente na esfera eleitoral, acabou abrindo caminho para que se relativizasse o conteúdo da presunção de inocência, chegando-se ao estágio que se tem hoje, em que também no campo processual penal a presunção de inocência se encontra solapada.

A diferença, porém, é que o princípio da moralidade administrativa, neste caso, tem sido substituído pela noção de “efetividade da persecução criminal” e pela “credibilidade do sistema de justiça penal”, o que atenderia ao denominado “princípio de proibição de proteção deficiente” ou “proibição de insuficiência”¹¹, que segundo os defensores, é uma vertente *positiva* do garantismo penal e do princípio da proporcionalidade, contraposta à “proibição de excesso” -, a fim de que se alcance um processo penal *eficiente*¹².

Ilustrativa, nesse sentido, é a observação de José Paulo Baltazar Junior, que explicitamente critica a decisão pretérita do STF no HC nº 84.078 – responsável pela virada jurisprudencial *a favor* da presunção de inocência -. Para ele (2010, p. 184),

10

A LC 145/2010 modificou parcialmente a Lei Complementar nº 64/90, ao acrescentar novas hipóteses de inelegibilidade de candidatos, contemplando a possibilidade de serem considerados inelegíveis os condenados por decisão transitada em julgado ou *proferida por órgão judicial colegiado*, independentemente do trânsito em julgado. Ao comentarem tal decisão, Streck e Oliveira observam que o argumento de que o direito social à moralidade administrativa deve se sobrepor ao direito individual à presunção de inocência não é o que melhor se adequa à prática político-jurídica brasileira. Isso porque, além de estar assentado na falsa ideia de colisão entre princípios, esse argumento revigora a perigosa tese de supremacia do coletivo sobre o individual, em voga nas primeiras décadas do século XX. Lembram os autores (2012, p. 89) que “[...] esse tipo de argumento estava presente em muitos elementos das ‘visões de mundo’ totalitárias que compuseram os anos de chumbo da primeira metade do século passado. Portanto, essa imposição *prima facie* de direitos sociais sobre direitos individuais constitui um gravíssimo risco à democracia, além de ser um atentado contra os direitos fundamentais”.

11

Para uma abordagem crítica a respeito da perspectiva de *vedação à proteção insuficiente*, conferir as obras de Fábio Luís Mariani de Souza (2011), Guilherme Merolli (2010) e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2015).

12

Criticando a noção de *eficientismo* impregnada no bojo do sistema penal, André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2010, p. 134-135) registram que a criminalização de estágios prévios ao início do delito, a criação de novos tipos penais, a supressão de garantias processuais e o processo de expansão do Direito Penal como um todo, é decorrência “[...] da noção de *eficiência* que se procura imprimir ao Direito Penal, como resposta eficaz ao descontrole da sociedade, mas que, na realidade, traduz-se no descontrole do Estado”.

esse julgado representou uma colisão entre o direito fundamental da presunção de inocência e o direito à segurança, que pressupõe “[...] uma persecução penal eficiente”. Ainda, o caso teria sido um exemplo de decisão “[...] *hipergarantista* que concede tal relevo ao direito fundamental do acusado, que anula os direitos fundamentais em jogo na constelação, nomeadamente aqueles da vítima e da sociedade”.

Trata-se do que se pode denominar de uma *jurisdição penal de exceção*, que por vias discricionárias e com fundo punitivo, vem subvertendo a legislação democraticamente instituída, e também, como no caso em comento, a própria Constituição Federal.

É correto afirmar que a Constituição é um texto, e como tal, também pode ser interpretada; porém, tal ideia não pode levar à conclusão de que seja livre a atribuição de sentidos, de que se possa atribuir qualquer norma a um texto, e que se possa dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa*, conforme alerta insistentemente o professor Lenio Streck (2013a). Existem, pois, limites ao processo interpretativo, sob pena de nós adentrarmos em um “estado de natureza hermenêutico”, em que o protagonismo do intérprete estabelece arbitrariamente os sentidos jurídicos (STRECK, 2013b).

A interpretação não é e não pode ser um mero *ato de vontade* (como afirmou Kelsen no Capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*)¹³, sob pena de a discricionariedade transformar juízes em legisladores, com a pretensa razão humana passando a ser a fonte iluminadora do significado de tudo (SANTOS JÚNIOR; STRECK, 2016).

13

Afirma Kelsen (2009, p. 394): “[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”.

O texto constitucional, corroborado pelos textos dos artigos 283¹⁴ e 674¹⁵ do Código de Processo Penal - bem como pelo artigo 105 da Lei de Execução Penal¹⁶, dentre tantos outros com redação semelhante -, não deixa margem para dúvidas, vaguezas ou ambiguidades. Ao contrário: a sua clareza e singeleza nos levam a questionar - mais uma vez com Lenio Streck (2018b) – *de que modo é possível fazer uma interpretação conforme à Constituição exatamente para dizer o que ela não diz!*

Em razão disso, tampouco se salva a corrente intermediária defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que entendem mais seguro aguardar-se o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, para que só depois se inicie a execução da pena. Isso porque o argumento de fundo, baseado na exigência do trânsito em julgado, permanece incólume. Ao que parece, ao seguir-se esse entendimento, apenas se estaria “transferindo” a inconstitucionalidade dos tribunais de segundo grau para o STJ¹⁷.

Veja-se que não se está aqui defendendo uma posição do tipo “*in claris cessat interpretatio*”. Afinal, a hermenêutica nos ensina que todo texto está sempre sujeito a ser interpretado, a todo momento. Porém, mais uma vez, o que se coloca em debate são os limites linguísticos de interpretação de um texto. Nesse sentido, alerta Jacinto

14

“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.”

15

“Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.”

16

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

17

Em sentido semelhante, acerca da execução antecipada da pena após a decisão do STJ, o processualista Aury Lopes Jr. (2018) comenta: “A rigor, à luz do limite constitucional (trânsito em julgado), é incidir no mesmo erro de autorizar a prisão após a decisão de 2º grau. Não difere em nada, pois em nenhum dos dois casos há trânsito em julgado e ambas violam a presunção constitucional de inocência. Ademais, recordemos que a distinção entre questões de fato e questões de direito (em que pese a fragilidade ou mesmo impossibilidade dessa distinção) para demarcação do espaço recursal (recursos ordinários ou extraordinários) não influi em absolutamente nada na constituição conceitual do que seja trânsito em julgado. Enfim, mais parece uma decisão de política-processual, para consenso decisório, do que propriamente uma decisão jurídico-processual”.

Coutinho (2015) que *há um conteúdo na lei que não se pode ignorar* ⁻¹⁸, e no caso ora em análise, há um conteúdo na Constituição Federal (!) que não se pode ignorar.

Sobre a questão, André Karam Trindade (2016) elucida o pensamento de Umberto Eco, para quem a possibilidade de um mesmo texto comportar diversas interpretações, em razão de sua plurivocidade, não significa “[...] que desse mesmo texto se possa fazer qualquer interpretação. Algumas interpretações são manifestamente equivocadas, não podendo prevalecer por violarem a materialidade do próprio texto”.

Nesse sentido, a *superinterpretação* - o exagero e o excesso cometido pelo intérprete - seria uma leitura inadequada de um texto, caracterizada por uma imposição da vontade do leitor, que desrespeita a intenção do texto, ultrapassando seus limites semânticos e apoderando-se de seu sentido (TRINDADE, 2016).

Subverte-se, ainda, a própria noção de Estado de Direito, submetido às leis e à Constituição, tornando uma garantia individual da mais alta importância - a presunção de inocência - refém da interpretação de seis juizes (atingindo-se, assim, a maioria simples no Plenário do STF). Ora, tivessem os Ministros sido *la bouche de la loi*, ou, no caso, *la bouche de la Constitution*, e a presunção de inocência teria sido respeitada. Guardadas as devidas proporções, toda a razão, aqui, deveria ser dada a Montesquieu!

3 A FÓRMULA DA RELATIVIZAÇÃO: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENTRE NÚMEROS E COMPARAÇÕES

Outro importante argumento lançado para fundamentar a decisão baseia-se na ideia de que é nas instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, já que, no âmbito do STF e do STJ, só é possível discutir matéria de direito. Entretanto, alguns apontamentos podem ser feitos.

18

Jacinto Coutinho (2015) prossegue em sua lição apontando que “O espaço hermenêutico [...] permite ao intérprete uma construção normativa (dando um sentido ao texto: Gadamer, Zagrebelsky, Grau, Lenio, entre outros) compatível com a linguagem preceitual. Daí que, como parece primário, o que se delimita ao Poder Judiciário é a verificação da adequação possível, ou seja, se a norma criada pelo intérprete não escapa da regra e, assim, do raio de alcance da estrutura lingüística do enunciado, das suas palavras. Destarte, não pode - e não deve - o Poder Judiciário (porque abusivo, dado extrapolar suas atribuições), em reconhecendo como correta a adequação possível, impor outra, de sua lavra, quiçá por a entender mais justa, ou por bondade, ou por capricho ou outro fundamento”.

Criticamente, sabe-se que fatos e regras jurídicas são inseparáveis e se entrelaçam, motivo por que qualquer dualismo entre matéria fática e jurídica não encontra justificativas no devido processo constitucional (GIACOMOLLI, 2008, p. 107). É inadequada a tentativa de cindir questão “de fato” e questão “de direito”, porque a compreensão e a interpretação se dão de forma global, unitária, ou, em outras palavras, numa fusão, numa síntese hermenêutica (STRECK, 2013a, p. 306).

Hipoteticamente, imaginemos uma situação em que se discute, em algum tribunal superior, a incidência ou não do princípio da insignificância em um delito de furto. Seria essa apenas uma questão “de direito”? Ou teriam que ser avaliados outros elementos, tais como a natureza da coisa subtraída, a sua quantidade, a condição econômica da vítima e as demais circunstâncias nas quais foi cometido o crime? Nesse caso, o julgamento permaneceria sendo apenas um exame de matéria “de direito”?

Tal dicotomia revela-se, pois, uma ilusão, uma impossibilidade¹⁹, e é mais um motivo pelo qual a presunção de inocência deveria ser preservada integralmente até a última decisão, em conformidade ao comando constitucional. De outro lado, cabe ainda referir que as tentativas de justificação da decisão do STF baseadas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou em outros diplomas internacionais são igualmente questionáveis.

A própria jurisprudência do STF, assentada no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, considera que a Constituição da República tem posição prevalecente sobre as normas internacionais de direitos humanos que não foram incorporadas ao ordenamento interno segundo o rito estabelecido pelo §3º do art. 5 da CF, pelo que se mostra injustificável qualquer tentativa de “contornar” o texto constitucional a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de tratados correlatos

19

Também a respeito da inseparabilidade entre questão de fato e questão de direito, temos a lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva (2007, p. 160): “Com efeito, ao ‘qualificar’ os fatos, a atividade do tribunal torna-se uma operação jurídica. De resto, a própria separação entre a apreensão dos fatos, em sua pura materialidade, já seria uma tarefa impossível. A compreensão de qualquer texto ou problema jurídico não pressupõe e nem pode contar com uma atividade prévia de pura ‘constatação’ dos fatos, em sua materialidade. É impossível apreender o fato, no momento da ‘compreensão-aplicação’ da norma, separadamente do respectivo direito. O ‘fato’ é, em si mesmo, um conceito hermenêutico, a exigir interpretação”.

(tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos ou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos).

E mesmo que se considerasse que as regras dos tratados internacionais de direitos humanos fossem materialmente equivalentes às normas constitucionais (por força do art. 5º, §2º, da CF), ainda seria o caso de preservar o texto constitucional, com base no princípio *pro homine* (ou *pro persona*), que privilegia a adoção da norma mais favorável ao indivíduo²⁰.

Isso porque, embora o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8.2²¹, possa ser considerado mais “aberto” ou “maleável”, por não fazer alusão a “trânsito em julgado” ou a “decisão definitiva” (o que poderia dar respaldo ao entendimento definido pelo STF), não se pode argumentar somente com base na Convenção, desconsiderando a redação da Constituição brasileira, que é muito clara e específica ao exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa, aliás, é a tendência que se observa quando cotejados diplomas nacionais e internacionais: frequentemente, o regramento doméstico é mais protetivo, específico e detalhado em relação aos tratados internacionais de direitos humanos²².

Em linha semelhante, foi constante no julgamento a referência às Constituições de outros países, que teriam critérios menos rígidos para a definição do trânsito em julgado. De igual modo, porém, inexistiu dificuldade na desconstrução de tal

20

Conforme esclarece André de Carvalho Ramos (2017), o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo defende a escolha, “[...] no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais *benéfica* ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo”.

21

“Artigo 8. Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

22

Sobre o ponto, é precisa a observação de Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Lazari (2015, p.292): “[...] enquanto for possível algum recurso, a presunção do acusado é de inocência. Interessante notar que, neste aspecto, a proteção interna parece ser mais abrangente que sua equivalente internacional. Seguindo-se a tônica dos dispositivos internacionais acima colacionados, a presunção de inocência atrela-se à prova da culpa, sem, contudo, exigir o trânsito em julgado de sentença condenatória que ateste isso. Com efeito, se trata de um típico caso em que a previsão interna deve prevalecer sobre aquela exógena”.

raciocínio. O próprio Ministro Gilmar Mendes, em sua conhecida obra de Direito Constitucional, escrita com Paulo Gustavo Gonet Branco (2017), esclarece que também outros países, tais como Itália e Portugal, além de outros países de língua portuguesa, como Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste, asseguram em suas Constituições a presunção de inocência aos acusados até a prolação da condenação definitiva, o que tão somente reforça a compreensão de que a Lei Maior brasileira possui uma intenção e uma objetividade claras, na direção do reforço dos direitos e garantias fundamentais.

Logo, é evidente a fragilidade das justificativas de posicionamento baseadas em comparação legislativa e constitucional, que parecem ser utilizados tão somente como um recurso persuasivo, sem qualquer força normativa.

Por fim, além dos argumentos acima delineados, recentemente, divulgaram-se nos meios de comunicação os resultados de levantamento estatístico realizado pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça, que tomou por base decisões monocráticas e colegiadas das Turmas de Direito Criminal do STJ (5ª e 6ª), nas classes processuais “recurso especial” e “agravo em recurso especial”, no período de 01/09/2015 a 31/08/2017.

Essa pesquisa, muito comentada, foi expressamente referida pelo Ministro Luís Roberto Barroso²³ durante a prolação de seu voto, e serviu como reforço argumentativo no sentido de que as Cortes Superiores pouco decidem favoravelmente aos acusados.

Quanto aos números, das 68.944 (sessenta e oito mil, novecentos e quarenta e quatro) decisões levantadas, a defesa (representada tanto por advogados como por defensores públicos) obteve resultado favorável ou parcialmente favorável em 14,10% delas, o que corresponde a 9.725 decisões. Os resultados, dentre outros aspectos, apontam que 0,62% das decisões levaram a uma absolvição; 1,02%, à substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos; e 4,57%, à alteração de regime prisional (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

23

Para uma análise minuciosa do voto do Ministro Barroso, conferir o artigo de Andrei Zenkner Schmidt e Guilherme Boaro (2018).

Embora a pesquisa possa sugerir o acerto da posição majoritária que prevaleceu no STF, pode-se pensar por outro ângulo: ainda que numericamente menores, os recursos interpostos perante os Tribunais Superiores permitem aos réus alcançarem uma situação jurídica mais favorável, ainda que não haja reexame fático-probatório. Logo, há sim a possibilidade de que *alguém*, antes declarado *culpado*, seja declarado *inocente*. E conforme nos diz Paulo César Busato (2016), *parece óbvio que uma pena só se executa frente a um culpado*. E não se pode afirmar que, pendentes recursos que podem resultar em absolvição, alguém possa ser tratado como culpado!

No mínimo, há que se pensar também que, para além das absolvições, muitos condenados, ao recorrerem, podem ver reconhecido o seu direito à substituição da pena privativa de liberdade, ou ainda, a alteração de regime do fechado para o semiaberto ou aberto, situações nas quais a execução provisória da pena em ambiente prisional certamente representaria constrangimento ilegal decorrente da *ansiedade punitiva*.

Ademais, a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LVII, afirma categoricamente que *ninguém* será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isto é: *ninguém* não significa *alguns* ou *poucos*, ou 0,62%, como apontou a pesquisa; *ninguém* significa *nenhum* cidadão, sem exceções.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a tese vencedora no Supremo Tribunal Federal tenha gerado pessimismo e revolta em boa parte dos juristas brasileiros – bem como aplausos e comemorações para tantos outros –, pensamos que esse caso pode ser visto a partir de um enfoque mais prospectivo e, talvez, menos descrente. Isso porque resta ainda pendente de julgamento o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, relacionadas ao tema²⁴.

24

Até o início do mês de setembro de 2018, data da revisão final deste trabalho, não havia data designada para o julgamento das ADCs.

Assim, espera-se que a decisão tomada pelo STF possa, ao menos, gerar mais debates na comunidade jurídica – como já vem fazendo –, não somente sobre o conteúdo do princípio da presunção de inocência e sobre a crescente tendência punitiva dos atores jurídicos, mas também sobre os limites interpretativos da jurisdição constitucional e o papel contramajoritário a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

Sobre isso, aliás, mais parece que a Suprema Corte, ao invés de conferir máxima efetividade aos dispositivos constitucionais e à proteção da pessoa humana, tem decidido, por meio de uma *superinterpretação*, dar eficácia meramente parcial a tão relevante princípio – o da presunção de inocência –, como se um *direito fundamental* de tamanha relevância histórica e civilizatória pudesse valer *só até a segunda instância*, soçobrando em favor de um mandado de prisão expedido... “a jato”!

5 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOTTINO, Thiago. Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena. **Jota**, Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016.

BUSATO, Paulo César. O que não se disse sobre o STF, o HC 126.292 e a antecipação da execução da pena. **GEN Jurídico**, São Paulo, 01 de março de 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/01/o-que-nao-se-disse-sobre-o-stf-o-hc-126-292-e-a-antecipacao-da-execucao-de-pena>. Acesso em: 15 de março de 2018.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Hermenêutica e Paz Dogmática. Empório do Direito**, Florianópolis, 30 de abril de 2015. Disponível em:

<<http://emporiiododireito.com.br/leitura/hermeneutica-e-paz-dogmatica>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FELDENS, Luciano; POETA, Débora. Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

FERRAZ, Taís Schilling. Efeitos das Decisões do STF em Controle Difuso de Constitucionalidade: comentários ao julgamento da Reclamação nº 4.335/AC. **Revista da Ajuris**, v. 41, n. 135, setembro 2014.

GARCIA, Bruna Pinotti; DE LAZARI, Rafael. **Manual de Direitos Humanos**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR, Aury. **Execução antecipada após a decisão do STJ?** Menlo Park: Facebook, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.facebook.com/aurylopesjr>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 70071520720**, Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; BOARO, Guilherme. Uma lupa no voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752 (parte 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 de

abril de 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/opinio-lupa-voto-barroso-hc-152752-parte>>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Questão de fato” em recurso extraordinário. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo Rocha (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 147-164.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

_____. E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 08 de março de 2018b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinio-publica-fose-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Vontade de poder versus normatividade: o que o nazismo nos ensina? 24 de fevereiro de 2016. **Empório do Direito**, Florianópolis, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/vontade-de-poder-versus-normatividade-o-que-o-nazismo-nos-ensina-por-rosivaldo-toscano-dos-santos-junior-e-lenio-luiz-streck/>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Absolvição de réus condenados em segunda instância é de 0,62% no STJ**. Brasília, 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao%3%A7%3%A3o/noticias/Not%3ADcias/Absolvi%3%A7%3%A3o-de-r%3%A9us-condenados-em-segunda-inst%3%A2ncia-%3%A9-de-0,62%25-no-STJ>. Acesso em 15 de março de 2018.

TRINDADE, André Karam. Umberto Eco e o desrespeito ao texto nas superinterpretações do Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/umberto-eco-desrespeito-texto-superinterpretacoes-stf>>. Acesso em: 15 de março de 2018.