

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA. HC 126.292 E SEUS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.**

Isabella Pavanelli Aguiar

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA. HC 126.292 E SEUS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.**

Isabella Pavanelli Aguiar

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2017

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA. HC 126.292 E SEUS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.**

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti
Orientador

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador

Fernanda de Matos Lima Madrid
Examinador

Presidente Prudente, 26 de outubro de 2017

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.

Theodore Roosevelt

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por me conceder a tranquilidade necessária para enfrentar os diversos obstáculos que surgiram no decorrer da produção desta obra.

Agradeço a minha família, pela compreensão oferecida nos momentos de fadiga e preocupação. Sem o suporte emocional dos meus pais, Alex e Rosângela, e meu irmão, Fernando, com certeza, a árdua tarefa que é produzir um trabalho acadêmico seria ainda mais difícil.

Agradeço ao meu orientador, que confiou na minha capacidade, partilhou seu conhecimento e orientou minhas dúvidas com absoluta paciência e disponibilidade.

Agradeço ao docente e querido amigo Leonardo Salles pelo constante suporte emocional e partilha de seus conhecimentos historiográficos que tanto contribuíram para a correta compreensão do momento político vivido pelo Brasil em 1988.

Por fim, agradeço a todos os amigos que de forma direta e indireta contribuíram para o sucesso dessa empreitada.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho busca introduzir o leitor ao campo constitucional do direito processual penal, com o fim de analisar a possibilidade de executar provisoriamente a pena privativa de liberdade, após acórdão condenatório em segunda instância de jurisdição, mesmo que pendente recurso especial ou recurso extraordinário. Para tanto, se valeu do método de pesquisa indutivo no qual, partindo de conhecimentos isolados, alçou uma verdade geral, conclusão do tema. No caso, a pesquisa abordou aspectos essenciais do princípio da presunção de inocência com o fim de verificar o desrespeito ou não dos seus mandamentos de otimização, oportunidade em que investigou a possibilidade legal da execução provisória. Inicialmente, o presente estudo esclareceu o cenário jurídico-político da promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e o interesse da população em ver preservados os direitos individuais. Após, apresentou um rol dos direitos processuais erigidos pelo legislador originário como direitos fundamentais. Nesse contexto, introduziu ao estudo do princípio da presunção de inocência, desvelando sua origem, interpretação e aplicação atual. Passou ao estudo dos habeas corpus que marcaram a história da jurisprudência sobre a aplicação do inciso LVII, artigo 5º da Constituição Federal. Buscando aperfeiçoar o entendimento sobre a aplicação das normas jurídicas, o presente estudo investigou minuciosamente a obra Teoria dos Princípios de Humberto Ávila e, ao final, aplicou os conhecimentos obtidos ao tema.

Palavra-chave: Presunção da inocência. Direito processual penal constitucional. Constituição Cidadã e as garantias penais. Execução provisória da pena privativa de liberdade.

ABSTRACT

The present work seeks to introduce the reader to the constitutional field of criminal procedural law, with the purpose of analyzing the possibility of temporarily executing the custodial sentence after conviction in a second instance of jurisdiction, even if a special appeal or extraordinary appeal is pending. For that, he used the inductive research method in which, starting from isolated knowledge, he raised a general truth, conclusion of the theme. In this case, the research addressed essential aspects of the principle of presumption of innocence in order to verify the disrespect or not of its commandments of optimization, where he investigated the legal possibility of Provisional execution. Initially, this study clarified the juridical-political scenario of the promulgation of the 1988 Citizen Constitution and the population's interest in preserving individual rights. Afterwards, he presented a list of procedural rights erected by the original legislator as fundamental rights. In this context, he introduced to the study of the principle of presumption of innocence, revealing its origin, interpretation and current application. He went on to study the habeas corpus that marked the history of jurisprudence on the application of section LVII, article 5 of the Federal Constitution. In order to improve the understanding of the application of legal norms, the present study thoroughly investigated Humberto Ávila Theory of Principles and, in the end, applied the knowledge obtained to the theme.

Keyword: Presumption of innocence. Constitutional criminal procedural law. Constitution and criminal guarantees. Provisional execution of custodial sentence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: CENÁRIO POLÍTICO DE SEU NASCIMENTO	10
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	13
3.1 Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana	13
3.2 Direito à Liberdade	15
3.3 Juiz e Promotor Natural	16
3.4 Devido Processo Legal.....	18
3.5 Contraditório e Ampla Defesa	19
3.6 Princípio da Presunção de Inocência	21
3.6.1 HC 126.292/SP: Permissão judicial para a execução provisória da pena após acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição.....	24
4 NORMAS JURÍDICAS. REGRA, PRINCÍPIO E POSTULADO	26
4.1 Espécies Normativas.....	28
4.2 Diferença Entre Regra e Princípio.....	28
4.3 Postulado Normativo.	35
5 ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DOS HABEAS CORPUS PARADIGMÁTICOS SOBRE O TEMA.....	38
5.1 Habeas Corpus 84.078/MG.....	38
5.2 Habeas Corpus 126.292/SP.....	40
6 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	43
6.1 Defeasibility, a aptidão para o cancelamento: é cabível?.....	47
6.2 O Conflito Normativo	49
7 ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL.....	51
8 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa investigou a aplicação e interpretação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, conhecido como princípio da presunção de inocência.

Tal escolha foi feita em função da alteração jurisprudencial realizada em fevereiro de 2016, em sede de Habeas Corpus, pelo Supremo Tribunal Federal. Após o julgamento do HC 126.292/SP novamente se permitiu a execução provisória da pena, após acórdão condenatório em segunda instância, mesmo pendente recurso especial ou recurso extraordinário, fato que causou grande repercussão no âmbito jurídico.

Com o fim de entender o cenário proposto, o trabalho valeu-se do método de pesquisa indutivo, no qual, partindo de conhecimentos isolados, como a conceituação e aplicação das normas jurídicas, justapôs o conceito estudado ao tema da execução provisória.

Ademais, também foram pesquisados aspectos essenciais do princípio da presunção de inocência para entender se essencialmente houve ou não desrespeito ao seu conteúdo normativo. Também foi utilizado o método histórico com o fim de justificar determinados entendimentos transportados ao texto jurídico de 1988.

Primeiramente, o presente trabalho buscou esclarecer o cenário jurídico-político brasileiro que culminou na promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Foi visto que o governo ilegítimo dos militares fomentou a ideia de proteção da Carta Constitucional vigente.

Após, o trabalho enumerou alguma das proteções constitucionais conferidas aos processados penalmente. Entre os direitos estudados temos o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, direito ao juiz e promotor natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa e, por fim, a presunção de inocência.

Para melhor compreender a estrutura normativa do ordenamento jurídico brasileiro, passou-se ao estudo minucioso da obra Teoria dos Princípios de Humberto Ávila. Nela, esmiuçou-se o conceito de norma jurídica, regra, princípio e postulado normativo.

No contexto atual da presunção de inocência, analisaram-se os Habeas Corpus que marcaram a trajetória jurisprudencial nacional sobre o tema. Listaram-se os pontos mais relevantes dos votos dos relatores ministros Eros Grau e Teori Zavascki, respectivamente, nos julgamentos dos Habeas Corpus 84.078/MG e 126.292/SP.

Com base no conhecimento adquirido no tópico das normas jurídicas, aplicaram-se as teses estudadas ao tema da execução provisória da pena, com o fim de verificar a possibilidade legal de sua existência.

Por fim, algumas considerações foram tecidas acerca do recente reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional que vige no sistema carcerário brasileiro e o impacto que essas violações sistêmicas dos direitos humanos causam no homem preso e na falência do caráter reeducador da pena.

2 CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: CENÁRIO POLÍTICO DE SEU NASCIMENTO

O processo histórico-democrático que fez nascer a Carta Cidadã de 1988 teve origem décadas antes com o golpe militar de 1964, que instaurou na então República Democrática Brasileira um regime de viés autoritário, que no decorrer dos seus 21 anos de vigência suprimiu direitos fundamentais e perseguiu opositores.

Desde a inesperada renúncia de Jânio Quadros, em 21 de agosto de 1961, e a conseqüente ascensão do Vice-Presidente João Goulart ao cargo maior do executivo, um quadro de instabilidade política se instalou no país.

Os discursos de caráter reformista voltado a grande classe média, favorável à reforma agrária, urbana, eleitoral e tributária, oferecia indícios de modificação da economia brasileira e, por esse motivo, Jango foi considerado um político de esquerda, principalmente em razão da amizade pessoal que mantinha com os governos da China e de Cuba, países socialistas.

Esse conjunto de características do recém-empossado Presidente despertou o receio da elite nacional, em função do temor burguês de que se o Brasil trilhasse tal caminho, logo passaria por um processo revolucionário popular. Dessa forma, com o fim de evitar uma guinada socialista, o golpe militar foi instaurado em 30 de março de 1964.

O sucesso da usurpação política contou com o amplo apoio da classe militar, dos Estados Unidos, da burguesia brasileira e de alguns setores mais conservadores da Igreja.

O novo governo estabelecido possuiu como principal marca o autoritarismo. Os militares governaram por meio de Atos Institucionais à medida que restringiram as liberdades democráticas. No correr dos comandos dos cinco militares que guiaram o Brasil nesse período histórico, todos os brasileiros que se insurgiram contra a nova ordem eram “perseguidos, exilados, torturados ou mortos pelos órgãos de repressão política”¹.

Dentre as supressões mais evidentes, o Ato Institucional número 05, em dezembro de 1968, fechou o Congresso Nacional por mais de 10 meses,

¹ COTRIM, Gilberto. História Global, Brasil e geral. Volume 03. Ed.1ª. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 211.

suspendeu a garantia de habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, econômica e social. O artigo onze do aludido dispositivo simplesmente previu que “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos”².

Os métodos severos empregados para o controle da população aliados com a forte crise econômica que abateu o país após o “Milagre Econômico” de Médici, moldaram o cenário de insatisfação social daquele momento histórico. A população descontente e devastada social, política e economicamente fez crescer os movimentos populares que pleiteavam mudanças. A oposição política também ganhou força à medida que a crise econômica se alastrava pelo país.

Não por outro motivo, logo no início do governo de João Figueiredo, cujo mandato terminaria em 15 de março de 1985, era evidente que o golpe instaurado em 1964 estava perto do fim.

Tinha-se como certo que a opinião pública nacional não toleraria a continuidade do regime militar instaurado em 1964. Todo o ano anterior, de 1984, fora testemunha do anseio dos brasileiros pela restauração do poder civil. As próprias forças dominantes, esgotadas em seus propósitos e já desmerecida pela Nação, admitiam a necessidade de mudança³.

Desse modo os fatos se sucederam e a aguardada Assembleia Nacional Constituinte que colocaria um fim definitivo na herança traumática do regime ditatorial foi instaurada em 1987.

O processo constituinte de 1987/88, resgata a história constitucional brasileira. Tem os ímpetus participativos de 1824 muito mais realizados. Ostenta o debate federalista de 1891. Traz a marca nacionalista e da questão social e econômica de 1934. Busca um ordenamento institucional próximo de 1946. Ultrapassa, todavia, o texto de todas as Cartas anteriores no fortalecimento da cidadania, reconhecimento dos direitos coletivos e construção participativa⁴.

² BRASIL. Ato Institucional nº 05. Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm . Acessado em: 01-mai-2017.

³ BARROSO, Magdaleno Girão. O Brasil constituinte e a constituição de 1988: um depoimento ao vivo para a história. Rio de Janeiro: Brasília, 1993, pag.05.

⁴ GURAN, Milton. O processo constituinte 1987-1988: documentação fotográfica a nova constituição. Brasília: AGIL, 1988, pag.27.

A Carta de 1988 representa o exato oposto do que foi o governo na Constituição de 1967 e dos temíveis Atos institucionais, em especial o AI-5 de 13 de dezembro de 1968. Seus ganhos em sentidos sociais e de direitos fundamentais são imensuráveis, numa completude, inclusive, utópica. Nenhuma Constituição no mundo traz um rol tão garantista e extenso quanto o artigo 5º da Carta Magna Brasileira, que se preocupa, dentre tantos outros aspectos, com a formulação de diretrizes penais e processuais penais, a ponto de podermos afirmar que houve uma verdadeira constitucionalização do processo penal nos seus aspectos mais essenciais.

Essas garantias serão estudadas. O enfoque especial do presente estudo, o Princípio da Presunção de inocência, presente no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, será oportunamente desvelado.

Inicialmente, iremos estudar as normas jurídicas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro e apresentar um pouco das garantias constitucionais que a Constituição Cidadã, fruto de um processo democrático tão eufórico e desorganizado, cunhou para um Brasil atordoado e traumatizado pelas violações dos direitos fundamentais.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O ordenamento jurídico é um grande conglomerado de regras, princípios e postulados normativos pertencentes a vários ramos do direito. Todos esses ramos, em que pese os conteúdos diferentes, devem ser interpretados sistematicamente, de modo que o intérprete tenha uma visão conjunta dos conceitos e não apenas de pequenas partes isoladas.

Nesse sentido, e pelo próprio trabalho a que se propôs o Constituinte de 1988, é indiscutível o fato de que o direito constitucional possui intimas relações com o direito processual penal e o direito penal.

A Carta Magna de 1988 trouxe à baila jurídica um grande número de princípios e regras constitucionais penais que influenciam e influenciaram a produção legislativa após a promulgação do seu texto. Inclusive, Tourinho Filho afirma que “na área penal o Processo Penal é o Direito Constitucional em movimento⁵”. Analisemos alguns mais detidamente.

3.1 Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana

Erigido como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana visa conferir ao indivíduo respeito pela sua simples existência, independentemente de qualquer outra característica e conceder-lhe condições mínimas de subsistência.

O eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, explica que:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral⁶.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal 1. Ed. 33ª. São Paulo: Saraiva, 2011, pag. 54.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Ed. 2ª. Saraiva, 2010, pag. 289/290.

Certamente o reconhecimento desse princípio como fundamento da República Federativa do Brasil teve influência do momento histórico cinzento vivido no período imediatamente anterior, onde a população presenciou a devassa dos direitos fundamentais do homem pelo Estado.

Dentro da perspectiva de proteção do homem frente ao Estado, Canotilho anota que:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Nesse sentido, a república é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios⁷.

Por conseguinte, o Estado, sendo uma força superior ao indivíduo, não pode usar seu poder para agredi-lo. A dignidade da pessoa humana serve como um limite constitucionalmente estabelecido que deve ser observado em todos os atos do poder público.

Na dimensão Estatal, “trata-se de outorgar ao Estado democrático de direito uma dimensão antropocêntrica, considerando o ser humano como fim último da atuação estatal⁸”.

Precisamente na seara penal, o texto constitucional impôs uma série de regras de observância obrigatória com o fim de promover a dignidade da pessoa humana, principalmente para àqueles sujeitos ao cárcere.

Para atingir esse objetivo a Constituição vedou, expressamente, a tortura, o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); vedou penas de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis e de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII). Assegurou a integridade física e moral dos presos (Art. 5º, XLIX). Ainda codificou o direito do preso à assistência de advogado, desde o momento da prisão (incisos LV, LXII e LXXIV, do art. 5º, c.c. o art. 133) e de amparo familiar (incisos LXII e LXIII do art. 5º, c.c. o art. 226, *caput*).

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ed.7ª. 2ª reimp. Lisboa: Almedina. 2003, pag. 225.

⁸ ESTEFAN André. GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Coordenação Pedro Lenza. Direito penal esquematizado. São Paulo: Saraiva. 2012, pag. 100.

Dentre as regras processuais, destacam-se três: juiz e promotor natural, o devido processo legal e a presunção de inocência.

3.2 Direito à Liberdade

Erigido como objetivo fundamental da República, o direito fundamental à liberdade foi assegurado em suas múltiplas facetas no correr do texto constitucional. Preocupou-se o constituinte com a liberdade de manifestação de pensamento; liberdade de ir e vir; liberdade religiosa; liberdade política; liberdade de associação, enfim, com a preservação da liberdade de ser e agir do povo brasileiro.

Dentro do propósito fundamental deste estudo é importante ressaltar que a regra do ordenamento jurídico nacional é a liberdade de ir e vir das pessoas. Preceitua o inciso XV do Artigo 5º da Carta Magna brasileira que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens⁹.

Obviamente a liberdade ambulatorial não é absoluta, sendo possível restringi-la nos casos previstos em lei. O sucesso dessa restrição, no entanto, é custoso e depende da observância de muitos procedimentos e garantias individuais.

Dispõe o inciso LXI do artigo 5º da Carta Magna, não ser possível restringir a liberdade de alguém senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente ou, ainda, no caso de flagrante delito perpetrado pelo agente.

Não é possível olvidar, igualmente, das restrições no caso de Estado de defesa e Estado de Sítio ou crimes militares, que se sujeitam a regras especiais.

Ainda, estabelece o art. 5º, inciso LXVI da referida Carta, que não pode ser mantida a prisão de alguém quando couber liberdade provisória, com ou sem fiança.

Da leitura desses incisos fica evidente que a restrição da liberdade possui caráter excepcional.

A forte intenção libertária e a previsão contida no inciso LXI do artigo 5º da Constituição causaram grande influência na prática policial e na produção legislativa que se seguiu. A partir desse momento, toda prisão em território nacional,

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

obrigatoriamente, deveria ser controlada por um magistrado. Não há restrição da liberdade que se proceda sem um supervisor da legalidade substancial e formal do ato.

Nesse sentido, a Prisão para Averiguação, procedimento até então comum, tornou-se inconstitucional, considerando que tal procedimento fere a liberdade ambulatorial, uma vez que não há contra o sujeito nenhuma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária que a autorize. A Lei 7.960/89 (prisão temporária) foi elaborada imediatamente após a promulgação da Carta Magna, com o fim de regularizar a hipótese de prisão para investigação.

O Código de Processo Penal também necessitou de mudanças. Elaborado sob a égide da Constituição de 1937, durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, continha incompatibilidades verticais com o espírito protetor da nova Constituição de 1988.

No caso das prisões, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011 promoveu sensíveis alterações no códex, buscando primar pela liberdade, alterando os mecanismos de liberdade provisória, instituindo medidas cautelares diversas da prisão, entre outras reformas.

Esses são apenas alguns dos exemplos da grande influência que as garantias penais estabelecidas a partir 1988 exerceram sobre todo ordenamento jurídico infraconstitucional preexistente e naqueles cunhados a partir de então.

3.3 Juiz e Promotor Natural

O princípio do juiz e promotor natural está delineado no inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal. O dispositivo assegura que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente¹⁰.

Entende-se por juiz natural do processo aquele que já era competente à época dos fatos para julgar a causa segundo as leis de fixação de competência. A ideia dessa proteção também foi transcrita pelo texto constitucional no inciso XXXVII do mesmo artigo, que vedou expressamente a criação de tribunais ou juízes “ad hoc” para o julgamento de casos ou pessoas específicas.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

O conceito de juiz natural é antigo, tem origem em 1215 com a Carta de João Sem Terra na Inglaterra e se desenvolveu ao longo dos séculos até os dias atuais. Dentro da história do constitucionalismo brasileiro, somente a Carta de 1937 deixou de prevê-lo como direito dos processados.

A existência de um juiz pré-determinado deriva do próprio ideal de igualdade entre as pessoas, pois evita o tratamento diferenciado e busca ao máximo garantir um juiz imparcial à causa, sem pressões de ordem política ou social, que geralmente estão presentes quando da criação de um tribunal de exceção.

O aludido inciso não se restringe apenas à proteção do sentenciado, vai além, protege também o processado, garantindo a atuação de autoridade competente.

Nesse sentido, o princípio do promotor natural foi alvo de intensa discussão doutrinária. No cenário nacional, destacaram-se como seus defensores Hugo Nigro Mazzilli, Jaques de Camargo Penteado, Clóvis A. Vidal de Uzeda e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro¹¹. Após muito debate, em 1993, o Supremo Tribunal Federal, no HC 67.759 RJ, reconheceu a existência de um promotor natural da causa. No acórdão, o eminente relator Celso de Mello destacou:

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável¹².

Do exposto, pode-se afirmar que de fato existe um promotor natural, pois, partindo de uma interpretação literal, a Constituição assegura aos processados a atuação da autoridade competente num sentido amplo, não se referindo apenas a autoridade do magistrado competente, mas também do promotor competente.

¹¹ LENZA. Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Ed.16ª. São Paulo: Saraiva, 2012, pag. 851.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 67.759/RJ. Relator: MELLO, Celso. Tribunal Pleno, julgado em 6 de Agosto de 1992, Processo Eletrônico DJ- 24-09-1993.

Assim, é pacífico na doutrina atual a existência de promotor e juiz natural ao caso, primando pela segurança jurídica daqueles que se veem na situação de parte de um processo penal.

3.4 Devido Processo Legal

A redação do inciso LIV do artigo 5º da Constituição de 1988 afirma que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal¹³.

A expressão devido processo legal é, pela sua própria natureza, genérica, abrangendo grande parte das previsões constitucionais e de outras encontradas nos demais diplomas infraconstitucionais.

Será devido o processo se este for sentenciado por autoridade competente, se esta não for suspeita, se for respeitada a paridade de armas entre as partes, se for assegurado o contraditório e a ampla defesa, se respeitadas as regras de competência, se não se valer de provas ilícitas, enfim, é um conceito amplo que compreende tudo que legalmente se estipula por processo regular.

Cabe ainda ressaltar que o devido processo legal se subdivide em duas dimensões.

A esfera formalista do devido processo visa assegurar a ritualística legal, a concatenação de atos processuais, por meio da observância dos dispositivos previstos em lei. O respeito às regras supramencionadas faz do processo formalmente devido.

Doutro lado, é substancialmente devido o processo que observa a proporcionalidade e razoabilidade das decisões proferidas. Humberto Teodoro Junior ensina que:

Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um *instrumento de justiça*¹⁴.

De bom tom esclarecer que as esferas, formal e material, não se excluem, sendo regular o exercício do processo quando compreendida as duas formas de atuação.

Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo, é equivocado afirmar que há um 'devido processo legal procedimental', entendido como direito a um processo adequado ou justo, separado do 'devido processo legal substancial', compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade¹⁵.

Conclui-se, portanto, que o devido processo legal envolve todos os meios legalmente instituídos para o desenvolvimento do processo, além de contar com o mecanismo da proporcionalidade para adequar a lei ao fato concreto. Na seara do direito penal, o respeito ao devido processo é especialmente relevante, uma vez que o processo penal pode, ao final, tolher o direito fundamental de liberdade do réu.

3.5 Contraditório e Ampla Defesa

O direito do réu ao contraditório tem raiz no próprio sistema processual vigente. A República Federativa do Brasil definida como Estado Democrático de Direito, estrutura seus mecanismos de punição numa lógica racional e científica, sem resquícios da inquisitorialidade do regime militar.

Pelo sistema acusatório, a persecução penal é dividida entre vários órgãos independentes. Há quem investigue, quem acuse, quem defenda e quem julgue.

A formação acusatória do processo propicia maior dialética entre os envolvidos, uma vez que nenhuma das partes está contaminada com juízos preexistentes e principalmente porque o magistrado, ao confeccionar o instrumento

¹⁴ HUMBERTO, Teodoro Junior. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. Ed.56ª. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 114.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163. p. 57.

máximo da sua competência, a sentença, terá que fazê-la fundamentadamente, fato que só é possível se existir debate no bojo do processo.

A existência do princípio do contraditório, portanto, é inerente ao processo acusatório. Nesse diapasão, ensina Tourinho Filho que:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiautur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão “superpartes”, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, dar a cada uma delas o que é seu¹⁶.

Destaca, ainda, que o direito ao contraditório faz nascer duas prerrogativas processuais:

Do princípio do contraditório decorrem duas regras importantes: a da igualdade processual e a da liberdade processual. Essa última consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem quiser e entender; na faculdade que possui de apresentar provas que entender convincentes, desde que permitidas em direito, de formular ou não perguntas às testemunhas etc¹⁷.

Essa formulação nasce da ideia de que, no processo acusatório, as duas partes precisam se encontrar no mesmo patamar jurídico para evitar injustiças, sendo eles iguais processualmente, com as mesmas oportunidades de convencimento da convicção do magistrado.

Tanto é assim, que o magistrado não pode decidir com base em prova que não foi dada a oportunidade da parte contrária se manifestar. Isso ocorre porque o processo penal foi concebido numa estrutura bilateral, formado pelo confronto de ideias. O máximo que pode ser feito, considerando que nenhum direito é absoluto, é postergar o contraditório fazendo com que a parte contrária se manifeste somente após a medida jurisdicional. Exemplo típico desse procedimento é a concessão de medidas protetivas.

Nessa toada, importante ressaltar que o inquérito policial não consiste em acusação. Nele são colhidos provas e elementos de convicção que

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal* 1. Ed. 33ª. São Paulo: Saraiva, 2011, pag. 73.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *ibid*, pag. 74.

posteriormente serão enviados ao promotor de justiça para que, ai sim, este decida sobre a conveniência de uma instrução criminal. Isto posto, conclui-se que o inquérito é mero procedimento administrativo, inclusive dispensável, apesar de sua importância, não havendo, portanto, ofensa ao contraditório nessa fase policial.

O contraditório atua, então, como princípio legitimador da prova colhida na fase inquisitiva do inquérito policial, de forma que ofende a garantia constitucional do contraditório a condenação fundar-se exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo¹⁸.

Dessa forma, podemos concluir que o princípio do contraditório é de extrema importância em qualquer relação jurídica processual vez que proporciona aos seus atores a oportunidade de se manifestar e debater os fatos litigiosos.

3.6 Princípio da Presunção de Inocência

Historicamente a presunção de inocência nasceu para o mundo jurídico na Declaração de Direitos do Homem, em 1789, portanto, há duzentos e vinte oito anos atrás, com o fim de impor limites aos excessos dos governos da época, especialmente na seara penal.

A presunção de inocência, ao mesmo tempo que constitui uma reação contra os excessos e abusos do processo penal até então vigente – consubstanciado no princípio da culpabilidade, legitimando o uso de tortura como forma de obtenção da confissão, que, destituído de qualquer garantia de defesa, atribui poderes absolutos ao juiz, bem como aos órgãos de investigação e de acusação -, é erigida em direito cívico, concedendo, deste jeito, a cada cidadão, a tutela jurídica da sua honra e liberdade, garantidas pelos órgãos do Estado e intocáveis no processo penal¹⁹.

Mais tarde, tal redação expandiu seus horizontes e passou a figurar em tantas outras Cartas Políticas como: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Constituição italiana, francesa, espanhola, dentre outros diplomas legais.

¹⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Ed.16ª. São Paulo: Saraiva, 2012, pag. 1.023.

¹⁹ VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.34.

Para o Brasil, a presunção de inocência foi introduzida no seio constitucional somente em 1988, com a Carta Cidadã. Até então sua previsão era percebida no ordenamento jurídico somente de forma implícita.

A presunção de inocência ou não culpabilidade, como prefere alguns autores²⁰, está descrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Em termos singelos, estabeleceu o legislador originário que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de ação penal condenatória.

No plano prático, prevalece o entendimento de que a presunção de inocência agindo sobre o processo confere ao acusado prerrogativas substancialmente valorosas. Júlio Fabrini Mirabete nos ensina que:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (in dubio pro reo)²¹.

Eugênio Pacelli esboça o mesmo posicionamento jurídico:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. **No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal²².** (grifo meu)

Como regra probatória a presunção de inocência em muito se assemelha ao in dubio pro reo.

²⁰ Há o entendimento de que a presunção do inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior estabelece apenas um “estado de inocência”, pois não estabelece a Constituição que o sujeito é inocente, mas apenas que “não será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão”, logo, o princípio seria de não culpabilidade.

²¹ MIRABETE, Frabbrini Júlio. Processo Penal. Ed. 10ª. São Paulo: Atlas, 2000, pag. 42.

²² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. Ed.18ª. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 48.

Insta ressaltar que está norma constitucional prescreve a existência de uma presunção relativa, *juris tantum*, portanto, que admite prova em contrário.

Assim, é possível a inversão do espírito protetivo da norma quando cabalmente demonstrada, no caso brasileiro com o trânsito em julgado, a culpa do acusado. Desta forma, incumbe à acusação despir a presunção de inocência do réu a fim de reverter seu estado jurídico para culpado.

Segundo Badaró, para a imposição de uma sentença condenatória é imprescindível certeza do fato e da autoria delituosa²³. Restando infrutífera a empreitada, a pena à acusação será a improcedência da demanda, com a consequente absolvição do réu.

Na perspectiva de regra de tratamento, a presunção de inocência impede que seja tolhido o direito ambulatorial de um acusado fora dos casos de adequação às hipóteses jurídicas de prisão cautelar. Logo, na toada do que foi discutido no tópico do direito à liberdade, a regra do sistema é a liberdade. Excepcionalmente será admitida a prisão processual.

Renato Brasileiro aponta uma dimensão externa da norma jurídica em comento.

Segundo ele, fora as implicações probatórias e de preservação do direito ambulatorial, no âmbito externo ao processo, a presunção de inocência funcionaria como proteção à imagem, dignidade e privacidade apontando a necessidade de proteção contra publicidade abusiva e estigmatização do acusado²⁴.

Ante todo o exposto, resta mais que comprovada a importância e a força que a norma contida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal possui perante o ordenamento jurídico. Possíveis alterações na sua interpretação, mais que excrecência doutrinária, acarreta implicações práticas relevantes.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2003, pag. 285.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo penal Volume Único. 5º Ed. Ver. Ampl e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, pag. 45.

3.6.1 HC 126.292/SP – Permissão judicial para a execução provisória da pena após acordão condenatório em segunda instância de jurisdição

A discussão doutrinária por trás da previsão de que ninguém será culpado até o trânsito em julgado ganhou novamente destaque na doutrina e jurisprudência brasileira após o emblemático julgamento ocorrido em fevereiro de 2016 no HC 126.292/SP.

Na oportunidade, o egrégio Supremo Tribunal Federal alterou a jurisprudência revista e pacificada no HC 84.078/MG de relatoria do eminente ministro Eros Grau, inclinando-se novamente em direção da outrora permitida execução provisória da pena após acordão condenatório proferido em segunda instância de jurisdição.

A votação que se mostrou equilibrada trouxe a divergência dos ministros: Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

O caso é polêmico. A doutrina brasileira, como foi demonstrado, trata com muito entusiasmo o regramento contido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição, de forma que desafiar sua literalidade é uma tarefa que, com absoluta certeza, provocou a comoção de grande parte dos estudiosos e dos aplicadores do direito penal, principalmente pelos efeitos práticos que a nova posição irradiou.

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal já passou por situação semelhante e foi provocado a se manifestar sobre o mesmo tema.

Em 1988, o constituinte originário estipulou que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória. Essa nova realidade constitucional fez com que os ministros da Suprema Corte, em 2009, fossem incitados a solucionar uma aparente incongruência do sistema.

O imbróglio acusado era de que, até então, no correr dos 21 anos que seguiram a promulgação da Constituição, continuou sendo possível a prisão após acordão condenatório em segunda instância, mesmo pendente recurso especial ou extraordinário ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, uma vez que estes recursos não possuíam efeito suspensivo, nos termos no artigo 637 do Código de Processo Penal.

Na oportunidade, durante o julgamento do HC 84.078/MG de relatoria do eminente ministro Eros Grau, entendeu-se que o artigo 5º inciso LVII da Carta Magna deveria ser acatado de acordo com a literalidade de seu texto, visto que não

haveria espaço para interpretação onde o legislador originário deixou tão rutilante sua intenção. O artigo 637 do Código de Processo Penal foi considerado incompatível com a nova ordem constitucional, da mesma forma afastou-se a súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, a presunção de inocência foi levada ao máximo de sua aplicabilidade, não sendo possível a prisão de acusados que, não submetidos à prisão cautelar, ainda tinham recursos pendentes nas instâncias superiores.

O cenário jurídico permaneceu pacífico até que em 2016, igualmente por meio de um HC, a questão foi novamente colocada sob o crivo do Supremo Tribunal Federal. Outra vez discutiu-se os limites da presunção de inocência e os efeitos que a mudança de jurisprudência em 2009 provocou no sistema.

Em decisão apertada, optaram os ministros por permitir a execução antecipada da pena, mesmo que pendente recurso especial ou extraordinário. São esses efeitos que serão estudados daqui em diante.

4 NORMAS JURÍDICAS. REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS

A análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a Execução Provisória da Pena pressupõe a correta percepção do que se tem por dispositivo legal, interpretação, norma jurídica e mecanismo de solução em caso de conflito normativo.

À princípio, convém esclarecer que inexistente equivalência entre dispositivo e norma. Nas palavras de Alexy:

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo²⁵.

Dispositivo é texto de lei. Constitui-se, via de regra, do conjunto de textos legais fruto do processo legislativo. A norma, por outro lado, é o resultado do exercício interpretativo que recai sobre o dispositivo, que, por sua vez, pode ou não estar presente.

O Preâmbulo Constitucional é o exemplo mais claro de existência de dispositivo que não comporta uma norma em seu bojo. Assim sendo, a referência à proteção de Deus não fere a laicidade do Estado, pois reflete um conteúdo de natureza política, ideológica do constituinte, conforme restou assentado pela Suprema Corte²⁶.

Doutro lado, há episódios em que inexistente dispositivo e ainda assim há norma. É o caso, por exemplo, do princípio da segurança jurídica, que decorre da união de uma gama de dispositivos em que pese não possuir um próprio. O duplo grau de jurisdição também compreende esse fenômeno. Sua existência deriva da organização judiciária predisposta na Constituição, que faz presumir o direito da parte de conseguir a reanálise das sentenças proferidas em primeiro grau de jurisdição.

A distinção entre dispositivo e norma tem a função de alertar o aplicador do direito sobre seu papel na criação jurídica.

²⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ed.2ª, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 55.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.076-AC. Relator: Velloso, Carlos. Tribunal Pleno. Julgado em 15 de agosto de 2002. Data de Publicação: DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218.

Interpretação significa explicação, esclarecimento, enquanto é interpretado aquilo que foi explicado ou esclarecido²⁷. Humberto Ávila fala em interpretação como um mecanismo envolto nos conceitos de descrição, construção e reconstrução. Esclarece o jurista que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados²⁸.

Essa construção de sentido deriva do fato de que o dispositivo exige a aplicação da atividade interpretativa sobre ele para que resulte em norma. Essa exigência se relaciona com as mudanças de sentido que podem ocorrer com o passar do tempo e mudanças de localidade. Importante observar, contudo, que essa atividade construtiva encontra limites.

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentido, que são, por assim dizer, construídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual²⁹.

Nesse sentido, o professor Lenio Luiz Streck já alerta para uma disputa entre a jurisdição constitucional e a produção legislativa derivada do exercício regular da democracia.

O debate: jurisdição constitucional (decorrente do constitucionalismo) e democracia. Há compatibilidade? Penso que sim. E qual é o dilema? Simples: ele exsurge do fato de que, se há compatibilidade, a jurisdição constitucional não pode se sobrepor à legislação democraticamente votada e que não seja incompatível com a Constituição. Portanto, se a jurisdição “construir” novos textos, não estará fazendo interpretação e tampouco

²⁷ BUENO, Francisco Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. Ed 2ª. São Paulo: FTD, 2007, p. 444.

²⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Ed.4ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 24. In. Eros Roberto Grau, Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito, pp. 20, 54,69, 71 e 73; Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 14ªed., p.8.

²⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Ed.4ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 24, 25.

mutação, mas, sim, substituindo-se ao poder constituinte. Logo, a *democracia* se transformará em *jurisdicio-cracia*³⁰.

Aceitar que existem limites na atuação do intérprete é fundamental para a efetiva concretização da vontade legislativa, quer constitucional quer infraconstitucional.

Ninguém dúvida que, atualmente, o judiciário não mais atua como ‘boca da lei’, despejando conteúdo jurídico sobre o fato. Contudo, o ato de interpretar não pode desprezar o sentido mínimo preexistente no dispositivo.

4.1 Espécies Normativas

Atualmente, é pacífico o entendimento de que são três as espécies normativas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. As duas mais comuns são as regras e os princípios. Não obstante, há ainda uma terceira espécie, os postulados normativos.

4.2 Diferença Entre Regra e Princípio

A importância da diferenciação entre o conceito de princípio e de regra constitui ato mais valioso do que simples apego acadêmico e formal. Definir uma norma como princípio ou como regra influencia diretamente na sua aplicação, principalmente em caso de conflito normativo.

Robert Alexy alerta para a importância da distinção entre regra e princípio ao afirmar que essa distinção é fundamental para a solução adequada sobre conflitos envolvendo a restrição de direitos fundamentais³¹. Segundo este doutrinador o conceito de regra e princípio seria:

Princípio são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades

³⁰ STRECK. Lenio Luiz. Diário de Classe: Os limites da Interpretação e a democracia. Conjur. 2016. <http://www.conjur.com.br/2016-jun-25/diario-classe-limites-interpretacao-democracia>. Acesso em 30.set.2017.

³¹ ALEXY. Robert. op.cit. p. 86

jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau³².

Humberto Ávila, por sua vez, traçou a seguinte conceituação sobre o que seriam as regras e o que seriam os princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. 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 promoção³³.

Tal conceito foi fruto de uma cuidadosa investigação comparativa e crítica realizada sobre a produção doutrinária de juristas renomados como Josef Esser, Karl Larenz, Canaris, Dworkin e Robert Alexy. Foram quatro os critérios distintivos entre regras e princípios em pauta: caráter hipotético-condicional, modo final de aplicação, relacionamento normativo e fundamento axiológico.

O caráter hipotético-condicional de aplicação refere-se à existência de uma hipótese e consequência predeterminada definida nas regras, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador do direito³⁴.

A esses termos, Humberto Ávila teceu críticas relevantes para a correta compreensão do tema.

Em primeiro lugar, destacou a facilidade com que os doutrinadores se confundem acerca da autonomia do dispositivo legal frente a norma dele extraída. A formulação linguística do dispositivo não deve ser considerada como elemento distintivo, característico de apenas uma espécie normativa, uma vez que não é a forma de exteriorização do objeto interpretativo que o definirá.

Em segundo lugar, complementando o raciocínio anterior, exaltou a possibilidade de um mesmo dispositivo legal, a depender do ângulo de observação,

³² ALEXY, Robert. op.cit. p. 91/92.

³³ ÁVILA, Humberto. op.cit, p. 70.

³⁴ ÁVILA, Humberto.op.cit. p.31.

conter princípio, quando considerado teologicamente, ou regra, quando considerado apenas como fórmula comportamental. Dessa forma, mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como princípio³⁵.

Por esses motivos, o caráter hipotético-condicional deveria ser visto com reservas e não utilizado isoladamente.

Sobre o tema acima, Virgílio Afonso, orientando de Alexy, aponta que há uma falha de pensamento do doutrinador. Segundo ele, regras e princípios são normas que divergem entre si, não apenas textos que divergem entre si. Dessa forma, não poderia o intérprete, segundo sua própria vontade, conceber ora o dispositivo como regra, ora como princípio³⁶.

O critério do modo final de aplicação, refere-se à característica atribuída por doutrinadores como Dworkin, que consideram que as regras devem ser aplicadas de acordo com a máxima do tudo ou nada³⁷.

De acordo com esse pensamento, preenchida a hipótese de incidência da regra a sua consequência deverá ser imediatamente implementada. Os princípios, por outro lado, aplicar-se-iam de modo gradual, mais ou menos, influenciando no julgamento como fundamentos, mas sem determina-lo incondicionalmente.

Sobre o tema, Humberto destaca a possibilidade de flexibilizar essa rigidez de aplicação das regras, em função de conexões axiológicas desconsideradas nas hipóteses abstratamente previstas pelo legislador.

Apona a excepcionalidade de algumas situações concretas que, de acordo com a razoabilidade comum da experiência humana, não ensejariam a aplicação da consequência imediatamente prevista, uma vez que não transgrediriam a finalidade da regra. Da mesma forma, aponta circunstancias particulares, do caso em concreto, que não poderiam ser consideradas pelo legislador, mas devem ser pelo aplicador do direito.

³⁵ ÁVILA, Humberto. Op.cit. p.33.

³⁶ CRUZ, Flávio Antônio. Execução Provisória da Pena: algumas notas críticas sobre a ponderação do imponderável. Justificando, 2016. In: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Ano 1, nº 1, 2003, p. 607-630. <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel>. Acesso em 10.out.2017

³⁷ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002

Obviamente, a capacidade de suplantar o efeito trincheira³⁸ das regras dependerá do bom exercício do ônus argumentativo incumbido ao intérprete.

O critério do conflito normativo, por sua vez, como o próprio nome declara, visa distinguir as normas de acordo com a consequência decorrente de uma colisão de interesses.

O pensamento de Robert Alexy sobre o tema é amplamente aceito e utilizado como referência. Sobre o conflito entre regras, o doutrinador afirma que:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável³⁹.

Logo, o conflito entre regras seria resolvido, inevitavelmente, pela existência de uma exceção ou pela declaração de invalidade de uma delas. Para tanto, métodos como a especialidade, a anterioridade e a hierarquia das regras seriam fundamentais.

Por outro lado, o conflito envolvendo princípios, por serem normas aplicáveis em pesos distintos, seriam solucionáveis através da ponderação.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta⁴⁰.

³⁸ ÁVILA, Humberto. Op.cit. p. 41.

³⁹ ALEXY. Robert. op.cit. p. 92.

⁴⁰ ALEXY. Robert. op.cit. p. 93.

Isso quer dizer que, no caso de colisão, o princípio cedente não será extirpado do ordenamento jurídico, ele continuará válido, mas não terá aplicação naquele caso em concreto em função da argumentação desenvolvida pelo aplicador do direito. Essa concepção permite que, em caso de novo conflito normativo, que envolva exatamente os mesmos princípios, aquele que outrora fora preterido ganhe destaque e se sobreponha sobre o outrora ganhador.

Importante ressaltar, ainda, que Alexy discute a colisão entre regras constitucionais e princípios constitucionais.

A exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição. E é apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios⁴¹.

Dessa forma, possível colisão entre princípio constitucional e regras constitucional teria como vencedor a norma-regra.

Sobre o tema da colisão normativa entre regras e entre princípios, Humberto também sinaliza meios de aperfeiçoamento do conceito.

Quanto ao mecanismo de solução ponderativo de razões, ressalta a possibilidade de aplicação deste quando do conflito entre regras. Para tanto, explica que muitas vezes o conflito normativo não se instaura no plano abstrato de convivência das regras, fato que ensejaria a nulidade de uma delas, mas revela a possibilidade de conflito no plano concreto.

A consideração de circunstâncias especiais do caso em concreto no momento de aplicação de duas regras irá definir qual prevalecerá sobre a outra, sem que uma delas seja excluída do ordenamento jurídico.

⁴¹ ALEXY. Robert. op.cit. p 139/140.

Essa atividade é parecida com a que ocorre quando o aplicador do direito opta por aplicar ou a regra ou a exceção prevista à regra. Os valores individuais do caso irão definir qual delas merece acolhimento. Inclusive, defende-se a criação de exceção não prevista no ordenamento quando o caso assim exigir.

Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação. A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso em concreto⁴².

Por um motivo parecido, qualidade das razões e fundamentações, não seria possível afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso.

O peso da aplicação dos princípios não decorre da sua existência, mas sim da importância atribuída a ele no caso em concreto. As regras, como vimos acima, também necessitam da devida interpretação e consideração das razões que se propõem, podendo o aplicador decidir sobre a sobreposição de cada uma delas.

Feita a análise do que até então sempre se conheceu por distinção entre princípios e regras, Humberto Ávila passou ao desenvolvimento do conceito acima descrito baseado em novos critérios justificadores.

Pelo critério da natureza do comportamento prescrito é possível reconhecer as regras pela forma como estas declaram seu conteúdo, ou seja, através de uma permissão ou proibição, sendo imediatamente descritivas. Enquanto isso, os princípios são imediatamente finalísticos, visto que estabelecem um estado de coisas a ser atingido, promoção de bens jurídicos que deverão ser realizados pela implementação de determinados comportamentos não definidos imediatamente.

Ao contrário do que se poderia imaginar, tanto as regras quanto os princípios fazem referência a fins e condutas. As regras são mediamente finalísticas, descrevem um comportamento que visa resguardar um fim, logo, a ação do aplicador é mais restrita. Por outro lado, o princípio resguarda um fim cuja a promoção depende da adoção de comportamentos necessários, logo, a ação do aplicador é mais intensa.

⁴² ÁVILA, Humberto. Op.cit. p. 50

Pensando na justificação exigida para aplicação da norma, Humberto descarta o modo de aplicação tudo ou nada ou mais ou menos, em prol de um critério que possa ser determinado previamente e que não dependa de confirmação ao final, uma vez que, segundo ele, as influências do caso em concreto não podem ser desprezadas quando da aplicação das normas.

Dessa forma, no caso das regras, o ônus argumentativo do aplicador deverá voltar-se à correspondência entre a conceituação fática e o enquadramento normativo, sem olvidar da finalidade axiológica que dá suporte a regra. Por óbvio, o ônus argumentativo, nesse caso, é menor, visto que a correspondência entre norma e fato é simples, em função da prévia descrição do comportamento.

Agora, se houver tipificação, mas esta não atender aos princípios, razões ou finalidades que lhe dão suporte, terá o aplicador um ônus maior que justifique a não aplicação da regra à lide.

O intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra. Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma (*rule's purpose*) permite deixar de enquadrar na hipótese normativa casos preliminarmente enquadráveis. Isso significa – para o que aqui interessa – que é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para o seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra⁴³.

Os princípios, por sua vez, imporiam ao aplicador o ônus argumentativo de correlação entre os efeitos da conduta e a promoção do estado ideal exigido. Nesse caso, como o dispositivo legal é discreto sobre o comportamento a ser adotado, a realização do estado ideal dependerá, com mais intensidade, da atuação do aplicador do direito que o fará analisando o contexto trazido aos autos.

Por tais motivo afirma Ávila, que as regras possuem caráter primariamente retrospectivo, já que consideram hipóteses previamente concebidas e baseadas em conhecimentos passados, enquanto os princípios seriam primariamente prospectivos, voltados à realização de um estado ideal futuro de conquistas.

Por fim, fundado no critério da medida de contribuição da norma para a decisão, afirma serem os princípios primariamente complementares e

⁴³ ÁVILA, Humberto. Op.cit. p.66.

preliminarmente parciais, enquanto as regras seriam preliminarmente decisivas e abarcantes⁴⁴.

Denominar um princípio como complementar e parcial, significa dizer que argumentos derivados de princípios revelam apenas parte dos aspectos relevantes ao problema. Dessa forma, ao lado de outros princípios ou outras razões, aquele irá contribuir para a tomada da decisão, sem, todavia, desfrutar da pretensão de gerar uma solução específica.

Por outro lado, denominar uma regra como preliminarmente decisiva e abarcante, significa expor a pretensão dessa espécie normativa de incorporar ao seu texto todas as hipóteses de incidência e determinar em absoluto uma decisão. Lembrando que, em função de tudo que foi até aqui exposto, as regras são apenas preliminarmente decisivas, pois há casos em que deixam de ser aplicadas por motivos superiores a elas.

Após essa profunda análise é que se chegou ao conceito distintivo definido anteriormente. Partindo de pressupostos comumente atribuídos a essas espécies normativas, se construiu, criticamente, um novo panorama sobre o tema, abrindo margens para flexibilização de alguns conceitos, ao mesmo tempo, que se buscou aprimorar outros.

4.3 Postulados Normativos

O reconhecimento da existência de normas jurídicas que não se encontram incluídas na classificação de regras ou princípios é fundamental para a correta utilização e aplicação dos mecanismos jurídicos.

A intenção da presente obra não é esmiuçar a natureza dos postulados normativos, somente destacar sua distinção com relação aos princípios e as regras e sua importância no estudo das normas jurídicas. Por esse motivo, não aprofundaremos o tema das espécies de postulados, apenas apontaremos sua existência e características.

Ávila, conceituou essa espécie normativa como normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Op.cit. p.68.

mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios⁴⁵.

O postulado normativo, portanto, é um tipo de norma que se localiza numa dimensão diferente dos princípios e das regras jurídicas.

Essa distinção de espaço existente entre regras, princípios e postulados normativos não implica em uma possível sobreposição entre eles em questão de importância jurídica, mas reflete, na verdade, a função do postulado, seu emprego como norma.

Os postulados normativos são normas utilizadas para a aplicação de outras normas. Em outras palavras, ao tratar de postulado normativo, o exegeta sai do terreno das normas para adentrar no terreno das metanormas⁴⁶.

Dessa forma, os postulados normativos não se confundem com os princípios, nem com as regras.

Os princípios, de acordo com o conceito estudado em tópico próprio, são normas imediatamente finalísticas que visam à promoção de um estado ideal de coisas. Considerando tal característica, destaca-se o fato de que o postulado não visa à promoção de fins ideais. Correlatamente o postulado normativo é norma destinada a fiscalizar ou estruturar essa promoção do fim.

Não é possível, também, confundir postulado normativo com a classe jurídica das regras. As regras, de acordo com conceito estudado em tópico próprio, são imediatamente descritivas. Diversamente, o postulado normativo não retrata comportamentos.

Feita essas considerações, é importante destacar uma subclassificação com relação às espécies de postulados normativos. Ávila afirma existirem dois tipos de postulados normativos.

Os inespecíficos, como a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso, não oferecem a determinação dos elementos a serem considerados, apenas estipulam o dever de sopesamento, de harmonia e não aniquilação, respectivamente, um dos outros.

A ponderação, talvez o postulado mais inadequadamente utilizado, recebeu um olhar diferenciado na obra de Ávila. Lá, pontuaram-se critérios que

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. op.cit, p.130.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. op.cit. p.88.

visam aparelhar a utilização do postulado e lhe conferir maior segurança jurídica e menor influência indiscriminada de sentimentos pessoais.

Para realizar esse controle, foram três os critérios elencados. Com o fim de evitar arbitrariedades, ao utilizar o postulado da proporcionalidade, deverá o exegeta indicar se a medida pleiteada é adequada a atingir o fim a que se destina e se é necessária no sentido de ser a menos onerosa possível capaz de atingir o objetivo, por fim, cabe analisar a proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação dos interesses.

Esses cuidados servem para a racionalização dos mecanismos jurídicos.

Há, ainda, os postulados específicos, como a igualdade, razoabilidade e a proporcionalidade, que determinam elementos para a sua aplicação. Observe que a aplicação do postulado da igualdade exige a presença de sujeitos que se relacionam e um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Por esse motivo, onde se lê postulado específico, entenda-se a existência de parâmetros causais de aplicação.

As diferentes nomenclaturas empregadas para a definição de cada estrutura descoberta pelos estudiosos não surgem da necessidade banal de nomear o próprio invento, mas surgem da necessidade de reconhecer estruturas diversas com aplicações diversas.

Nesses termos, a distinção entre princípios e postulados normativos revela intensões concretas que podem, de fato, colaborar com a produção do intérprete e aplicador do direito.

5 ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DOS HABEAS CORPUS PARADIGMÁTICOS SOBRE O TEMA

Antes de perscrutar o mérito da decisão tomada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, é de bom tom analisar os dois acórdãos historicamente essenciais para a evolução da jurisprudência sobre o tema.

5.1 Habeas Corpus 84.078/MG

Como já foi explicado acima, após a promulgação da Constituição de 1988, a execução provisória da pena continuou permitida. Esse cenário permaneceu até 2009, quando o Supremo Tribunal Federal foi incitado para rever a postura da jurisprudência até então dominante.

O relator, nobre ministro Eros Grau, optou por alterar a jurisprudência, com o fim de preservar a incolumidade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. Foram vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Na oportunidade, em sede de conflito normativo infraconstitucional, o relator esclareceu que a Lei de Execuções Penais, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984, é posterior ao artigo 637 do Código de Processo Penal⁴⁷, decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941. Nesses termos, destacou que a redação do artigo 105 da Lei de Execuções Penais⁴⁸, é incompatível com a previsão de que os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo, sendo, em relação ao artigo 637 do Código de Processo Penal, superior material e temporalmente, portanto, suplantando este.

Dessa forma, a exigência de trânsito em julgado pelo legislador da vara de execução para expedição de guia de recolhimento e execução, foi considerada compatível com a previsão de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não obstante, Eros Grau também considerou a harmonização do sistema quando destacou que a Corte Suprema se manifestava favoravelmente à

⁴⁷ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

⁴⁸ 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

execução da pena restritiva de direito somente após o trânsito em julgado da ação penal, em observância ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição.

Por conseguinte, se uma pena de menor intensidade deveria obedecer ao disposto na Constituição e, conseqüentemente, ao trânsito em julgado da ação para ser executada, não faria sentido impor ao acusado pena de maior gravidade sem houvesse o trânsito em julgado da ação. Ponderou-se que deveriam ser aplicadas regras iguais a situações iguais e que o tratamento diferenciado adotado até então implicava em desrespeito ao princípio da isonomia.

No campo do direito de defesa dos jurisdicionados, destacou que a execução antecipada da pena implicava em desrespeito ao direito de ampla defesa do réu, uma vez que a defesa ampla é aquela que abarca todas as fases processuais, inclusive de natureza extraordinária. A execução provisória, sem que fosse exaurida a atuação do defensor, corresponderia a um desequilíbrio de poder. O Estado restaria muito mais forte frente ao particular.

Quanto ao argumento de que, se aplicado o efeito suspensivo ao recurso criminal especial ou extraordinário, os tribunais (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) seriam inundados de recursos e de que não haveria mais cumprimento de pena em função de possíveis casos de prescrição que se multiplicariam, sustentou-se, na ocasião, que a vontade retributiva não poderia suplantar o direito à defesa e a adoção de jurisprudência defensiva não poderia justificar o desrespeito das garantias constitucionais.

Na equação de Eros Grau o peso da literalidade do artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna, foi substancialmente maior do que qualquer outro contra-argumento.

Na ocasião de seu voto, bradou que aquele que conferisse outra interpretação ao texto constitucional era, na verdade, um desafeto da Constituição. Isso porque, diante de um princípio explícito de direito, o enquadramento legal do aludido dispositivo era de regra e seu desrespeito atentava contra a ordem jurídica nacional.

Encerrada as discussões, a ordem de habeas corpus foi concedida e nos anos que se seguiram a execução provisória da pena foi rechaçada.

5.2 Habeas Corpus 126.292/SP

Uma das características da ciência jurídica é a capacidade de transformação inerente à um ramo que visa regular o meio social. A modificação do pensamento, a criação de teorias, a formação de jurisprudência, o vasto trabalho de doutrinadores, compreendem esse meio tão fascinante que é o meio jurídico.

Posta a premissa que a transformação é inerente ao direito, muito em função da alteração dos anseios sociais, passemos à análise do HC 126.292/SP, proferido em fevereiro de 2016.

Sete anos após a decisão que conferiu efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário em sede criminal, a questão foi novamente posta na pauta dos ministros da mais alta Corte do país. Discutiu-se os efeitos sociais que a decisão proferida em 2009 causou no âmbito criminal e o quão desequilibrada se tornou a relação com os demais bens constitucionalmente tutelados.

O relator do caso, eminente ministro Teori Zavascki, manifestou-se no sentido de alterar a jurisprudência de 2009 e novamente permitir a execução provisória da pena, após acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário. Com ele, votou a maioria dos ministros, restando vencidos Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Em seu voto, o relator esclareceu que a execução provisória da pena se relaciona com o princípio da presunção de inocência e o seu equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional, que não deve se pautar apenas no acusado e nos mecanismos de defesa contra o Estado, mas também proteger a sociedade daqueles que violam a ordem jurídica penal.

Ponderou que o reconhecimento do princípio da presunção de inocência pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948, constituiu verdadeiro postulado civilizatório, que influenciou positivamente toda a legislação processual penal que a seguiu e possuiu reflexo, principalmente, na matéria probatória, referindo-se ao ônus probatório da acusação e na não necessidade de produção de prova negativa pelo processado.

Exaltou que nenhum direito é absoluto e que o princípio da presunção de inocência encontra limites no próprio corpo constitucional e que se assim não o fosse, qualquer tipo de prisão antes do trânsito em julgado seria inconstitucional.

Nesse sentido, destacou que em sede de direito comparado, as grandes potências mundiais, além de outros países europeus e latino-americanos, que acampam o princípio da presunção de inocência, não o levaram ao limite da interpretação a ponto de esperarem a Corte Máxima do país se manifestar para só então permitir o cumprimento da pena.

Tal atitude, segundo ele, consiste verdadeira supressão de instância, uma vez que o julgamento em segundo grau, órgão precipuamente competente para exercer o duplo grau de jurisdição, restaria sempre preterido em suas decisões, ao vê-las inócuas, ante o efeito suspensivo do recurso interposto.

Nessa perspectiva, avaliou que a situação se agrava ainda mais quando, incorporado à supressão de instância, se considera o fato de que é em segunda instância que se discute, por derradeiro, os fatos e as provas contidas no processo, visto que a devolução processual em segundo grau de jurisdição é plena e a culpa do acusado é reavaliada.

Nos recursos ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça apenas são analisadas apenas questões de direito. Por tal motivo que se afirma que nessas instâncias não preocupa os julgadores a justiça da decisão, mas sim a higidez do ordenamento.

Aliado a tais motivos, soma-se o fato de que a demora para o conhecimento ou não, na maioria das vezes não, do recurso contribui para a prescrição da pretensão executória Estatal, o que poderia configurar, em última análise, um cenário de infra proteção conferida à população no plano do amparo à bens jurídicos como, segurança, patrimônio, incolumidade física, vida, duração razoável do processo, entre outros direitos.

Por fim, defendendo o tema daqueles que alegam perdas irreparáveis ao réu, informou que o sistema jurídico possui meios muito mais adequados para impedir injustiças. Apontou o Habeas Corpus, que poderia evitar a execução antecipada da pena, e, da mesma forma, apontou ser perfeitamente cabível o pedido de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial.

Assim, percebe-se que em nenhum momento o réu estaria sujeito à arbitrariedade, pois sempre lhe seria assegurado meios eficazes de salvaguardar sua liberdade.

O Eminentíssimo Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto, afirmou que a adoção do precedente de 2009 causou três repercussões negativas. Primeiramente

estimulou a interposição de recursos protelatórios, gerando uma série de gastos à máquina judiciária, seja humano, seja monetário. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal, uma vez que propicia a condenação e execução daqueles que não possuem condições econômicas de desfrutar do aparato recursal, enquanto os mais abastados, conseguem protelar a execução da pena indeterminadamente.

A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. O novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados⁴⁹.

Esse conjunto de características, segundo ele, acabou por culminar na situação de descrédito que goza o direito penal frente à sociedade.

No campo da incorporação da execução provisória ao sistema, além da necessidade de ponderar o princípio da presunção de inocência com outros princípios, trouxe a discussão do cabimento do fenômeno da mutação constitucional ao caso.

Aventou que a mudança da realidade fática, a nova percepção do direito e a releitura do que é justo e ético pela comunidade, fizeram com que o pensamento acerca da execução provisória evoluísse de forma que, atualmente, não mais se encontrasse fundamento para aguardar o trânsito em julgado da ação penal condenatória.

Essencialmente com bases nesses argumentos é que a Suprema Corte encontrou fundamento para transformar novamente a jurisprudência e conferir maior efetividade ao sistema de execução penal.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, Processo Eletrônico Dje-100 Divulg 16-mai-2016 Public 17-mai-2016. p.33/34.

6 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Incorporando as lições doutrinárias ao tema da Execução Provisória da Pena, de fato, é incompatível afirmar que esta é permitida em função da aquiescência do constituinte originário.

A problemática enfrentada muito se relaciona com a construção frasal do preceito legal que repercute decisivamente no seu conteúdo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, primeiro diploma que definiu a presunção de inocência, assim o fez em seu artigo 9º declarando que todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 11.1 dispõe que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova a sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa⁵⁰.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da qual o Brasil é signatário, em seu artigo 8º, no título das Garantias Judiciais, também segue essa orientação: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Países como Canadá, México, Peru e Venezuela, seguiram os moldes destas Declarações, no sentido de que a inocência permanece enquanto a culpa não houver sido comprovada.

Outros países como Alemanha, Argentina, Chile, Estados Unidos da América do Norte, Uruguai⁵¹ sequer incorporam o princípio às suas Cartas Magnas.

Diferentemente do que ocorre com essas Cartas Internacionais que, ou não preveem a presunção de inocência no seu corpo ou a consideram até a aferição

⁵⁰ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Pag.07. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 04-out-2017.

⁵¹ BARGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: Em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015. Pag.47. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 2-jan-2017.

de culpa, o Brasil adotou o mesmo sistema de países como Portugal e Itália, que estipulam o tempo de duração da inocência.

Em 1988, firmou o constituinte o momento temporal em que a presunção deixará de existir. A culpa só poderá ser definida com certeza após o trânsito em julgado da ação penal. Enquanto isso, se o acusado respondeu ao processo em liberdade, uma vez que não houve motivos para a decretação de prisão preventiva, este continuará em liberdade indefinidamente enquanto existirem e perdurarem os recursos.

Sobre o tema e a interpretação que deve ser conferido ao dispositivo constitucional, Tourinho Filho explica:

Se não déssemos ao princípio da presunção de inocência tal interpretação – que era o mínimo -, estaríamos admitindo a existência de palavras inúteis no texto constitucional... E a expressão contida no inc. LVII do art. 5º da Magna Carta não passaria de mera excrecência jurídica. Para que serviria então proclamar que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’?? Trata-se a toda evidência (para que não haja ultraje ao legislador constituinte), de um direito do cidadão. E direito fundamental, posto que inserido no art.5º da Lei Maior. Direito a quê? Direito de ver respeitada sua liberdade ambulatorial. Direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela. Direito de não sofrer punição antecipadamente. Esse é o real sentido da expressão ‘presunção de inocência’. **E, de fato, a exigência de cumprimento de sentença condenatória antes do trânsito em julgado implica em verdadeira antecipação da pena**⁵².(grifo meu)

Acrescenta com entusiasmo que:

Para que serviria, então, a Carta Magna? Nos períodos de exceção, todos criticam a política autoritária e ficam, aos quatro ventos, clamando por liberdade e democracia. Mas quando cessa o período ditatorial, e o país se reencontra com a democracia e a liberdade, e os nossos constituintes elaboram leis que vêm ao encontro dos anseios libertários (...) a caminhar para o lado oposto, no sentido de retornar à época das construções político-ditatoriais⁵³.

De acordo com a ideia de interpretação normativa que já foi construída em oportunidade anterior, a construção do significado de um dispositivo legal perpassa pela vivência do intérprete, pela experiência de aplicação da norma e pela necessidade social. Contudo, é razoável também considerar que tais fatores, sem

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op.cit. p. 99.

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op.cit. 94.

perder de vista sua importância, não constituem meio capaz de alterar a vontade legislativa expressa no dispositivo.

A interpretação parte de algo, ela tem por fundo um dispositivo. Logo, a atividade de construção do sentido de um texto não pode desrespeitar aquilo que já foi predeterminado pelo legislador, sob pena de confecção de uma nova norma, através da realização de atividade legislativa por quem deveria respeitar a norma e, em última análise, não possui legitimidade política para tanto.

Lenio Streck esboça o mesmo posicionamento jurídico ao afirmar que:

Texto e norma são diferentes. Mas não cindidos. E nem colados. Ora, se o Direito (ou seja, a norma, que, segundo Müller e Gadamer, é sempre *applicatio*) é o que o STF diz que é, então ele — o STF — pode desplugar a norma do texto livremente. E pode fazer o texto virar “um nada”. Logo, por exemplo, ele pode dizer que, “onde a CF não fala da possibilidade de o STF examinar inconstitucionalidades via controle concentrado de lei municipal, leia-se que o STF pode examinar” (antes que alguém reclame, não estou me referindo à ADPF). E assim por diante. E o STJ pode “construir”, à vontade, hipóteses de liberação de FGTS. Basta querer... E um Juiz pode estabelecer o número (mínimo e máximo) de folhas que uma petição pode conter. E o STF pode dizer que onde está escrito trânsito em julgado não está escrito trânsito em julgado. E pode o STJ decidir que o CPC não se aplica aos juizados especiais. E, assim, chegamos a outro paradoxo: se tudo pode, nada pode. Se tudo é, nada é!⁵⁴

Ora, literalmente o réu foi considerado inocente até o trânsito em julgado da ação penal. Ainda que fosse empregado ao caso métodos interpretativos diversos do literal, como o teológico, histórico ou sistemático, que por ventura poderiam acenar para o cabimento da medida, em função da compatibilidade com o sistema, não obstante, a desconfiança da classe legalista continuaria forte e, provavelmente, pouco abalada.

Destarte, a interpretação, por si só não seria capaz de promover a antecipação da pena, sem que houvesse desrespeito à vontade do constituinte e grande comoção da classe penalista.

Dessa forma, a ação da interpretação sobre o inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna deverá revelar outros conteúdos que não a ofensa à sua literalidade.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Diário de Classe: Os limites da Interpretação e a democracia. Conjur. 2016. <http://www.conjur.com.br/2016-jun-25/diario-classe-limites-interpretacao-democracia>. Acesso em 30.set.2017

Do mais, creio que o caso em tela não seja de dúvida interpretativa, uma vez que o dispositivo é claro e objetivo, mas sim de confusão acerca da espécie normativa que o preceito legal abriga.

Em várias passagens dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, falou-se em ponderação de princípios, balanceamento de valores protegidos constitucionalmente que, aparentemente, conflitariam com a presunção de inocência, esta entendida como princípio.

À luz dos conhecimentos até então apresentados, analisando detidamente o conteúdo do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, parece razoável afirmar que, primariamente, o dispositivo abriga o conteúdo imediatamente descritivo de uma regra que teologicamente foi produzido com o fim de concretizar o princípio da presunção de inocência.

Declarar que alguém é inocente até o trânsito em julgado de ação penal condenatória é substancialmente diferente de afirmar que os acusados se presumem inocentes ou que os acusados se presumem inocentes até a aferição de sua culpa. Eis aqui a real disfunção do ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios estabelecem um estado ideal de coisas que deverá ser atingido através de comportamentos que não são imediatamente descritos pelo legislador. O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal reproduziu exatamente o inverso do que se espera de um princípio, ele descreveu o comportamento a ser adotado pela comunidade jurídica.

O legislador especificou, em formato de regra, imediatamente descrevendo o conteúdo do dispositivo, a proteção que desejava conferir ao acusado. Há visivelmente uma relação de causa e consequência imediata prevista nesse dispositivo. Processado penalmente, o sujeito será inocente até o trânsito em julgado da ação.

Dentro da lógica de concretização do princípio da presunção de inocência, considerar o réu inocente até o trânsito em julgado da ação penal consiste apenas em uma das possibilidades de efetivação do princípio, inclusive, ousou dizer, que sequer é a mais relevante.

O princípio da presunção de inocência possui especial importância quando analisado de acordo com o aspecto probatório nas ações penais. Já foi explicado em tópico oportuno que cabe ao acusador produzir provas capazes de comprovar a culpa do acusado. No caso de inexistência de provas, bastaria o réu

permanecer calado que ainda assim não seria possível considerar sua condenação, mesmo com a ausência de defesa.

Nesses termos é que se baseia a presunção de inocência comumente adotada. A presunção permanece enquanto não houver sido comprovada a culpa.

No caso de preservação da liberdade do acusado até que seja demonstrada a sua culpa, comprovada esta, poderia ocorrer a execução.

Da mesma forma, se a Constituição acampasse apenas a previsão de proteção da presunção de inocência dos acusados, seria cabível a execução, uma vez que estaríamos diante de um princípio. O que visa a presunção de inocência é garantir ao acusado um processo justo, livre das máculas inquisitivas de um antigo sistema penal autoritário e predisposto à condenação.

Contudo, não foram esses os métodos utilizados pelo constituinte originário brasileiro.

Não é possível, como aplicadores do direito, olvidar a norma constitucional extraída do dispositivo. O legislador originário em 1988 buscou preservar como regra uma proteção derivada de um princípio. A segurança jurídica que se desdobra dessa previsão é substancialmente mais efetiva que a simples previsão do princípio. Daí afirmar-se que quanto maior segurança se quiser conferir a determinada norma, maior a necessidade de fazê-la com base em uma regra.

6.1 Defeasibility, a aptidão para o cancelamento: é cabível?

Visto que o dispositivo em questão abriga o conteúdo normativo de uma regra, nasce ao intérprete o dever de investigar alguns fenômenos: o defeasibility e o conflito normativo.

Em tópico oportuno, vimos que a regra contribui para a decisão do exegeta de forma preliminarmente decisiva e abarcante. Contudo, também descobrimos que essa pretensão poderia ser superada em função das razões do caso em concreto. Isso quer dizer que, apesar de implementada a hipótese de incidência da regra, esta poderia ser superada por outros motivos relevantes. Esse fenômeno é chamado de aptidão para cancelamento ou defeasibility⁵⁵.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. op.cit. p. 69.

Ao mencionar essa característica em seu conceito definidor de regra, Ávila afirma que a avaliação do caso deve perpassar, necessariamente, pela correspondência entre o fato e a norma, além de se vincular na análise da finalidade que dá suporte à regra ou dos princípios que lhe são axiologicamente superiores.

Ora, o princípio sobrejacente à regra em estudo são os princípios da presunção de inocência, segurança jurídica ou mesmo o da dignidade da pessoa humana, com a qual ela se encontra em concordância.

Por outro lado, a correspondência do caso em concreto e a finalidade da regra poderia abrir um novo cenário de possibilidades, uma vez que o sistema em si não impede a execução provisória, ao contrário, como já foi exposto, confere ao recurso especial e extraordinário apenas efeito suspensivo.

Seria possível que, concretamente, como ocorre no caso de um HC, instrumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, o magistrado, verificando a incidência de fatos que destoam com a finalidade da regra, deixar de aplicá-la.

Esse panorama jurídico poderia acenar para a permissão da execução provisória da pena, entretanto, o tema não deve ser enfrentado com tanta simplicidade.

Negar ou permitir a execução provisória através da análise do caso em concreto é atividade demasiadamente particular, depende do posicionamento jurídico de cada magistrado. Por óbvio, na mesma proporção que muitos são favoráveis ao mandamento de executar provisoriamente a pena, outros tantos, em mesmo número, são contrários.

Nesses termos, permitir a execução provisória para uns e negar para outros é medida injusta que atenta contra o princípio da segurança jurídica, uma vez que a inocência até o trânsito em julgado é garantida expressamente pela Constituição Federal.

No mesmo sentido, conferir efeito vinculante ou adotar como jurisprudência paradigmática alguma decisão do Supremo Tribunal Federal baseada nas informações contidas nos autos de um caso em concreto, seria o mesmo que burlar o critério proposto. Ávila foi firme ao esclarecer que o cancelamento da incidência de uma regra deve basear-se em fatos reais, concretos e, o mais importante, excepcionais.

Permitir a não incidência de uma regra como consequência da exegese não constitui permissivo doutrinário para a modelagem do sistema ao sabor das

vontades pessoais dos operadores do direito, instrumento que fomentaria o decisionismo jurídico. Foi sim uma criação doutrinária necessária para o enquadramento da lei a casos excepcionais, que, de fato, não ensejariam a aplicação da regra, pois não violam seus critérios superiores.

Em outros termos, a regra é válida e plenamente aplicável, entretanto, em função da sua abstração, não pode prever determinadas situações capazes de alterar sua incidência. O intérprete ao verificar esse descompasso, deverá, fundamentadamente, excluir sua incidência. O ônus argumentativo é ponto essencial para a aplicação de instituto com tamanha força jurídica. Nesse passo, banaliza-lo com a adoção de critérios vinculadores para as instâncias inferiores, seria o mesmo que desrespeitar a ordem jurídica vigente.

6.2 O Conflito Normativo

No campo do conflito normativo, o problema enfrentado segue o mesmo destino.

A existência de normas constitucionais inconstitucionais é rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁶. Inexiste hierarquia entre normas constitucionais originárias, pois, todas as normas encontram morada na vontade do constituinte originário. Assim, um aparente conflito normativo entre normas constitucionais originárias não é passível de controle de constitucionalidade.

Dessa forma, as disposições constitucionais devem ser interpretadas em conjunto e harmonicamente, nos termos do princípio da unidade da Constituição. Eventual antinomia deve ser afastada, entendendo as disposições constitucionais numa ordem de regra e exceção.

A teoria de Ávila permite, excepcionalmente, que o conflito entre duas regras seja solucionado da mesma forma que o conflito entre dois princípios, ou seja, através da ponderação. Dessa forma, não existiria a declaração de invalidade de uma regra, mas apenas o afastamento da regra em determinada ocasião.

Da mesma maneira que o defeasibility, a possibilidade de ponderação das regras esbarra em problema jurídico semelhante. Só é possível ponderação de

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº815-3. Relator: Alves, Moreira. Tribunal Pleno. Julgado em 28 de março de 1996. Data de Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312.

regras quando o exegeta tem por base o plano concreto da incidência da regra. Isso quer dizer que abstratamente as duas regras convivem em harmonia e somente e excepcionalmente em algum caso concreto é que entrariam em conflito.

Pelos mesmos motivos acima explanados, tal ação seria incompatível com a compreensão abstrata que deve ser conferida ao tema da execução provisória da pena.

Fato é que a problemática enfrentada se instala e deverá ser estudada no plano abstrato e não no plano em concreto. Conscientemente ou não, o legislador de 1988 afetou profundamente a efetividade da jurisdição penal.

De acordo com o artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal não são passíveis de modificação, via emenda constitucional, os direitos e garantias individuais, e por bem ou por mal, individualmente, a previsão de trânsito em julgado é benéfica para o acusado.

Se a previsão do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal fosse princípio, poderíamos, com absoluta certeza, ponderá-lo com os demais bens socialmente relevantes e antever, com algum grau de segurança, a prevalência deste sobre àquele.

Faço tal afirmação porque acredito que não faltam motivos doutrinários e de justiça para garantir a execução da pena provisoriamente enquanto se exaurem os recursos extraordinários.

Esperar que um processo chegue ao último grau de apreciação, com todos os entraves que isso significa, demora e despesas, para só após dessa jornada permitir o cumprimento de pena por alguém que já foi considerado culpado em provas e fatos em segundo grau de jurisdição é teratológico.

No âmbito social é compreensível a descrença que surge acerca da efetividade da justiça e a crença de impunidade quando o povo imediatamente afetado pelo desrespeito das leis e acometido pela insegurança cotidiana, se depara com o entrave do judiciário e, como se não bastasse a demora inerente do processo judicial, se depara com tal impeditivo constitucional.

Sem embargo, também acredito que as disposições legais, da forma como foram idealizadas e como são atualmente operadas, devem ser respeitadas pelo bem da democracia que vivemos. Por esse motivo, creio que, por critérios legais, não há como proceder a execução provisória da pena dos processados criminalmente sem ferir de morte a ordem constitucional vigente.

7 ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Não há controvérsia sobre o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro acampa o ideal da não culpabilidade, afinal, ao analisar a lógica dos mecanismos que privam o indivíduo do direito ambulatorial, percebe-se que a prisão antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória é medida excepcional, cabível somente quando preenchidas as hipóteses legais que, ressalta-se, não são poucas.

Para que seja possível a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória, além da materialidade do crime e da fundada suspeita de autoria, a autoridade coatora deverá demonstrar o risco à ordem, quer pública, financeira ou à instrução, que a liberdade do indivíduo pode acarretar. Além de todas essas exigências, é preciso, ainda, enquadrar o crime praticado pelo agente nas hipóteses legais de cabimento previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Todas essas medidas devem ser observadas, pois possuem o condão de aparelhar o sistema, possibilitando a prisão apenas daqueles que realmente, ao final do processo, possuem chances de serem condenados à pena privativa de liberdade.

Esse cuidado, relaciona-se, inevitavelmente, a consequência fática que uma sentença penal condenatória privativa de liberdade acarreta ao jurisdicionado. Mais que a privação da liberdade, essa espécie de condenação penal significa recolher um ser humano ao cárcere, mantê-lo sob a tutela estatal.

À vista de tal situação, não é novidade o cenário de abandono em que se encontram a maioria dos estabelecimentos prisionais do país. A situação de penúria desses estabelecimentos é tão evidente que ensejou, em maio de 2015, o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, no Supremo Tribunal Federal, pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) em face da União e todos os Estados-membros.

Na ação, o partido busca o reconhecimento do chamado Estado de Coisa Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, face ao contumaz desrespeito aos preceitos constitucionais e internacionais, de Tratados Internacionais do qual o Brasil é signatário, e dos direitos assegurados à população carcerária.

A arguição ainda não foi sentenciada, contudo, no decorrer do julgamento das medidas cautelares pleiteadas, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a violação dos direitos fundamentais da população carcerária no tocante à integridade física, psíquica e à dignidade. Eis o teor do acórdão.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão⁵⁷.

Para além da ofensa subjetiva e individual, reconheceu-se o poder criminógeno do cárcere, vez que a situação degradante que se encontra os encarcerados funciona como um estímulo criminal ou como uma escola do crime.

A consequência da ausência estatal na política criminal é a falência do caráter ressocializador da pena e do sistema penitenciário.

Essa situação, mais que desfavorável para aqueles que fazem parte da estrutura penitenciária, seja no papel de condenado, seja no papel de agente penitenciário, é prejudicial à sociedade.

A ausência do caráter ressocializador da punição penal acarreta o aumento do índice de reincidência e eleva a insegurança social.

Diante do cenário apresentado, a discussão que segue em voga é a qualidade dos argumentos daqueles que, ao aderirem à execução antecipada da pena, esquecem os efeitos degradantes que o cárcere incute no apenado.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016.

O que a classe penalista, a classe constitucional, o poder executivo, legislativo e judiciário realmente deveriam discutir, não é a necessidade de encarceramento antes do trânsito em julgado como forma de expressar a punição estatal, senão descobrir meios mais eficazes de aplicar essa punição, respeitando a Constituição Federal.

8 CONCLUSÃO

Do exposto, foi possível perceber a boa intenção do legislador originário em estipular uma gama de proteções para um povo recém-saído do poder ilegítimo de um governo militar que utilizava da força e da violação dos direitos humanos para se manter no poder.

Inegavelmente, na histórica política e jurídica brasileira, a Carta Cidadã de 1988 é um avanço em direitos do homem e do cidadão. São assegurados, no correr dos seus duzentos e cinquenta artigos, direitos que de fato, se implantados em sua plenitude, fariam dos brasileiros um povo bem-aventurado.

No âmbito penal, como demonstrado, muitas foram as previsões que buscaram tornar o processo penal e o regime prisional compatíveis com um sistema humano e não arbitrário. O dispositivo que impõe o controle dos atos privativos de liberdade pelo Estado, inclusive nas prisões em flagrante com o dever de comunicação ao juízo em vinte quatro horas, foi uma das formas encontradas para evitar o abuso de poder das autoridades policiais e militares.

Quanto ao benefício da dúvida, houve a constitucionalização da presunção de inocência, inclusive, estabelecendo o período de dúvida que deveria acobertar o acusado durante o processo penal. Literalmente, foi impedida a execução da pena enquanto não houvesse trânsito em julgado da ação penal.

A intenção, que a princípio é prestigiada, acabou por gerar um quadro de impunidade e desproporcionalidade entre os jurisdicionados penais, muito em função da redação do dispositivo.

A jurisprudência, com o fim de compatibilizar a proteção da presunção de inocência com os demais princípios da Carta Magna, como a efetividade do sistema penal, ponderou os interesses colidentes, manifestando-se pela relativização da norma constitucional.

Em função desse cenário jurídico que nasceu a problemática aqui discutida. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal muitas vezes se levantaram com a intenção de rejeitar ou apoiar a conclusão dos aludidos ministros.

Nessa toada, o presente estudo buscou, através da análise da teoria da norma, estabelecer um parâmetro para a compreensão do tema.

Conforme apresentado, chegou-se a conclusão que o dispositivo em tela no julgamento do o HC 126.292/SP, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição

Federal, foi elaborado, na realidade, como uma regra constitucional, erigida desta forma com o fim de conferir um grau além de proteção aos jurisdicionados penais.

Dessa maneira, a ideia de ponderação que baseou o julgamento de fevereiro de 2016 restou prejudicada ante o nível de certeza que tal norma jurídica busca outorgar à vontade legislativa.

De acordo com a clássica interpretação do que se entende por regra e por princípio, conclui-se que a incidência da regra é infinitamente mais previsível que a incidência do princípio.

Burlar o efeito trincheira dessa previsão exige demasiado exercício argumentativo do exegeta. Não obstante, esse procedimento, pela força que possui, deve ser utilizado com responsabilidade. Tanto é assim que Ávila é expresso ao afirmar que tais casos são excepcionais e analisados de acordo com o caso concreto. Como a problemática enfrentada pelo inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna se mostra abstrata, uma vez que deve atingir todos, igualmente, incabível a utilização desse mecanismo.

Dessa forma, o cenário jurídico que se apresentou após o HC 126.292/SP se mostra harmonioso com a ideia de presunção de inocência, entretanto, em descompasso com o ordenamento jurídico vigente.

Em que pese o desejo de efetivar as demais garantias asseguradas aos cidadãos e atribuir maior efetividade ao sistema penal, não é possível olvidar a ordem constitucional feita pelo legislador constituinte.

Portanto, em respeito ao atual modelo de aplicação das normas jurídicas, o entendimento implantado pelo Supremo Tribunal Federal desrespeita os limites interpretativos, alçando níveis de verdadeira atividade legislativa realizada pelo Judiciário em detrimento do poder constituinte originário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Ed.2ª, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Ed.4ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2003.

BARGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**: Em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 2-jan-2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Ed. 2ª. Saraiva, 2010.

BARROSO, Magdaleno Girão. **O Brasil constituinte e a constituição de 1988**: um depoimento ao vivo para a história. Rio de Janeiro: Brasília, 1993.

BRASIL. **Ato Institucional nº 05**. Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acessado em: 01/05/ 2017

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.076-AC**. Relator: Velloso, Carlos. Tribunal Pleno. Julgado em 15 de agosto de 2002. Data de Publicação: DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº815-3**. Relator: Alves, Moreira. Tribunal Pleno. Julgado em 28 de março de 1996. Data de Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus 67.759/RJ**. Relator: MELLO, Celso. Tribunal Pleno, julgado 06/08/1992, PROCESSO ELETRÔNICO DJ- 24-09-1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº HC 84078 MG**. Relator: Grau, Eros. Tribunal Pleno. Julgado em 05 de fevereiro de 2009. Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC**, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016.

BUENO, Francisco Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. Ed 2ª. São Paulo: FTD, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed.7ª. 2ª reimp. Lisboa: Almedina. 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global, Brasil e Geral**. Volume 03. Ed.1ª. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Flávio Antônio. Execução Provisória da Pena: algumas notas críticas sobre a ponderação do imponderável. **Justificando**, 2016. In. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Ano 1, nº 1, 2003, p. 607-630. <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel>. Acesso em 10.out.2017.

ESTEFAN André. GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Coordenação Pedro Lenza. **Direito penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 2012.

GURAN, Milton. **O processo constituinte 1987-1988**: documentação fotográfica a nova constituição. Brasília: AGIL, 1988.

HUMBERTO, Teodoro Junior. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Volume 1. Ed.56ª. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed.16ª. São Paulo: saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo penal Volume Único**. Ed. 5º. rev.amp e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MIRABETE, Frabbrini Júlio. **Processo Penal**. Ed. 10ª. São Paulo: Atlas, 2000.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Ed.18ª. São Paulo: Atlas, 2014.

Streck, Lenio Luiz. Diário de Classe: Os limites da Interpretação e a democracia. **Conjur**. 2016. <http://www.conjur.com.br/2016-jun-25/diario-classe-limites-interpretacao-democracia>. Acesso em 30.set.2017

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. Ed. 33ª. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.