

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO THIAGO SOUZA OLIVEIRA

DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS

Dezembro/2017

Manaus – AM

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO THIAGO SOUZA OLIVEIRA

DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS

Trabalho de conclusão de graduação apresentado ao curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ricardo Tavares de Albuquerque

Dezembro/2017

Manaus – AM

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

S729e Oliveira, Antônio Thiago Souza
 Da Execução Provisória da Pena: reflexões
 constitucionais / Antônio Thiago Souza Oliveira. Manaus
 : [s.n], 2017.
 62 f.: il.; 4 cm.

 TCC - Graduação em Direito - Bacharelado -
 Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017.
 Inclui bibliografia
 Orientador: Albuquerque, Ricardo Tavares de
 Coorientador: Aguiar, Denison de

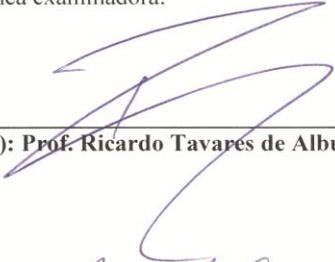
 1. Execução provisória da pena. 2. Presunção de
 inocência. 3. Efetividade do sistema penal. 4.
 Interpretação constitucional. I. Albuquerque, Ricardo
 Tavares de (Orient.). II. Aguiar, Denison de (Coorient.).
 III. Universidade do Estado do Amazonas. IV. Da
 Execução Provisória da Pena: reflexões constitucionais



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: REFLEXÃO CONTITUCIONAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador (a): Prof. Ricardo Tavares de Albuquerque


Coorientador 2: Prof. MSc. Denison Aguiar


Membro 3: Prof. Esp. Neuton Alves de Lima

Manaus, 20 de dezembro de 2017.

DEDICATÓRIA

À fonte da minha inteligência e força, o meu Pai,
o Marcos.

Aos meus anjos da guarda, minhas irmãs, Camila
e Bianca.

Ao Professor Ricardo, o meu eterno Professor de
Direito Civil.

Ao Professor Denison, porque me ensinou a ter
compaixão e gratidão.

Ao Professor Neuton, por ser o meu referencial
em Direito Constitucional.

À mulher da minha vida, minha mãe, a Cosma,
fonte do meu amor, me ensinou a sonhar.

AGRADECIMENTOS

Ao propósito deste trabalho, “refletir constitucionalmente uma possibilidade interpretativa da norma”, agradeço, primeiramente aos pensadores helenos da antiguidade clássica, por nos deixarem verdadeiros legados fundadores da importância de refletir o direito.

Agradeço aos meus pais por terem me ensinado o que entre os antigos helenos era entendido como presente dos deuses: a *aidos* (preocupação alheia) e a *diké* (respeito pelo direito dos outros); mesmo que de forma inconsciente. Agradeço, também, às minhas irmãs, pois, ao desenvolver-me como *homo juridicus*, motivaram-me da forma mais generosa possível: disseram a verdade.

Aqui, agradeço também ao Gabriel Machado, um amigo de faculdade, o qual revelou-me outras hipóteses além daquelas imaginadas em minhas investigações, tal como a lenda de *Morpheu* e as papoulas vermelhas, donde este personagem mitológico oferecia outras verdades aos que lhe recebiam.

Agradeço ao professor Ricardo, o meu eterno professor de Direito Civil, por ter acreditado no meu potencial e determinação. Agradeço ao Professor Denison, por que além de ter sido meu professor de mediação e arbitragem (verdadeiras artes de resolução de conflito), é meu amigo. Agradeço ao Professor Neuton pelas aulas de Direito Constitucional, elas realmente me incentivaram a pensar “direito”.

Agradeço, também, aos meus amigos do Núcleo de Mediação, Arbitragem e Conciliação (MARBIC), principalmente aos meus treinadores Gustavo Sampaio e Robson Ribeiro, pois ensinaram-me o valor da argumentação objetiva.

Certo de que não poderia deixar de agradecer aos demais, que dedicaram parte de suas vidas para compartilhar comigo, e com meus colegas, as maravilhas que o Direito pode proporcionar, portanto, agradeço a eles. Por fim, a Universidade, por ter me acolhido como um filho é acolhido por sua mãe.

RESUMO

Cumprir a pena, no seu conceito mais superficial e indiferente, é o dever imputado a alguém (declarado culpado) que cometeu ato dito errado, *contra legem*, antissocial. Apesar dessa superficialidade, para se chegar até a fase de cumprimento da pena há um caminho a se percorrer. E se esse caminho for abreviado sem se ter, contudo, a declaração da culpa? No Brasil, a Jurisprudência da Corte Suprema entende não só que esse caminho pode ser abreviado, mas, como também essa abreviatura encontra respaldo na Carta Magna brasileira. A partir desse entendimento, lançou-se uma calorosa discussão, que já vem de muitas décadas, sobre a possibilidade da execução provisória da pena. De um lado temos a corrente que defende que a execução é possível, porque o réu, condenado em segunda instância, já possui a comprovação da autoria e materialidade do crime cometido. Doutro, temos a corrente que inadmite a execução antecipada da pena, tendo vista a presunção de inocência que só é afastada quando há a declaração da culpa mediante sentença penal condenatória em segunda instância. Esse choque promovido entre essas correntes possui paradigmas interessantes como: a recorribilidade da sentença penal condenatória por meio de recurso especial e extraordinário; a dilação processual indevida; o dever de tratamento do Estado, entre outros. É um conflito que nos remete às reflexões constitucionais sobre a execução provisória sem o título executivo transitado em julgado. Essas reflexões devem ser auxiliadas por métodos oferecidos pela doutrina, como o jurídico, o hermenêutico-concretizador e o normativo-estruturante. O principal fundamento dessas reflexões é a existência da novel sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, idealizada por Peter Häberle.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Presunção de inocência. Efetividade do sistema penal. Interpretação constitucional.

RESUMEN

Cumplir la pena, en su concepto más superficial e indiferente, es el deber imputado a alguien (declarado culpable) que cometió acto equivocado, contra legem, antisocial. A pesar de su suciedad, para llegar hasta la fase de cumplimiento de la pena hay un camino a recorrer. ¿Y si ese camino se abrevia sin tener, sin embargo, la declaración de la culpa? En Brasil, la Jurisprudencia de la Corte Suprema entiende no sólo que ese camino puede ser abreviado, pero, como también esa abreviatura encuentra respaldo en la Carta Magna brasileña. A partir de ese entendimiento, se lanzó una calurosa discusión, que ya viene de muchas décadas, sobre la posibilidad de la ejecución provisional de la pena. De un lado tenemos la corriente que defiende que la ejecución es posible, porque el reo, condenado en segunda instancia, ya posee la comprobación de la autoría y materialidad del crimen cometido. De otro, tenemos la corriente que inadmite la ejecución anticipada de la pena, teniendo vista la presunción de inocencia que sólo es alejada cuando hay la declaración de la culpa mediante sentencia penal condenatoria en segunda instancia. Este choque promovido entre esas corrientes posee paradigmas interesantes como: la retribución de la sentencia penal condenatoria por medio de recurso especial y extraordinario; la dilación procesal indebida; el deber de tratamiento del Estado, entre otros. Es un conflicto que nos remite a las reflexiones constitucionales sobre la ejecución provisional sin el título ejecutivo transitado en juzgado. Esas reflexiones deben ser auxiliadas por métodos ofrecidos por la doctrina, como el jurídico, el hermenéutico-concretizador y el normativo-estructurante. El principal fundamento de esas reflexiones es la existencia de la novel sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, ideada por Peter Häberle.

Palabras clave: Ejecución provisional de la pena. Presunción de inocencia. Efectividad del sistema penal. Interpretación constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	11
1.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, O QUE É?.....	11
1.2 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA CARDEAL	16
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU DA NÃO CULPABILIDADE)	18
2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, O QUE É?.....	18
2.2 CAMPO DE ATUAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	22
3 OSCILAÇÕES NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO	25
3.1 ASSIM PROCLAMA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (...) MUTAÇÃO DO INCISO LVII DO ART. 5º!	28
3.2 “OU ADMITIMOS QUE SE PRENDA PARA RECORRER OU QUE SE RECORRA PARA NÃO PRENDER”	32
4 REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	34
4.1 MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	35
4.2 REFAZENDO CATEGORICAMENTE O PROBLEMA CARDEAL	41
4.3 A DILAÇÃO PROCESSUAL COMO JUSTIFICATIVA (IN)DEVIDA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA.....	41
4.4 INTERPRETANDO O INCISO LVII DO ART. 5º DA CF/88 PARA SE CHEGAR À COISA JULGADA. A NATUREZA ESPECIAL DO STJ. O CONFLITO ENTRE A NECESSÁRIA COISA JULGADA E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.	47
4.5 O DIÁLOGO ENTRE O INCISOS LVII E LXXVIII DO ART. 5º DA CF/88	51
CONCLUSÕES.....	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Com o aperfeiçoamento do tribunal e do processo penal nas sociedades inspiradas pelos ideais franceses de 1789, entre elas o Brasil, ficou consagrado que se uma pessoa é levada ao juízo por conjecturas denunciadoras de ato criminoso, ela só poderia sofrer a pena após a confirmação daqueles atos por sentença penal condenatória.

O fato é que na Constituição Federal de 1988, à regra soma-se a necessária imutabilidade da sentença que condena. À vista disso, o problema abordado neste trabalho assenta-se na possibilidade constitucional da execução penal antes da condenação efetiva – chama-se esta, com algum grau de atecnia, de execução provisória da pena -.

Exposto o problema, o cerne da investigação tem por justificativa o meio quase aporético que a Suprema Corte brasileira vem tratando da execução de penas restritivas de liberdades nos últimos dez anos. Por ser a liberdade um valor garantido e protegido como fundamental em nossa sociedade, o problema da possibilidade se esbarra em importantes obstáculos, como o valor da presunção de inocência e a necessária imutabilidade da sentença.

Ao passo, a justificativa possui duas dimensões: jurídica e social. Jurídica, por que o Judiciário brasileiro concretiza, desde antes do atual Estado Democrático, uma norma que possibilita a execução provisória, fato que conflita, em um primeiro momento, ao encadeamento lógico-semântico do texto constitucional de 1988.

Por outro lado, a dimensão social abrange a evidente disputa entre o direito do réu e o direito *pro societate*, vez que a prisão antes da imutabilidade da sentença possui como finalidade, conforme excertos decisivos do STF, a efetivação do sistema penal brasileiro que se encontra em uma realidade crítica e desumana.

Destas justificativas, designou-se como objetivo principal a realização de reflexões constitucionais acerca da possibilidade da execução provisória da pena, ante o mencionado conflito interpretativo sobre o texto constitucional, art. 5º, LVII, o qual expressamente afirma que o réu somente será preso mediante sentença penal condenatória transitada em julgado.

Por seguimento ao principal, de forma analítica, indicou-se como objetivos específicos: (a) a conceituação da presunção de inocência, de modo a identificá-la material e abstratamente no processo penal; (b) revelar as mudanças no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a norma constitucional de execução das penas; e (c) enfrentar e analisar o ajuste

jurisprudencial em relação à referida norma, com base nas reflexões, abordando as dimensões jurídica e social do problema da execução provisória.

Demais, para tornar as conclusões deste trabalho conexas com os objetivos mencionados, aplicou-se como metodologia a pesquisa qualitativa, por estar a abordagem da problemática direcionada para aspectos subjetivos, como os dizeres da doutrina e da jurisprudência sobre a possibilidade constitucional da antecipação da pena de prisão.

Quanto aos procedimentos técnicos (GIL, 2008), optou-se pela pesquisa bibliográfica, que é desenvolvida por meio de trabalhos já publicados, como livros, artigos, revistas e sites sobre o tema sugerido.

No capítulo primeiro, levanta-se considerações objetivas sobre o conceito de execução provisória da pena, isolando-a de outros institutos jurídicos que partilham de semelhanças aparentes, como as medidas cautelares. Tal isolamento é premissa necessária para que se chegue ao problema cardeal deste trabalho, que é a execução da pena em si.

No segundo, com a definição do problema cardeal, a investigação é direcionada para o conceito de presunção de inocência, visto que a execução provisória repercute sobre esse valor de forma explícita, demandando, por consequência, uma metódica descrição do campo de atuação da não culpabilidade.

Já no terceiro capítulo, procura-se analisar as mudanças jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, como medida suficiente para descrever as oscilações na relação da hermenêutica constitucional e a política criminal do Brasil, fato de importância para se refletir sobre o problema.

Por fim, no quarto capítulo, revela-se o desenvolvimento das reflexões constitucionais sobre a execução provisória da pena, tendo por fundamento principal, e num esforço de manter as linhas de pesquisa adotadas, quais sejam a qualitativa e a bibliográfica, o método de interpretação concretista da Constituição Aberta, de Peter Häberle. Nesta parte do trabalho, as hipóteses levantadas limitam-se a se saber se é possível ou não a mencionada execução provisória penal.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Em meio ao alvoroço criado pela mídia de então, ao inculcar ideias como “é necessário prender o réu condenado em segunda instância, como medida de justiça” ou que “todos os réus devem pagar”, o intérprete da Constituição deve lançar-se ao problema da execução penal de forma a concretizar a norma reguladora da “forma de como dará a aplicação da pena” conforme os valores que a sociedade elege na Carta Política (*Verfassungskonforme Auslegung*).

Pelo contrário, o intérprete que cede a todo e qualquer anseio do povo, converte a norma em mera sugestão de comportamento, retirando a normatividade imposta pela Constituição mesma, quando esta trata da execução do sujeito, considerado por muitos como inimigo social, o qual imputa-se a prática de um crime punido com a restrição da liberdade.

Torna-se imperioso, portanto, investigar sobre o que é a Execução Provisória da Pena. Deve-se isolar o seu conceito de outras medidas aparentemente semelhantes, com o propósito de se desenhar a estrutura daquela medida. Só então se poderá inseri-la dentro do problema-chave deste trabalho.

1.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, O QUE É?

As práticas judiciárias são o modo pelo qual se concebeu e se definiu a maneira como os homens podem ser julgados em função dos erros cometidos (FOUCAULT, 2002).

É a partir do processo judicial que se pode declarar ou não se o homem (tido como réu) é culpado. Se culpado, ele deverá pagar a sua respectiva pena. Se inocente, ele deverá ser livre de qualquer constrangimento pelo Estado. Esta regra tem sido a máxima desde o momento em que se suprimiu a vingança privada.

Neste sentido, o marco majestoso dessa supressão pode ser percebido na Revolução Francesa, em 1789, donde se impôs como direito fundamental que “*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*¹”.

¹ Parágrafo VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

É evidente que os franceses, à época, buscaram valorar a presunção de inocência como um direito protetivo que exige a declaração formal da culpabilidade, vez que, ao Estado-acusador é imputado o ônus de comprovar, gradual e coerentemente, a autoria e a materialidade do indigitado criminoso. Eis, aqui, o estrado para o princípio da presunção de inocência, que foi consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. LVII.

Nesta linha de raciocínio, podemos concluir, por observância, a existência de um postulado para as sociedades ocidentais contemporâneas, o qual reside na consciência de que só podemos cumprir uma pena, quando formos declarados culpados. Tanto é verdade, que esse postulado é valorado por diversos institutos sobre Direitos Humanos:

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI)

Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º)

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º)

Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º)

Todo o arguido se presume inocente enquanto não o tiver sido legalmente provada a sua culpa.

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º)

O direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente.

Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “b”)

Ninguém será considerado culpado, senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa.

Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 14, § 2º)

Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Portanto, o postulado é claro: ao réu pode ser aplicada a pena, se for condenado por sentença judicial mediante processo. Com isso, nos debruçamos na indagação inicial: se é necessário um processo para a aplicação da pena (*Nulla Poena, Nulla Culpa sine Iudicio*), então o que vem a ser execução provisória da pena?

Em um lógico *insight*, concluiremos que a execução provisória da pena é aquela que ocorre antes de ser o réu considerado culpado efetivamente, ou seja, é a antecipação da pena advinda pela concretização do título penal executivo.

Ademais, se se diz “provisória”, então, em um jogo semântico, podemos dizer que se trata de coisa que é transitória, que será (ou não!) substituída por algo “permanente”.

E não é só. Deve-se isolar o conceito dessa medida de outras aparentemente semelhantes. De fato, poder-se-ia dizer que o cumprimento provisório de sentença penal condenatória tem caráter de medida cautelar. De fato, tais formas pode causar a sensação de estar-se falando da mesma coisa. Por isso, por serem formas de coação aparentemente semelhantes, torna-se necessário distinguir a medida cautelar da execução provisória da pena.

A prisão cautelar, no seu conceito *lato sensu*, garante o normal desenvolvimento do processo, tendo como finalidade uma sentença eficaz, a qual deve pautar-se na estrita legalidade. Nas palavras de Aury Lopes Jr.: “são medidas destinadas à tutela do processo”². Eis aqui a primeira diferenciação sobre esses mecanismos do sistema penal. Pode-se ir mais além, ao conduzir-se a investigação sobre os princípios que norteiam as Prisões Cautelares, pode-se reconfirmar essa diferença.

Pois bem, como primeiro princípio, tem-se a Jurisdicionalidade e a Motivação (LOPES Jr., 2015) como informadores de que toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. Esse princípio está louvado no art. 5º, inc. LXI, da CF/88, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, “salvo nos casos de crime militar”.

Colacionando-se o conceito do princípio acima ao que se referir à execução provisória da pena, deve-se, por primeiro, ajustá-los, pois a execução antecipada deve ser motivada e autorizada por “sentença penal condenatória”, enquanto na medida cautelar, basta existir uma justificativa fática autorizadora do “decreto prisional no curso do processo”.

Prosseguindo, há o princípio do Contraditório, o qual encontra respaldo no art. 282, § 3º, do CPP, que permite uma tímida manifestação do réu (LOPES Jr., 2015), ainda que a prisão seja fundada em risco de fuga:

² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal /Aury Lopes Jr. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 589.

Tal contraditório dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida. Terá difícil aplicação (mas não impossível) nos pedidos de prisão preventiva fundados no risco de fuga, mas nada impede que o juiz decrete a medida e faça o contraditório posterior, como por nós sugerido no início, ou seja, com a condução do réu/suspeito a sua presença para que seja ouvido sobre os motivos do pedido. Após, decidirá pela manutenção ou não da prisão.³

Ora, pelo exposto, é óbvio que tal princípio também se aplica(ou) à execução antecipada da pena, mas, é necessário ajustá-lo mais uma vez.

Percebe-se, no caso das medidas cautelares, que o contraditório será mínimo, vez que o recolhimento à prisão tem por escopo a garantia do prosseguimento do processo; estando recolhido, o réu se pronunciará. Em outras palavras, fará valer o direito ao contraditório.

Doutro lado, a execução provisória da pena é uma consequência do próprio processo, do qual deduz-se que já houve a instrução e o julgamento, tendo a sentença condenatória confirmada a autoria e a materialidade. Assim, para chegarmos a essa consequência, o réu deve ter se manifestado nos autos, estando em liberdade ou não. Aqui, o contraditório (que não é mínimo) é pressuposto de validade para a execução provisória, e do próprio processo em si.

Emerge outro princípio, o da Provisionalidade (LOPES Jr., 2015), contido no art. 282, § 5º, do CPP, que determina que as prisões cautelares sejam situacionais. Por isso, em desaparecendo a situação fática justificadora da prisão cautelar, deve imediatamente cessar a prisão. É que a medida cautelar se justifica pelo fato, o qual é analisado à vista de presunções (ou fumaças) quais sejam: *fumus commissi delicti* (existência do crime e indícios suficientes de autoria) e *periculum libertatis* (perigo de fuga, de destruição de provas).

Em virtude do exposto, a substância da prisão antecipada não é a mesma da prisão preventiva, vez que a prisão antecipada por sentença condenatória não é situacional, é consequência do processo penal, quando comprovada a materialidade e a autoria do crime.

Seguindo a análise, temos o princípio da Provisoriedade (LOPES Jr., 2015), que está relacionado com o tempo, de modo que toda prisão cautelar deve ser temporária. Manifesta-se, dessa forma, na curta duração que deve ter a medida cautelar:

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue

³ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 596.

sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.⁴

Há uma linha tênue sobre a “provisoriedade” tanto da medida cautelar quanto da execução provisória penal, pois, ainda que a execução antecipada seja um resultado de uma condenação em segunda instância, não deixa de ser provisória.

A provisoriedade da sentença penal condenatória se dá enquanto não concretizada a coisa julgada. Por isso se diz provisória.

É claro que essa visão é apenas um paradigma da característica provisória da antecipação da pena. De outra forma, entende-se que antes do trânsito em julgado, a sentença condenatória pode ser reformada em benefício do apenado. A este ponto, a execução provisória da pena é semelhante à prisão preventiva, que é uma espécie de medida cautelar, que pode ser decretada no curso da investigação ou do processo, e diferente da prisão provisória (outra espécie da medida cautelar), sem possuir um prazo legal de duração.

Ademais, o art. 282, § 6º, do CPP, consagra o princípio da Excepcionalidade, o qual prescreve que a prisão cautelar deve ser excepcional recurso utilizado pelo Estado-juiz. Difere da execução provisória na forma como é dada no processo, haja vista serem as duas medidas excepcionais: a aquela pode ser aplicada, excepcionalmente, na fase da investigação ou na fase do processo; enquanto que esta pode ser aplicada, excepcionalmente, em sobrevido sentença penal condenatória sem o trânsito em julgado.

Por fim, sem alongar-se de forma demasiada no assunto, temos o princípio da Proporcionalidade, que pondera a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida; por isso, é verdadeira limitação e sustentáculo das medidas cautelares impostas pelo magistrado (LOPES Jr., 2015). Ora, num sentido mais amplo, a execução de qualquer pena deve ser proporcional, excepcional e deve respeitar o contraditório.

Em virtude do escorço conceitual e principiológico acima, podemos dizer o que não é a execução provisória da pena: não é medida cautelar. Noutras palavras, a execução provisória não está enquadrada em seu conceito e, logicamente, não é provisional ou provisória.

Podemos então arrematar o problema inicial respondendo, de forma técnica, que a execução provisória é a possibilidade de início do cumprimento da execução penal, antes do

⁴ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 598.

trânsito em julgado da decisão condenatória. Sendo medida que se aproxima das medidas cautelares (em alguns aspectos), mas não se confunde com elas.

1.2 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA CARDEAL

Agora, com a definição da execução penal provisória, alvo da análise ao longo dessa obra, lança-se o problema cardeal, alvo da investigação: é possível penalizar a liberdade de alguém sem a declaração da sua culpa? É possível encontrar fundamentos jurídico-constitucionais que compatibilizem o cumprimento provisório da pena com a presunção de inocência?

Ora, o problema parece não ter cabimento, visto que o postulado que ordena o sistema de punição adotado pelo Brasil é o mesmo de muitas nações inspiradas pela valoração dos Direitos do homem, qual seja a necessária existência prévia de sentença penal condenatória para que o réu seja executado.

A rigor, o problema cardeal surge nos Tribunais brasileiros quando o réu tem sua condenação mantida em segunda instância. De início, o réu poderia cumprir sua pena tendo em vista o duplo grau de jurisdição, porque confirmada a autoria e a materialidade do crime.

No entanto, o problema fica mais complexo quando analisa-se o art. 5º, inc. LVII, da CF/88, que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, ainda que a condenação tenha sido confirmada no juízo de segunda instância, a mesma não possui o atributo do trânsito em julgado, que é o atributo concretizador da imutabilidade da sentença.

E essa imutabilidade só se dá com a preclusão do direito de recorrer do réu, ou seja, quando não há recursos interpostos. Com isso, a própria Constituição Federal de 1988 permite que, mesmo com a condenação em segunda instância, subsista a recorribilidade da sentença por meio de recurso especial e recurso extraordinário, em seus artigos 102, inc. III, e 105, inc. III.

Ambos os recursos não têm efeito suspensivo da execução. Mas, a mera possibilidade de ambos impede o trânsito em julgado, impedindo também, por conseguinte, a execução da pena imposta pela sentença. A própria Carta Política problematiza.

Então, porque se pergunta se é ou não possível a execução penal provisória? Já que a norma constitucional exige o trânsito em julgado?

Faz-se a pergunta por força do que afirma a Jurisprudência, a qual se inclina ao entendimento de que o sistema penal brasileiro funciona mal ao permitir que o réu permaneça em liberdade, mesmo condenado em segunda instância. Nesse ínterim, justamente por que a coisa julgada fica obstada pela eventual possibilidade de recursos, especial ou extraordinário, é que se afirma que é possível adiantar a pena de prisão.

Segundo explica o Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, em voto proferido no julgamento conjunto de medidas cautelares nas Ações Declaratórias Constitucionais (ADC's) de número 43 e 44⁵, o sistema penal brasileiro tem se mostrado deficiente e de pouca eficácia, e pela possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado em liberdade “enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal”.

Então, a problemática torna-se ainda mais séria, pois, de certa forma, o entendimento dominante do STF potencializa a conclusão de que “a superveniência do trânsito em julgado não é óbice para que o réu cumpra a sua pena”. Em outras palavras, o réu cumpre a pena sem ser declarado culpado.

Neste ponto, realiza-se apenas um juízo lógico-normativo sobre a regra da execução de penas privativas de liberdade; ao menos por semântica, é incongruente permitir que alguém cumpra a sua pena sem ser declarado culpado. E esta conclusão se dá com a interpretação literal da Carta Magna. Vê-se aqui que é necessário o esclarecimento sobre a aparente incongruência semântica da regra com a jurisprudência.

De antemão, deve-se conceituar o que é a Presunção de Inocência e analisá-la em um breve esboço histórico, pois, só assim poderá prosseguir a investigação sobre as reflexões constitucionais acerca da execução provisória da pena.

⁵ Medidas Cautelares em ADC's (43 e 44), julgamento em 10.10.2016. Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 25.11.2016.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU DA NÃO CULPABILIDADE)

Com construção bem definida do conceito de execução provisória da pena, revela-se como proposição contraposta a presunção de inocência. Esta é um fator indissociável do próprio processo penal, tendo em vista que a culpa tem de ser confirmada como premissa condicionante da sentença que condena.

A aplicação da pena de restrição de liberdade exige que a presunção de inocência foi derrotada por alguma prova lícita da autoria e da materialidade do crime. Mas, em um primeiro momento, poder-se-ia em um juízo metódico e racional, concluir que o processo penal torna a presunção de inocência é um valor absoluto em prol do agente criminoso.

No entanto, tal juízo deve aproximar-se de forma microscópica ao fenômeno da construção da culpa no processo, sendo o resultado ordenado por um medidor da presunção: decrescente (caminha para a condenação) ou crescente (caminha para a absolvição). Desta forma, o foco da análise aponta, para chegar ao ponto mais superficial (a zona de atuação da presunção de inocência no processo), para o conceito de presunção de inocência, o qual será analisado a seguir.

2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, O QUE É?

Não se faz, saliente-se desde logo, diferença entre a presunção de inocência e presunção de culpabilidade. Para GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ⁶, as palavras “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes, sendo inútil a tentativa de diferenciá-las.

A presunção de não culpabilidade é um verdadeiro dever de tratamento imposto ao Estado, que deve respeitá-lo conforme os ditames da Carta Fundamental. No mesmo sentido, AURY LOPES JR afirma que “a complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal. Contudo, essência da presunção de inocência pode ser sintetizada na seguinte expressão: *dever de tratamento*”⁷.

Para aquele autor, a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna e externa. A dimensão interna é um dever de tratamento realizado, e determinado, pelo juiz, à vista da produção de provas, e tendo em vista a excepcional aplicação das medidas

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 57.

⁷ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 364.

cautelares. Já externamente, a presunção de inocência exige a proteção contra a atuação da publicidade e uma possível estigmatização precoce do réu⁸:

É ferramenta criada contra um *status subjectionis* ou *status passivo* da sociedade, no qual os indivíduos estariam subordinados aos poderes estatais, sujeitos a um conjunto de deveres, e não de direitos⁹. Neste contexto, a presunção de inocência possui raízes, para autores como DIRLEY DA CUNHA JR.¹⁰, no item 39 da Magna Carta inglesa (1215):

“Nenhum homem livre deve ser apreendido ou preso, ou despojado de seus direitos ou bens, ou proibido ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer maneira, nem procederemos contra ele, nem enviamos outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra.”

Não obstante a isso, em uma escala regional, o marco histórico de implantação desse direito reside no século XVIII, quando veio a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776):

“Seção 8: Que, em todas as acusações de capital ou criminais, um homem tenha o direito de exigir a causa e a natureza de sua acusação, ser confrontado com os acusadores e testemunhas, pedir provas a seu favor e julgar rapidamente por um júri imparcial de doze homens de sua vizinhança, sem cujo consentimento unânime ele não pode ser considerado culpado; nem pode ser obrigado a provar contra si mesmo; que ninguém seja privado de sua liberdade, exceto pela lei da terra ou o julgamento de seus pares.”

Já em uma escala global, o sentido fundamental desse direito básico projetou-se, com maior impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do *Ancien Régime*.

Registre-se que a presunção de não-culpabilidade é um ideal liberal criado para restringir a atuação do Estado. Aqui, importa refletir, considerando o ordenamento como um conjunto de peças dinâmico, que se integram sem anularem-se, há peças criadas para controlar o uso de outras. Assim comporta-se a presunção de inocência, impedindo que se declare a culpa sem um devido processo; ou, em existindo um processo, impedindo que se aplique uma pena sem a declaração efetiva da culpa.

⁸ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 93 e ss.

⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, pág. 306 e ss. Jellinek apresenta a teoria dos quatro status, segundo a qual todo indivíduo, além de sua esfera privada de atuação, pode fazer parte de uma esfera pública enquanto membro da comunidade política: “nestes quatro status – passivo, negativo, positivo ou ativo – se resumem as condições em que o indivíduo pode parar-se diante o Estado como seu membro.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 3ª ed. Salvador: JusPodivm. 2009, pág. 568.

Séculos depois, pela característica não-estática da consciência social, o ideal liberal de restrição do Estado foi projetado com maior ou menor grau de efeitos nas sociedades que adotaram o pensamento liberal francês.

É certo que esse postulado teve diferentes efeitos nos diversos ordenamentos que o adotaram. Aqui, influi perquirir e confirmar o seguinte: a presunção de inocência parece ter assumido a forma de uma regra apenas informativa na maioria dos sistemas jurídicos de países abalados pelo Autoritarismo, cujo réu era visto como inimigo social.

E não é impossível de se induzir: se a presunção de inocência é maximizado ideologicamente em uma sociedade, então, pode ser gerada a sensação de impunidade. Por outro lado, se é minimizado, surge a sensação de um Estado opressor que não respeita a dignidade humana. Logo, é patente a existência de um conflito ideológico.

Sobre esse conflito, a partir da lição de MÔNICA OVINSKI CAMARGO¹¹, ganha notoriedade a existência de movimentos alternados e extremados na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal.

A primeira foi a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram Francesco Carrara e Giovanni Carmignani, de inspiração iluminista, concentrava-se no entendimento da necessidade de maximização da presunção, de forma a transformá-la em um dogma, “a ponto de ser firmada como ponto de legitimidade de todas as formas processuais” (CAMARGO, 2001).

Essa maximização foi o conseqüente de uma reação doutrinária, dando azo ao surgimento da Escola Positiva, que tinha como principais nomes Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, os quais preconizavam a ideia de que a presunção de inocência inscrita a favor da liberdade do acusado, militaria contra a sociedade. Para os positivistas, acordes com o ideário histórico ao qual pertenciam, os interesses e a proteção social deveriam sobrepor ao indivíduo-réu (CAMARGO, 2001).

Não obstante a isso, o pensamento em reação à Escola Clássica atingiu o seu ápice de aversão à maximização com a Escola Técnico-Jurídica, que teve como adeptos mais conhecidos Arturo Rocco e em Vincenzo Manzini. O ideal dessa escola pretendia o resgate do Direito

¹¹ CAMARGO, Mônica Ovinski. O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar – história da Presunção de Inocência no Brasil (1948-2000). Dissertação de Mestrado (Dissertação em Direito) – UFSC. Florianópolis: 2001, pág. 27 e ss.

Penal como Ciência Jurídica, livre de influências assistencialistas ao réu. Enxergavam os adeptos dessa escola que o direito penal era lógico, sendo suficiente de mecanismos capazes de efetivar o processo.

Os pensadores da Escola Técnico-jurídica foram responsáveis, entre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a crença segundo a qual não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu.

Ao reexaminar-se a obra do próprio VINCENZO MANZINI¹², percebe-se essa posição nitidamente repressiva à presunção de inocência, que repudia a “tutela da inocência” e que vê, nessa garantia de tratamento, algo “absurdamente paradoxal e irracional”¹³.

No Brasil, inicialmente, a concepção sobre a presunção de inocência foi construída nos moldes da Escola Técnico-jurídica italiana (CAMARGO, 2001). Por força disso, tanto a legislação quanto a jurisprudência inclinavam-se ao pensamento extremado de que a presunção de não culpabilidade era apenas um meio informativo, mas não influente na condução do processo ou na formação da sentença.

Neste raciocínio, mesmo que parte do direito brasileiro tenha raízes no direito francês, o qual já reconhecia o valor dessa garantia desde o século XVIII, a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) só foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional, pela primeira vez, na Constituição de 1946 (CAMARGO, 2001), em um período de transição da Era Vargas à Democracia.

E não é só. Tal incorporação ocorreu por influência da adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1, que estabelece: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Contrário senso, o Supremo Tribunal não atendeu à tendência normativa material constante na Declaração de 1948, sobre a ideia da referida presunção. Para o entendimento dominante à época, era legítimo o estabelecimento de restrições legais ao direito do cidadão,

¹² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 253, item n. 40.

¹³ CAMARGO, Mônica Ovinski. *Op. cit.*, pág. 42.

ainda que na ausência de decisão judicial definitiva¹⁴. Como exemplo, o Min. Moreira Alves, no julgamento do RE 86.297/1976¹⁵, lançou interessante voto:

A presunção de inocência é (...) ideia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. Tomada, porém, em seu literal sentido, traduziria, nas expressões vigorosas de Manzini (ob. cit., pág. 227), ideia ‘goffamente paradosale e irrazionale’ (desazadamente paradoxal e irracional). E Manzini, ninguém o nega, foi estrênuo defensor do respeito aos direitos processuais do réu e da dignidade humana. Foi por tomá-la em seu sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alçá-la à magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra ‘n’ do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 5/1970.

Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teria guarida da norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra. Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, sequestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam. Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva?

A discussão sobre o grau de amplitude da presunção majoritariamente se inclinava para a sua minimização. Assim, pode-se concluir que a tradição jurisprudencial brasileira sempre se revelou na tendência da minimização da presunção de inocência.

Com o advento da Constituição Federal Cidadã, a presunção de inocência passou a ser um princípio fundamental, com reflexos importantes na formulação das normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório.

2.2 CAMPO DE ATUAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O campo pelo qual incide a Presunção de Inocência, de acordo com as lições de LUIGI FERRAJOLI, impõe que a acusação tem o ônus de provar a autoria e a materialidade do réu, e a defesa tem o direito de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas¹⁶.

No Brasil, o princípio da não culpabilidade é garantia vinculada constitucionalmente ao trânsito em julgado. Em um rápido raciocínio metódico, temos duas proposições que se

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 586.

¹⁵ RE 86.297, Rel. Min. Thomson Flores, RTJ, 79, n.2, pág. 671.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón - teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997, pág. 152.

justapõem como dependentes entre si: de um lado tem-se uma norma-garantia e de outro tem-se uma norma-mandamental; a primeira é a presunção de inocência e a outra é a culpabilidade processual.

A culpabilidade processual é condicionada diretamente ao afastamento da presunção de inocência. Aqui, aproximando-se cada vez mais a lente do microscópio, a culpabilidade surge gradualmente, e se confirma com a sentença condenatória.

Em um primeiro momento, essa confirmação não é efetiva. Dependerá ela da imutabilidade do trânsito em julgado para ter efetividade. Com esta, a presunção poderá ser afastada com a aplicação da pena.

É certo, por agora, afirmar, que o campo de atuação da Presunção de Inocência é essa determinação constitucional, o próprio processo penal, que não pode estar desprovido de fundamento. A incidência da presunção direciona para um vetor decrescente conforme se comprova a presença de todos os elementos que integram o tríplice conceito de crime, constituindo, dessa forma, um sustentáculo para a teoria geral da prova no processo penal.

Isso nos permite idealizar, logicamente, que o limite para o campo de atuação da presunção de inocência reduz-se conforme o Estado cumpre seu dever de tratamento. Noutras palavras, esse processo de concreção da culpa, e afastamento da presunção de inocência, se dá quando esgotados todos os recursos cabíveis em prol do réu.

Na mesma linha de pensamento, AURY LOPES JR., ao citar JAMES GOLDSCHMIDT, entende que no início do processo, o acusador inicia com uma imensa “carga probatória”, constituída não apenas com o ônus de provar o alegado (autoria de um crime), mas também pela necessidade de derrubar a presunção de inocência instituída pela Constituição¹⁷.

Para chegar à sentença favorável (acolhimento de tese acusatória sustentada), continua aquele autor, o Estado-acusador deve aproveitar as chances do processo (instrução, etc.) para liberar-se dessa carga. À medida que vai demonstrando as afirmações feitas na inicial, ele se libera da carga e, ao mesmo tempo, enfraquece a presunção (inicial) de inocência, até chegar ao ponto de máxima liberação da carga e consequente desconstrução da presunção de inocência com a sentença penal condenatória¹⁸.

¹⁷ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 367.

¹⁸ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 367.

Em suma, a presunção de culpabilidade é o principal fundamento da alocação da carga probatória ao acusador, na regra em que tem o ônus probatório aquele que acusa. Ademais, é verdadeira garantia contramajoritária ao exigir sentença condenatória transitada em julgado. Doravante, passemos a analisar as oscilações do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3 OSCILAÇÕES NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO

Para que a lei não se torne letra morta, a sua aplicação deve ser dinamizada com a realidade pelo tempo de seu vigor. É um trabalho realizado pela interpretação. Quando se trata da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a competência de fazer essa interpretação.

A existência de um Tribunal, que exerça função interpretativa da Carta Política de uma nação, favorece a unificação de uma série de interpretações que se poderia fazer sobre uma única disposição legal aplicada a todos. É lógico deduzir que o propósito do STF é proporcionar uma harmonia de decisões judiciais no Brasil. Mas, assevere-se que essas interpretações possuem fundamentos políticos e não propriamente jurídicos – como em uma expressão algébrica cujas variantes estão sujeitas a uma metódica ordem de valores¹⁹.

Voltando-se à análise da execução provisória, a norma revelada pela interpretação jurisprudencial indica uma alternância de interesses sociais que exigem algum tipo de satisfação com a efetividade do processo penal.

Assim, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 2009, predominava na Suprema Corte o entendimento de que a norma do art. 5º, inc. LVII, não obstava a execução da pena após acórdão condenatório; a execução se dava mesmo com a pendência de julgamento de recursos especial ou extraordinário.

Em fevereiro de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Min. EROS GRAU, esse entendimento foi alterado em favor da interpretação literal do art. 5º, LVII, isto é, passou-se a admitir tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória, com o objetivo de se efetivar as garantias processuais do réu, não obstante, aqui se pode perceber uma maximização da presunção.

Naquele momento, sustentou-se não ser possível antecipar a pena restritiva de direitos por forçar do art. 147 da Lei das Execuções Penais (como a aplicação de multa), então não se pode admitir que a pena restritiva da liberdade o seja. Neste sentido estava o voto de autoria do Min. Eros Grau²⁰:

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 26ª. ed. atual. (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010) – São Paulo: 2011, pág. 459.

²⁰ No mesmo sentido, os HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006

“Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.²¹”

De acordo com o Ministro, a ampla defesa engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, fato que impediria a admissão da culpa de alguém sem o trânsito em julgado (HC 84.078/MG , 2009).

Portanto, assentou-se naquele julgado que a prisão antes da imutabilidade formal da sentença somente pode ser decretada a título cautelar. Neste ínterim, preconizou-se uma interpretação da constituição conforme muitos teóricos do direito penal já defendiam. Sobre essa precedência do entendimento pela maximização da presunção, ROGÉRIO LAURIA TUCCI²² defende: “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva”. Esta foi a orientação que vigorou até o julgamento do HC 126.292/SP.

No entanto, algum tempo depois, em fevereiro de 2016, no HC 126.292, de relatoria do Min. TEORI ZAVASCKI, resgatou-se o tradicional entendimento de que a Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau, independentemente do trânsito em julgado. Mas uma vez veio à lume o caráter político das interpretações lançadas.

Desta vez, se defendeu a ocorrência de uma “mutação constitucional”, isto é, de uma transformação, do sentido e do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, apesar da ausência de modificação do texto da Carta Magna (HC 126.292/SP, 2016). Ao passo, relativizou-se a presunção de não culpabilidade em prol da efetividade do sistema penal.

Em outubro daquele mesmo ano, no julgamento das Medidas Cautelares em Ações Declaratórias de Constitucionais de número 43 e 44 – as quais reconfirmaram o entendimento no julgamento do HC 126.292/SP – o Min. LUIS ROBERTO BARROSO, em seu voto, comentou que tinha havido uma primeira mutação constitucional em 2009, quando a Suprema Corte alterou seu entendimento original. Segundo o Ministro, encaminhou-se, porém, em

²¹ HC 84.078/MG.

²² TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., RT, São Paulo, 2004, p. 281. Do mesmo autor, Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33 (ano 9), págs. 250- 251.

2016, para nova mudança sob o impacto traumático da própria que se criou após a primeira mudança²³.

Aquelas ADC's foram ajuizadas mediante o art. 103 da CF/88²⁴, a ADC nº 43 pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e a ADC nº 44 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). De relatoria do Min. MARCO AURÉLIO; postulavam os requerentes que fosse declarada a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que determina não ser possível a prisão, senão por medida cautelar ou por ordem de autoridade competente, em decorrência condenatória transitada em julgado:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Naquela oportunidade, os requerentes apontaram incongruências relevantes acerca da constitucionalidade do art. 283 do CPP, concebida em razão da decisão proclamada pelo Supremo quando do julgamento do HC 126.292, e, por isso, demandaram pela suspensão da execução provisória cautelarmente.

Um dos argumentos principais dos proponentes da ADC 43/DF foi de que o art. 283 do CPP concretiza a interpretação constitucional dos incisos LVII e LXI do art. 5º, e que já tinha sido confirmada pelo Supremo em 2009. Neste ínterim, sustentaram que se se admite a antecipação da pena, então deve-se afastar a aplicação do referido artigo; mas, em afastando-o, então deveria-se declarar a sua inconstitucionalidade.

Já no processo da ADC 44/DF, arguiu-se que a decisão proferida no HC 126.292, ao permitir que os tribunais executem a pena antes do trânsito em julgado, autoriza o afastamento indiscriminado da aplicação do art. 283 do CPP, sem submeter a questão ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88²⁵) e a Súmula Vinculante nº 10²⁶.

²³ Medidas Cautelares em ADC's (43 e 44), julgamento em 10.10.2016. Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 25.11.2016..

²⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

²⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁶ Súmula Vinculante: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Neste passo, assim como na ADC 43/DF, os requerentes sustentaram que a norma do art. 283 do CPP “reproduz” o que determinam os incs. LVII e LXI da CF/88, de forma que declará-lo inconstitucional implicaria declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária.

Em meio a discussões plausíveis, a cautelar foi indeferida por maioria no Supremo, tendo sido declarada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, assentando que é coerente com a CF/88 a execução antecipada quando houver condenação em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Naquela decisão, o Min. LUIZ EDSON FACHIN indicara que o “*art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral*”. No entanto, os arts. 637 do CPP (confere efeito devolutivo ao recurso extraordinário) c/c os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, “*ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação*”²⁷.

Atente-se que a interpretação dominante do Supremo permite uma significativa conclusão: a minimização é a tendência; e transparece que o Judiciário mantém certos valores que conflitam com a ordem semântica redigida pelo constituinte da Carta Política de 1988.

3.1 ASSIM PROCLAMA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (...) MUTAÇÃO DO INCISO LVII DO ART. 5º!

Em seu voto no julgamento conjunto das Cautelares em ADC’s, o Min. LUÍS ROBERTO BARROSO fundamentou que é legítima a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau, e antes do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, devendo-se conferir interpretação conforme à CF ao art. 283 do CPP, para excluir interpretação diversa²⁸.

Percebe-se, desde logo, que de balde a redação do inc. LVII do art. 5º não tenha mudado, não há solução da problemática que permaneça com o tempo, pois os valores que a socie-

²⁷ Medidas Cautelares em ADC’s (43 e 44), julgamento em 10.10.2016. Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 25.11.2016.

²⁸ Medidas Cautelares em ADC’s (43 e 44), julgamento em 10.10.2016. Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 25.11.2016..

dade elege não são estáticos, mas dinâmicos. Nas palavras do próprio LUÍS ROBERTO BARROSO, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*²⁹

“A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. Na experiência brasileira, é sempre invocada a mutação que no primeiro quarto de século sofreu o instituto *habeas corpus*, que se transmutou de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos.”

Naturalmente, a sensibilidade que permite dizer a mudança da norma do inciso LVII não é unânime, pois, detendo-se às argumentações da Suprema Corte, tem-se, de um lado, uma corrente de magistrados que entendem ser a execução provisória incabível por força da literalidade da norma constitucional.

Esses magistrados inclinam-se a uma imutabilidade da norma que protege o réu. Como exemplo dessa contrariedade jurisprudencial, no julgamento das Cautelares em ADC nº 43, o Min. CELSO DE MELO, em voto contrário ao argumento da mutação constitucional, destacou³⁰:

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

É por isso, Senhora Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado (...).

De outro lado, como já mencionado nas linhas anteriores, tem-se uma corrente de magistrados que defende ser possível a execução provisória, vez que a efetividade do sistema penal é regra dominante. Demais, esse entendimento é tradicional e possui raízes no início do século passado, quando explicitamente o STF adotava os ideais da Escola Técnico-jurídica, no sentido de minimizar a presunção com a antecipação da pena.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010, pág. 137.

³⁰ Medidas Cautelares em ADC’s (43 e 44), julgamento em 10.10.2016. Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 25.11.2016..

Hodiernamente, o fundamento principal dessa corrente é a confirmação em segunda instância da autoria e materialidade do crime. Ou seja, com o acórdão de tribunal, já se tem a necessária sentença condenatória de que trata o inciso LVII.

Segundo aquela corrente, a mutação pela possibilidade da antecipação executória ocorreu mediante a insatisfação com a deficiência do sistema penal. Singrando esses mares, nas lições de BARROSO, as Constituições têm vocação de permanência. Segundo esse autor, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis³¹.

Indica, por conseguinte, que modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais³².

Como a mutação é o objeto da hermenêutica, ou seja, é objeto da interpretação, indica-se no trabalho de BARROSO a existência de duas interpretações, a construtiva e a interpretação evolutiva. A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa³³.

Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. A diferença essencial entre uma e outra está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento³⁴.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Cit. op., pág. 123.

³² BARROSO, Luís Roberto. Cit. op., pág. 123.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Cit. op., pág. 130.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Cit. op., pág. 130.

A mutação constitucional, objeto da interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito³⁵.

Então, a mutação constitucional, defendida na Suprema Corte, ocorreu por meio de interpretação construtiva, pois, é evidente que à época já era regra e tradição a possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Ao passo, não nega-se a mutação constitucional, mas indaga-se: será se tal mutação, pretendida por aqueles que defendem a execução provisória, acompanhou o Constituinte originário de 1988?

Neste sentido, mediante a análise realizada sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o alcance da norma do inciso LVII do art. 5º da CF/88 aparentemente não mudou junto ao seu sentido material, conforme oscilou a jurisprudência.

Noutro ponto, agora sobre a legislação ordinária, considerando-se a relativização tradicional da presunção de inocência, o que se alega por interpretação construtiva, ainda assim há conflitos normativos significativos.

Nesta linha de raciocínio, a Lei de Execução Penal (LEP) impõe, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o trânsito em julgado, *verbis*:

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.

A mesma regra está contida também no art. 147 da LEP, no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Tem-se também a determinação contida no art. 283 do CPP, o qual aparentemente conjuga, de certa forma, a redação do inciso LVII do art. 5º da CF/88: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Cit. op., pág. 130.

competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Obviamente que, pelo já demonstrado, a Suprema Corte induz à interpretação, direta ou indiretamente, que a melhor interpretação do referido artigo advém do seguinte: se são admitidas a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante delito antes do trânsito em julgado, então, pelo que se racionaliza, pode-se admitir uma suposta aplicação da pena, de forma antecipada. Aproximando-se ao fundo da problemática deste trabalho, pode-se evidenciar que há um conflito sutil entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

PAULO BONAVIDES, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, informa que essa linha tênue e harmônica, entre o Legislativo e o Judiciário, se deve ao método de interpretação conforme a Constituição, tendo em vista o modo como ele há sido utilizado por juízes e tribunais constitucionais. Convém, por conseguinte, proceder com cautela, evitando deformações irremediáveis³⁶.

Segundo esse autor, o Tribunal Constitucional de Karlsruhe (Alemanha) tomou perfeita consciência desse grave risco que é a interpretação. De acordo com sua análise sobre extratos jurisprudenciais do Constitucional alemão, o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição. Ademais, conclui, segundo sua análise, que não deve a interpretação servir para alterar conteúdo normativo, pois “isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional” (*Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Beschlusse des Verfassungsgerichtshofes*)³⁷.

3.2 “OU ADMITIMOS QUE SE PRENDA PARA RECORRER OU QUE SE RECORRA PARA NÃO PRENDER”

O motivo dessa condição tem origem na divergência da Suprema Corte, pois, de um lado, com a maioria dos ministros, arguiu-se que a exigência do trânsito em julgado daria ensejo ao descrédito do sistema penal, haja vista o ajuizamento de recursos às Cortes do STJ e do STF, os quais retardam a imutabilidade formal da sentença, fazendo com que um número

³⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. pág. 520.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., pág. 520.

massivo de recursos sejam interpostos como o objetivo de fugir da pena, até o termo do fluxo prescricional.

Doutro lado, com a minoria de ministros, opôs-se redarguindo que a execução penal condenatória não pode ocorrer na pendência de recursos especial e extraordinário, pois a imposição da pena exige a imutabilidade da sentença.

Ora, como em um jogo de forças, o STF reflete implicitamente uma premissa condicional: “ou admitimos a execução provisória da pena, prendendo o réu, mas dando-lhe o direito de eventualmente recorrer contra teratologias, com *Habeas corpus*, recursos especial e extraordinário”, “ou se admite que o réu recorra às Cortes do STJ e do STF em liberdade, emperrando a concretização da coisa julgada, e oportunizando-se a extinção da punibilidade pelo fato prescricional”.

Noutras palavras, “ou admitimos que se prenda para recorrer, ou que se recorra para não prender”. Nesse contexto, como já se disse acima, o posicionamento da Suprema Corte parece não ter caminhado junto da expressa determinação do art. 5º, LVII, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por isso, tais condições carecem de investigação mais profunda sobre a forma como se executa uma pena de prisão no Brasil.

4 REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

PAULO BONAVIDES registra que interpretar, inicialmente, é uma operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica. Pondera que interpretar é estabelecer o conteúdo objetivo de uma norma³⁸.

A interpretação propriamente dita, segundo aquele autor, flui num quadro restrito ou limitado, ou seja, *secundum legem*, de modo que aquilo que não puder ser extraído da lei deve ser considerado como não legislado.

Reconhece que o intérprete tem saltado os limites semânticos da lei, para uma interpretação analógica (*praeter legem*) e livre (*contra legem*)³⁹. Neste sentido, a experiência, principalmente a produzida pelo embate entre objetivistas e subjetivistas, revela que a norma constitucional não se encerra no significado textual, mas reflete uma carga política incontestante⁴⁰.

Em vista disso, a interpretação constitucional se move por dois planos, o jurídico e o político, ambos importantes. Assevere-se, no entanto, que um plano não pode se sobrepor ao outro. Se o plano jurídico se sobrepor, se correria o risco de regresso ao extremo formalismo que deu azo ao pensamento positivista, o qual sucumbiu com o Estado liberal⁴¹.

Ao revés, se o plano político se sobrepor, poder-se-ia estar sacrificando a norma, tornando-a como um receptáculo de variações da vontade, anulando a vantagem estabilizadora contida no formalismo e na rigidez constitucional⁴². Portanto, deve-se preservar o equilíbrio entre o plano jurídico e o político.

Assim, sendo a interpretação do art. 5º, LVII, da CF/88 o cerne deste trabalho, as reflexões constitucionais sobre a execução provisória da pena se darão por meio da investigação dos métodos de interpretação aplicáveis e aplicados quando das oscilações jurisprudenciais do STF.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 26ª. ed. atual. (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010) – São Paulo: 2011, pág. 437.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 437.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 459.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 463.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 462.

4.1 MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Ao longo da história, muitas correntes da Hermenêutica surgiram com o propósito de elucidar o texto constitucional de forma a torná-lo concreto e efetivo. As escolas que se constituíram se reduzem basicamente a duas: a dos objetivistas e as dos subjetivistas.

Os subjetivistas tiveram destaque na sistematização das regras de hermenêutica, sobretudo no século XIX. Abraçados com a tradição romana, dedicavam esforços para definir a vontade do legislador contida na norma. Consideravam o Direito Constitucional um direito político de natureza geral e indeterminada⁴³.

A característica voluntarista é um traço significativo da escola subjetivista no início do século XX, o qual marca uma mudança: passam os subjetivistas a procurar a vontade do juiz e não do legislador⁴⁴. Ao valorizarem a vontade do Estado-juiz, os adeptos dessa escola debilitam as estruturas clássicas do Direito, assentadas na valoração dogmática da lei. As teses fundamentais dessa escola foram acolhidas principalmente na Alemanha pelo nacional-socialismo⁴⁵.

Já os objetivistas, com ativo respaldo também no início do século XX, defendem que a lei é mais sábia que o legislador, e que a vontade deste não é outra coisa senão a lei publicada. A vontade do legislador dessa maneira passa a ter somente função subsidiária, sendo, desta forma, mais progressista⁴⁶.

Reflete o conflito entre essas duas escolas um embate profundo que leva o estudioso à certificação do caráter político da Constituição, de sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social (vontade do legislador ou a vontade da norma). Neste sentido, os métodos criados, tanto pela escola subjetivista quanto pela objetivista, não se excluem, mas podem ser conjugados de forma complementar. No mesmo sentido está DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR⁴⁷:

“Esse sincretismo metodológico, apesar de criticado por alguns, vem recebendo o aplauso da maioria da doutrina, com o fundamento de que, em face na natureza complexa e aberta da interpretação constitucional, todo pluralismo é recomendável na medida em que amplia o horizonte de compreensão do intérprete e lhe facilita no exercício da tarefa de concretizar o direito.”

⁴³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 452.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 453.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 453.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 455.

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 3ª ed. Salvador: JusPodivm. 2009, pág. 212.

Seguindo tais lições, se investigará os Métodos de interpretação constitucional (i) jurídico ou hermenêutico-clássico; (ii) hermenêutico-concretizador; e (iii) normativo-estruturante (método concretista de Friedrich Müller).

O Método jurídico tem por premissa de que a Constituição é uma lei, de modo que, logicamente, a interpretação da Constituição não deixa de ser uma interpretação da lei. Nas palavras de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR⁴⁸:

“Se assim o é, para a interpretação da Constituição deve o intérprete utilizar os elementos tradicionais ou clássicos da hermenêutica jurídica, que remontam à Escola Histórica do Direito de Savigny, de 1840, quais sejam: a) a do elemento gramatical (ou filológico, literal ou textual); b) do elemento histórico; c) do elemento sistemático (ou lógico); d) do elemento teleológico (ou racional) e e) do elemento genérico.”

Nesse tipo de método, o intérprete deverá se limitar a dizer o sentido do texto. Ainda que seja rude e se revele anacrônico, o STF tem se valido algumas vezes desse método, combinando seus elementos: gramatical, histórico, teleológico e genérico⁴⁹.

Doutra banda, o método hermenêutico-concretizador, ou concretista, segundo PAULO BONAVIDES, considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição. De modo que o teor da norma só se completa no ato interpretativo. A concretização, acrescenta o mesmo publicista, pressupõe uma “compreensão” do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a “compreensão prévia” do intérprete ao problema que cuja solução se busca⁵⁰.

Ora, esse método é, sem dúvidas, uma eficiente ferramenta de construção e efetivação do direito constitucional porque parte do princípio de que a norma é construída com base na consciência de fato que tem o intérprete, exigindo deste a facticidade dos seus argumentos lógico-jurídicos.

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 212.

⁴⁹ Agravo Regimental. – A posição sustentada pelo agravante pretende basear-se em interpretação puramente literal, que é a forma mais rudimentar da exegese. Por isso, esta Primeira Turma acolheu, quanto a esse artigo 7º, XXIX, da Constituição, a interpretação lógica que, sem contrapor-se à letra do dispositivo, é a no sentido de que esse texto, com a expressão créditos, abarca os direitos de crédito quaisquer que sejam, não estabelecendo regra alguma sobre se a prescrição alcança apenas as prestações vencidas (prescrição parcial) ou se atinge também o denominado fundo de direito (prescrição total). Agravo a que se nega provimento (STF, AI-AgR 2000733/RS, Primeira Turma, Relator Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 30/09/1997, publicação DJ 14-11-1997 PP-58780).

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 481.

KONRAD HESSE⁵¹, teorizador desse método, parte das mesmas premissas de outro método, o tópico problemático⁵², tomando como ponto de partida o método tópico orientado pelo problema a ser solucionado. Porém, afasta-se da tópica porque a interpretação, para Hesse, está limitada e se inicia pelo texto da norma, superando o problema da indeterminação proposto pelos intérpretes do método tópico-problemático.

Para DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, em virtude do método hermenêutico-concretizador de Hesse, o intérprete, apesar de gozar de certo espaço de conformação ou decisão, não age arbitrariamente, pois o seu trabalho de determinar o próprio conteúdo da norma deve estar vinculado à realidade histórico-concreta do momento e condicionado pela consciência jurídica geral, formada a partir de dados objetivos, como, por exemplo, os valores éticos consagrados pela comunidade e os princípios fundamentais desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência⁵³.

O certo é que, na compreensão, o juiz-intérprete não se vale apenas de sua consciência, mas de uma consciência derivada de um sentimento geral e comum do que é justo e equitativo, com o reconhecimento de todos que, direta ou indiretamente, estão relacionados com ao Direito (senso comum ou compreensão prévia – *Vorverständnis*)⁵⁴.

Ademais, também de inspiração na tópica de Viehweg, temos o Método Normativo-Estruturante, chamado por BONAVIDES⁵⁵ de “a nova hermenêutica constitucional”, teorizado por Friedrich Müller. Por este método, todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade interpretativa transcende o teor da regra constitucional.

⁵¹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pág. 63.

⁵² Theodor Viehweg é o criador desse método. Para Viehweg, a tópica seria uma técnica de pensar o problema, ou seja, uma técnica mental que se orienta para solução de um problema. Esse método parte das seguintes premissas: (i) caráter prático da interpretação, tendo em vista que toda interpretação se destina a solucionar problemas práticos e concretos; (ii) caráter aberto, fragmentário ou indeterminado das normas constitucionais, em razão de sua estrutura normativo-material; (iii) preferências pela discussão do problema em razão da abertura das normas constitucionais que não permitem qualquer operação de subsunção a partir delas próprias. VIEHWEG, Theodor. ‘Tópica e Jurisprudência’. In: coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Vol. I. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: DIN, 1979, pág. 167.

⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 215-216.

⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 215-216.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 498.

BONAVIDES, comentando Müller, assevera que essa transcendência da norma é o diferencial em relação aos processos hermenêuticos tradicionais. É como se a norma estivesse em parte no texto normativo⁵⁶.

Nesta senda, CUNHA JÚNIOR ao dizer sobre esse método, registrou que para Müller, na tarefa de interpretar-concretizar a norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do texto (programa normativo), como os decorrentes da investigação da realidade (domínio normativo)⁵⁷.

Isso porque, partindo do pressuposto de que a norma não se confunde com o texto normativo, afirma Müller que o texto é a ponta do *iceberg*, mas a norma não compreende apenas o texto, pois abrange também um “pedaço da realidade social”, sendo esta talvez a parte mais significativa que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito⁵⁸.

O método de Müller, como se observa, é também concretista. A diferença é que, para ele, a norma a ser concretizada não está inteiramente no texto, pois com este não se identifica. Ela é a confluência entre o texto e a realidade. Daí a razão de que o intérprete deve considerar os dados resultantes do texto e da realidade⁵⁹.

É claro que esses métodos não podem ser usados aleatoriamente; é necessário um sistema de princípios que ordenem a interpretação. Se assim não o fosse, poderíamos vivenciar a aberração de uma interpretação anticonstitucional. Como exemplo, imagine-se o Estado-juiz que revogasse a sua Constituição com suas mudanças jurisprudenciais, de forma a tornar o conceito de dignidade da pessoa humana uma coisa volátil e sem sentido próprio.

GILMAR FERREIRA MENDES indica como princípio de interpretação a “Unidade da Constituição”, o qual determina que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra. Em suas palavras: “(...) dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte”⁶⁰.

Por conseguinte, emerge o princípio da “Máxima Efetividade das Normas Constitucionais”. O próprio MENDES, ao comentar CANOTILHO, afirmou que o princípio da máxi-

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 499.

⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 216.

⁵⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 216.

⁵⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 216.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 106.

ma efetividade repousa na postulação de que deve se dar a norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê⁶¹.

Aponta-se na doutrina, como princípio contido na máxima efetividade, o da Força Normativa da Constituição. O qual impõe que a norma constitucional seja mais afeta aos condicionamentos fáticos do momento, nos dizeres de MENDES, “garantindo-lhe interesse atual, e com isso, obtendo-se ‘máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso’⁶²”.

Como se sabe, é a Constituição o vetor determinante e fundamental da organização política no Estado. Por isso, de acordo com as palavras de CUNHA JÚNIOR⁶³, “o princípio da ‘Conformidade Funcional’ tem por finalidade exatamente impedir que o intérprete-concretizador da Constituição modifique aquele sistema de repartição e divisão das funções constitucionais”. Esse princípio serve para tornar preventivo a ordem organizacional contra eventuais usurpações de funções, como no caso da intervenção de um poder no outro.

Noutro ponto, temos o princípio da “Concordância Prática ou da Harmonização”, que determina ao intérprete a coordenação e harmonização dos bens-jurídicos constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício de uns em relação aos outros. Obviamente, que o fundamento desse princípio é a máxima de que os bens jurídicos constitucionais possuem o mesmo valor, sem haver uma hierarquia entre os mesmos⁶⁴.

Por fim, temos o princípio da Interpretação Conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), que tem previsão expressa na Lei 9.868/99, em seu art. 26, § único, que serve à técnica do controle de constitucionalidade. CUNHA JÚNIOR ensina⁶⁵:

Esse princípio visa prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade que milita em favor das leis, na medida em que impõe, dentre as várias possibilidades de interpretação, aquelas que não contrarie o texto constitucional, mas que procure equacionar a investigação compatibilizando a norma legal com o seu fundamento constitucional. A ideia subjacente ao princípio em comento consiste na conservação da norma legal, que não deve ser declarada inconstitucional, quando, observados os seus fins, ela puder ser interpretada em consonância com a Constituição.

Neste passo, continua esse autor ao dizer que a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existir a possibilidade de várias interpretações, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela e que

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., pág. 108.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., pág. 110.

⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 220.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pág. 1.150.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 220.

devem ser excluídas. É claro que, como observa Canotilho, no caso de resultar da interpretação um sentido unívoco que revele a contradição da lei com a Constituição, impõe-se a sua rejeição por inconstitucionalidade, proibindo-se a sua correção pelos tribunais⁶⁶.

Feitas essas abordagens, as reflexões constitucionais realizadas no próximo tópico terão seu limite conformador nos métodos e nos princípios de interpretação da Carta Política. Contudo, falta uma justificação plausível para, por meio dessas reflexões, enfrentar (no melhor sentido) o posicionamento do Supremo, de forma concreta e sugerir uma conclusão com base no que será levantado. Tal preocupação é justificável, pois, em um país, como o Brasil, que possui um órgão legítimo que interpreta e defende a sua Lei Fundamental, no caso o Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF/88), induz à impraticabilidade de qualquer interpretação que não seja a daquele órgão.

À vista disso, tomou-se a liberdade de justificar as reflexões deste trabalho, que em muito têm o objetivo de questionar e lançar hipóteses, de forma acadêmica, com base em Peter Häberle. Esse autor foi o teorizador do método concretista da Constituição aberta, segundo a qual, identifica-se a problemática de que a interpretação constitucional sempre esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, uma vez que se concentrava na interpretação que os juízes davam à Constituição⁶⁷.

Nesta linha de intelecção, a solução encontrada por aquele publicista, frente à restrição da interpretação constitucional tradicional, foi a democratização da própria hermenêutica, donde há um pluralismo de intérpretes que lançam suas opiniões sobre as várias formas de se concretizar a norma constitucional. Noutras palavras, Peter Häberle defende que deve haver um alargamento da classe de intérpretes em uma sociedade aberta e pluralista, de forma a concretizar eficientemente as normas constitucionais. Esse alargamento, segundo BONAVIDES⁶⁸:

(...) que faz de todos, no pluralismo democrático da sociedade aberta, a um tempo objeto e sujeito da ordem constitucional, se de uma parte se de uma parte representa a verticalidade da reflexão que vai atingir camadas mais profundas não alcançadas pela metodologia clássica, doutra parte pode conduzir, pela sua radicalização, a um considerável afrouxamento da normatividade e juridicidade das Constituições, como tem sido observado e criticado com respeito a todos os métodos tópicos e concretistas.

⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., pág. 220.

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 591.

Assim, para o publicista, a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência da teoria democrática, no âmbito da qual todo cidadão ativo, grupos, opinião pública representam forças produtivas da interpretação, de modo que são intérpretes constitucionais. É claro que, como defende Häberle, sempre subsistirá a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra. A proposta de Häberle é de que interpretação não pode mais ficar contida em um grupo fechado, como no caso da Idade Média, nos tempos da inquisição, cuja verdade pertencia somente a uma casta de clérigos da Igreja Católica.

Nesta senda, as reflexões que se seguem têm no método concretista da Constituição aberta o seu principal respaldo, capaz de justificar o confronto com as ideias levantadas no Supremo sobre a execução provisória da pena. Seguindo-se o passo, o método de interpretação possui importância não só pelo trabalho de revelar a norma conforme limites semânticos, mas, por outro lado, por traduzir o equilíbrio entre os planos político e jurídico, que, em uma aproximação analítica, conduz a uma harmonia entre o Judiciário e o Legislativo.

4.2 REFAZENDO CATEGORICAMENTE O PROBLEMA CARDEAL

Emerge, mais uma vez, a pergunta inicial, agora, melhor reformulada, e com a nitidez pairada nas concepções que se pôde colher, seja nas Declarações sobre Direitos Humanos, seja nas Escolas Italianas. Portanto: Quem tem direito? A integridade do Réu, que possui no dever de tratamento estatal a sua ampla defesa? Ou é a Sociedade, no seu modo vigilante (FOUCAULT, 2002), a qual tem o criminoso como seu inimigo?

Compatibilizar uma provisoriedade à aplicação da pena, como a própria regra da execução adverte, é um trabalho complexo; justificá-la transparece um desequilíbrio entre os planos mencionados (político e jurídico), é por isso que é necessário observar de perto a construção da norma de execução contida no inciso LVII.

4.3 A DILAÇÃO PROCESSUAL COMO JUSTIFICATIVA (IN)DEVIDA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Diante do entendimento atual da Suprema Corte, percebe-se que prevaleceu o direito da sociedade em modo vigilante sobre a presunção de inocência do réu. E isso ocorre por que, no tratamento da sistemática do processo penal, a “preservação” da liberdade do réu condenado em segundo grau impunha à sociedade uma sensação de impunidade, ainda que a possibilidade de liberdade tenha fundamento na espera da formação da coisa julgada.

Cogitou-se não ser justo, nem condizente com a Constituição, o fato de existirem casos em que o réu aguarde em liberdade o julgamento do recurso especial ou extraordinário, impedindo, desta forma, que o trânsito em julgado se concretize.

Como exemplos conhecidos e debatidos quando do julgamento das Cautelares em ADC's 43 e 44, em 2016, no voto do Min. Luís Roberto Barroso⁶⁹:

II.3. O caso Edmundo

19. Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu carro a 120 km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. O processo ainda aguarda julgamento do Plenário. A família das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era um golaço de impunidade.

II.4. O caso Pedro Talvane

20. Suplente de Deputado Federal foi denunciado pela morte da titular do cargo, para tomar-lhe a vaga. A acusação é de que havia contratado pistoleiros que mataram a Deputada, seu marido e outras duas vítimas, no episódio que ficou conhecido como "Chacina da gruta". O fato se passou em 1998. O réu aguardou em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri que, em razão de recursos protelatórios, só ocorreu em 2012, mais de 13 anos depois. Ele foi condenado a 103 anos e 4 meses de reclusão. Somente aí, então, se deu a prisão preventiva do réu. Ele recorreu da decisão e o processo se encontra pendente de recurso especial interposto perante o STJ (REsp 144998/AL). O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e funcionava como estímulo aos comportamentos mais bárbaros, ao primitivismo puro e simples.

(...)

II.5 Caso da Missionária Dorothy Stang

22. A missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang autava em projetos sociais na região de Anapu, no sudoeste do Pará. Foi morta aos 73 anos, em fevereiro de 2005, por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. O júri realizou-se em setembro de 2013, com a condenação de Vitalmiro Bastos de Moura a 30 anos de prisão. Com muitas idas e vindas, passaram-se oito anos até o julgamento de primeiro grau. Vale dizer: se não tivesse sido preso preventivamente, o assassino ainda estaria aguardando em liberdade o trânsito em julgado, que não ocorreu até hoje. Isso não é garantismo. É a desmoralização do país perante a comunidade internacional, que acompanha o caso com interesse.

Ao se perceber as reiteradas palavras denunciadoras do sistema, que funciona mal, disso não se discorda. E que sistema é esse? Certamente que é o Sistema do Processo Penal, especificamente o sistema recursal. Funciona mal por favorecer uma determinada parcela de condenados, em detrimento do prejuízo de outros pobres e desfavorecidos. Funciona mal ao permi-

⁶⁹ Medidas Cautelares em ADC's (43 e 44), julgamento em 10 de outubro de 2016. Voto disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso: 19.12.2016.

tir uma série de contradições, como o corrimento do fluxo prescricional da punição mesmo com pendência de recurso especial ou extraordinário, a falta de sanção em caso de descumprimento de prazos pelo magistrado e outros. Em suma, funciona mal por permitir a dilação processual indevida por parte do réu.

E porque se diz que o sistema permite a dilação processual indevida? Veja-se a questão levantada: após a condenação em segunda instância, o réu não poderá recorrer da sentença objetivando rediscutir as questões de mérito. Mas, poderá interpor Recurso Especial ou Extraordinário objetivando rediscutir a aplicação de lei federal (em caso de REsp), como a aplicação do Código Penal por exemplo, ou, objetivando rediscutir eventual ato judiciário que contrarie a CF/88.

Ao interpor quaisquer dos recursos acima, ambos não possuem efeito suspensivo (somente devolutivo), conforme se extrai do art. 935 do CPC/15. Com o juízo de pré-admissibilidade, realizado no Tribunal *a quo*, se esses recursos forem denegados, caberá Agravo em Recurso Especial ou Agravo em Recurso Extraordinário (art. 1.042 do CPC/15).

Recebido o recurso, o recorrido (o Ministério Público, por exemplo) deverá apresentar contrarrazões no prazo de quinze dias. Após, o recebimento ou não das contrarrazões, o presidente (ou vice-presidente) do tribunal pode negar ou dar seguimento. Se der seguimento, poderá, com base no art. 1.030 do CPC de 2015:

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça

Perceba-se que, em um primeiro momento, haverá um juízo de pré-admissão (art. 1.030 do CPC) realizado pelo Tribunal que decreta o acórdão recorrido (no caso, aquele que condena). Se o recurso Especial/Extraordinário for admitido, então ele será enviado ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal de Justiça.

Quando do envio ao STJ, um Ministro dito Relator o receberá, dando sequência à análise daquele recurso, agora sob um Juízo monocrático. Até aqui, entre o Acórdão que condena e o recebimento do referido recurso, há que se considerar que já se passou um tempo considerável.

Atente-se que o Relator averiguará os requisitos para interposição do Recurso Especial (REsp). Se o admitir, então o recurso será apreciado por uma turma do STJ. Se a turma inadmiti-lo, então será possível a interposição de Embargos de Divergência (art. 1.043 do CPC/15), cabível quando o acórdão de órgão fracionário diverge de julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo: (1) os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito (art. 1.043, I, do CPC/15); ou (2) um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia (art. 1.043, III, do CPC/15).

Já no caso do Recurso Extraordinário (RE), aplica-se o mesmo raciocínio da admissão do REsp, no entanto, é imprescindível que o recorrente demonstre a Repercussão Geral de que trata o art. 102, § 3º, da CF/88. Reconhecida a repercussão geral, o Relator no STF determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, § 5º, da CF/88).

Ao ponto, sobre essa possibilidade de suspensão, pode ocorrer também o fato no qual há uma multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, nesse caso, haverá afetação para julgamento dos referidos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/15).

A afetação só ocorre quando o STJ ou o STF selecionam 02 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais servirão de paradigmas para o restante dos recursos repetitivos. A decisão de afetação determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem e tramitem no território nacional (art. 1.037, II, do CPC/15).

O recurso que tiver a repercussão geral ou que tenha sido afetado deverão ser julgados no prazo de 01 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam o réu preso e os pedidos de *Habeas Corpus* (art. 1.037, § 4º, do CPC/15).

Em grau de complemento à redação do art. 1.037, § 4º, do CPC, o REsp/RE interposto por réu preso terá prevalência sobre os demais feitos do STJ ou do STF. Logo, serão julgados de maneira razoavelmente rápida frente os diversos recursos já ajuizados. Mas, retornando ao

raciocínio supra deste trabalho, entre o acórdão que condena e o julgamento do RE ou REsp há uma série de possibilidades, as quais demandam tempo para processamento.

Credita-se encômios ao CPC de 2015, pois tornou mais complexa a possibilidade de interposição de RE ou de REsp. Tal fato se pode constatar nas alíneas do inciso V do art. 1.030, o qual restringiu as possibilidades de se interpor recursos especial ou extraordinário com intuito prejudicial, vez que tornou mais burocrática a forma de admissibilidade dos referidos recursos:

- a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;
- b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou
- c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

No entanto, é patente que o sistema recursal ainda admite a possibilidade de se adiar a aplicação da pena. Perceba-se que existe uma anomalia no processo penal, isto é, ainda que os recursos Especial e Extraordinário não suspendam o processo, os mesmos podem modificar o processo, suspendê-los em caso de regime de julgamento de recursos repetitivos ou de conhecida repercussão geral, e, ainda por cima, são ditos recursos, os quais conflitam diretamente com a regra prática de aplicação da pena: a necessária imutabilidade da sentença condenatória.

No Código Buzaid (CPC de 73), já existia essa possibilidade de se dilatar o processo para a aplicação da pena. Quando da denegação do RE ou do REsp, o réu poderia interpor Agravo de Instrumento contra a decisão do juízo de pré-admissibilidade (art. 544 do CPC/73). E sendo, mais uma vez, denegado, agora pelo Relator, caberia novo Agravo à Turma do STJ ou do STF (art. 545 do CPC/73), e assim sucessivamente. Portanto, o próprio sistema parece não funcionar bem por opção do próprio legislador, ou, em uma análise mais específica, por que o processo civil regula a interposição dos recursos mencionados de forma indiscriminada.

Quando o legislador determina que o RE e o REsp não têm efeito suspensivo (art. 995 do CPC/15), na verdade, o faz de maneira indiscriminada, igualando o processo penal ao processo civil, o qual, geralmente, em uma ação de obrigação de dar, por exemplo, com a condenação do requerido a aplicação da sentença poderá ser executada sem a necessidade de trânsito em julgado.

É por isso que o legislador indica a não suspensão dos recursos como regra geral. No entanto, essa indiscriminação põe em xeque a regra basilar exposta no art. 5º, LVII, que de-

termina o trânsito em julgado da sentença que condena para a aplicação da pena, vez que o réu será dito culpado efetivamente. A anomalia, mencionada acima, torna os recursos especial e extraordinário flutuantes no processo penal, por que assumem a forma de recursos quando postos à disposição do réu (art. 994 do CPC/15); além do mais, assumem também a forma de manifestações alheias ao próprio processo penal, quando analisados sob o paradigma da execução provisória da pena.

Portanto, não se afirma que o descaso da dilação é um mal aceitável, mas, sobleva-se a lógica processual que paira denunciante à contraditória possibilidade legal da dilação processual. Assim, não é devida a dilação como justificativa da execução provisória da pena, se a própria lei processual civil aparentemente confronta o postulado da presunção de inocência.

O problema imiscui-se com uma maior complexidade quando se contra-argumenta que, desde a condenação do réu em segunda instância e a superveniência de trânsito em julgado, não há nenhum ato capaz de interromper o fluxo prescricional. Pontue-se que aí esta a justificativa, encontrada pelo STF, da execução provisória da pena: não se pode aceitar que o réu recorra diversas vezes até atingir o fluxo prescricional.

Ao passo, identifica-se na jurisprudência do Supremo, sobre a execução provisória da pena (tendo por justificativa a dilação processual indevida), a aplicação de uma interpretação concretista, donde se transcendeu o texto da norma do art. 5º da CF/88, por que se extraiu os fundamentos da observação do trabalho jurídico na práxis (verificação da dilação probatória na prática: caso Edmundo, caso Dorothy Stang e outros).

No entanto, a *práxis* revela também que a dilação probatória indevida existe mesmo antes da mudança da Jurisprudência em 2009. Perceba-se que, em virtude dos argumentos da Corte Suprema, todos os processos ditos “famosos”, por terem a sua prescrição decretada nos autos, tiveram início sob a égide do entendimento tradicional do STF, ou seja, antes do julgamento do HC 84.078/MG, no qual se revisou o entendimento pela inadmissibilidade da execução provisória. Isso implica dizer que os réus desses casos já aguardavam em liberdade, tornando explícito o erro em se dizer que, desde 2009, instalou-se no país um descalabro da impunidade.

Investigados os recursos especial e extraordinário no processo penal, o enfoque é direcionado em uma curva obrigatória para a coisa julgada, a qual deve(ria) ser o pressuposto de aplicação da pena restritiva de liberdade. Torna-se, desta forma, imperioso investiga-la.

4.4 INTERPRETANDO O INCISO LVII DO ART. 5º DA CF/88 PARA SE CHEGAR À COISA JULGADA. A NATUREZA ESPECIAL DO STJ. O CONFLITO ENTRE A NECESSÁRIA COISA JULGADA E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Acentua-se, neste ponto, o alto significado que assume, no sistema normativo brasileiro, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica. Ou, noutras palavras, propiciaria a execução da pena de restrição da liberdade.

Cabe lembrar que não há na Lei processual penal o conceito de coisa julgada, ou melhor, de sentença penal condenatória transitada em julgado. É por isso que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ao analisar a condição jurídica da sentença recorrível, destituída, portanto, da autoridade da coisa julgada, põe em destaque o caráter instável do título sentencial ao dizer que o grau de instabilidade, aqui, é obviamente muito maior: pode ser que o pronunciamento venha a prevalecer em caráter definitivo, se decorrer ‘in albis’ o prazo recursal, ou por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; mas, ‘a priori’, há pelo menos igual possibilidade de que a superveniência de outro pronunciamento, em grau superior, retire ao primeiro toda a aptidão para cristalizar-se em ‘res iudicata’⁷⁰.

Essa exigência de irrecorribilidade atende à própria racionalidade do processo penal, considerado o fundamento que justifica a coisa julgada como um dos valores estruturantes do Estado democrático de direito. Nesta seara, também o Código de Processo Penal Militar, art. 594, ao tratar da execução da sentença condenatória, expressamente determina que “Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver prêso ou vier a ser prêso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena”.

Faz sentido as palavras de RECASÉNS SICHES, quando afirma que “o Direito é algo que os homens fabricam em sua vida, sob o estímulo de umas determinadas necessidades; algo que vive em sua existência com o propósito de satisfazer àquelas necessidades...”⁷¹. Contudo, será se a necessidade por um sistema penal efetivo e justo foi satisfeito com a execução provisória da pena? Entende-se que não.

⁷⁰ MOREIRA, José Carlo Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*”, vol. V/234, item n. 136, 14ª ed., 2008, Forense.

⁷¹ SICHES, Luís Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*, 1ª. ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1970, pág. 16.

Como o Código de Processo Penal não diz expressamente o que é a coisa julgada, presuppõe inafastável para a aplicação da pena, recorre-se à doutrina, nas lições de AURY LOPES JR., para perfilhar o seguinte⁷²:

Na essência, “coisa julgada” significa decisão *imutável e irrevogável*; significa *imutabilidade do mandamento que nasce da sentença*.

Para além disso, é uma garantia individual, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição, estabelecida para assegurar o *nes bis in idem*, ou seja, a garantia de que ninguém será julgado novamente pelo mesmo fato. Também mereceu disciplina na Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 8.4 é categórico: *o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*.

Portanto, a coisa julgada atua em uma dupla dimensão: constitucional (como garantia individual) e processual (preclusão e imutabilidade da decisão). Em qualquer das duas dimensões, no processo penal (eis mais um fundamento da inadequação da teoria geral do processo) a coisa julgada está posta à serviço do réu, ou seja, uma garantia da cidadão submetido ao processo penal.

É a coisa julgada uma construção artificial do Direito, seja por exigência política ou de pacificação social, mas sempre com artifício à serviço do cidadão, evitando que seja novamente processado pelo mesmo fato em outro processo, ou seja, reexaminando no mesmo processo.

Logo, a coisa julgada está a serviço do réu (LOPES Jr., 2015), porque é um escudo contra o duplo julgamento do mesmo fato. Noutras palavras, é uma defesa contra o *nes bis in idem*. Esse termo, “trânsito em julgado”, concretiza o art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, que diz que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Neste passo, afirma EURY LOPES JR.:

A coisa julgada no processo penal é, essencialmente, uma garantia do réu, somente atingindo máxima eficácia na sentença absolutória (ou declaratória de extinção da punibilidade).

Já a sentença condenatória, por ser passível de revisão criminal a qualquer tempo, inclusive após a morte do réu (art. 623 do CPP), jamais produzirá uma plena imutabilidade de seus efeitos.

Quando ocorre somente a coisa julgada formal, diz-se que houve preclusão; já o trânsito em julgado conduz à coisa julgada material, e somente se produz nos julgamentos de mérito. As decisões de natureza processual, como pronúncia, impronúncia ou, dependendo do caso, de rejeição, da denúncia (art. 395 do CPP), por não implicarem análise de mérito, somente conduzem a coisa julgada formal, ou seja, mera preclusão das vias recursais.

Com efeito, a coisa julgada, alvo desta investigação é a material, que advém de sentença condenatória. À vista disso, para os defensores da execução provisória, o fato de se aguardar em liberdade, enquanto pendentes recursos às Cortes do STJ ou do STF, tornaria estes tribunais verdadeiras instâncias de apelação, confrontando, por isso, o duplo grau de jurisdi-

⁷² LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 910.

ção. Essa possibilidade de execução foi reforçada pelo juízo colhido do art. 995 do CPC/15 que diz que os “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

Perceba-se, sob este paradigma, que se está diante de duas forças aparentemente opostas: de um lado temos a necessária coisa julgada para uma execução penal, e do outro temos o limite recursal até a segunda instância. O Min. DIAS TOFFOLI, relator no julgamento das Cautelares em ADC’s 43 e 44, lançou interessante argumento sobre o conflito entre a necessária coisa julgada para execução da pena e o limite imposto pelo duplo grau de jurisdição⁷³:

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao STJ, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação.

Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável –, entendemos ser viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao assim atuar, o Superior funciona como verdadeiro Tribunal de Cassação, apesar de lhe serem vedadas incursões fático-probatórias.

Mesmo em situações mais próximas da tênue linha entre revolvimento do arcabouço fático e revalorativo da prova, o Superior Tribunal tem avançado para fazer cumprir a legislação pertinente, como ocorreu nos casos de desproporcionalidade da penabase.

São muitos os exemplos de pronunciamentos do Superior a revelarem a influência determinante em inúmeras oportunidades, considerado o regime do recurso especial e a interpretação do Direito Penal, sendo equivocado diminuir o papel exercido pelo Tribunal nesse campo.

Tal como se afirma no voto acima, o duplo grau de jurisdição passa a ser alheio ao processo penal, haja vista a possibilidade de se interpor um recurso especial discutindo a aplicabilidade do Código Penal, por exemplo, tendo por objetivo discutir questões de direito. Aqui, ressalte-se que nem sempre é possível distinguir questões de fato das questões de direito; não é à toa que existe a súmula 7 do STJ, que diz: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”; e a súmula 279 do STF que diz: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Caso curioso, demonstrativo dessa natureza especial do STJ em exercer materialmente a função de tribunal de apelação, se deu no exemplo abaixo, no qual se interpôs Recurso Es-

⁷³ Medidas Cautelares em ADC’s (43 e 44), julgamento em 2016. Voto do Min. Dias Toffoli disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso: 19.12.2016.

pecial contra Acórdão que manteve pronúncia por homicídio doloso em um crime de trânsito, enquanto que a tese da defesa é de crime culposo, *verbis*:

ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. DOLO EVENTUAL. *IN DUBIO PRO REO. IN DUBIO PRO SOCIETATE*. DESCABIMENTO.

A Turma proveu o recurso ao entendimento de que inexistente o dolo eventual no acidente causado por motorista que, no estado de embriaguez, dirigia de madrugada seu veículo com excesso de velocidade. Descaracterizado o princípio *in dubio pro societate*. Desclassificada a conduta do réu para a forma culposa, por falta de elemento convincente a caracterizar a prática do homicídio doloso (arts. 18, I e II, e 121, *caput*, do Código Penal c/c art. 302 da Lei n. 9.503/1997). Precedente citado: REsp 765.593/RS, DJ 10.12.2005. (REsp 705.416/SC, Rel. Min. Paulo Medina, j. 23.05.2006)

À vista disso, levando-se em conta o método concretista de interpretação, a práxis no processo penal traz à lume, conforme os argumentos trazidos pelo Min. Dias Toffoli, uma característica do Superior Tribunal de Justiça, a de funcionar como uma espécie de tribunal de apelação na seara penal, influenciando, desse modo, na própria formação da coisa julgada, tendo em vista a possibilidade de desclassificação do crime com a interposição do recurso especial.

Comparando-se as possibilidades interpretativas do art. 5º, LVII, da CF/88, certamente há uma lacuna existente na norma constitucional: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal lacuna emerge quando se flexiona a regra “até o trânsito em julgado” com o tempo processual. Assim, indaga-se: o que existe ou pode existir entre a sentença que condena e o trânsito que a enrijece? Pode ser que a sentença seja reformada, por exemplo.

Por ser a norma de sentido incompleto, a Suprema Corte buscou a outra parte normativa na realidade do sistema penal, tal como se viu acima (*vide* Cap. 3 desta obra). No entanto, essa outra parte possui uma problemática: o tempo que existe desde a decretação da sentença e o trânsito em julgado flui pela vontade do réu ou independentemente das partes?

Afirma-se pela vontade dos réus, pois, mesmo que os recursos especial e extraordinário não possuam efeito suspensivo, ainda assim não se lhes retira a sua característica de estarem à disposição do réu, impedindo a formação da coisa julgada.

Vista deste paradigma, a dilação processual indevida parece ser uma opção aceita pelo próprio Legislador. Portanto, a concretização da execução provisória acaba por criar uma norma dentro do espaço-tempo existente antes do trânsito em julgado. Essa interpretação imiscui de certa forma o Supremo em uma função constitucional devida somente ao Legislador. Neste passo, a concretização da norma deveria preservar o Princípio da Separação dos

Poderes, e não reduzi-lo sob a justificativa de falta de restrição à dilação, quando o próprio sistema a permite. Mas esse problema sobre a dilação é apenas a ponta do *iceberg*, pois o âmago da problemática é a inexistência de tempo máximo para formação da Coisa Julgada. Sublinhe-se que não há nem mesmo lei penal conceituando-a.

É por isso que, diante das circunstâncias trazidas na fundamentação da corrente que defende a execução provisória, o aspecto jurídico é sacrificado ante as solicitações sociais, num Estado que deixa de ser um Estado Democrático para ser um Estado de Justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social. Nas palavras de BONAVIDES, o Direito Constitucional deixa de ser Direito para ser uma Sociologia ou Jurisprudência da Constituição⁷⁴.

4.5 O DIÁLOGO ENTRE O INCISOS LVII E LXXVIII DO ART. 5º DA CF/88

Longe de ser uma interpretação pelo Método Jurídico, cuja literalidade do texto é a regra, pela análise das investigações até o curso atual, confrontando-as com o entendimento da Suprema Corte, pode-se afirmar que a execução provisória da pena é uma construção pautada no método normativo-estruturante, vez que a norma autorizativa que permite a execução antecipada foi moldada com a conjugação de uma realidade denunciada: a desmoralização da justiça brasileira com uma realidade em que o sistema penal é deficitário, permitindo que “determinados réus” abusem do direito de recorrer até atingirem a prescrição do *ius puniendi* estatal.

Perceba-se que a duração de um processo no Brasil supera a razoável duração⁷⁵ ordenada pelo inc. LXXVIII do art. 5º da CF/88. Eis aqui uma grave realidade do sistema processual brasileiro que deve ser relevado na interpretação do inc. LVII, também do mesmo artigo. Na visão de EURY LOPES JR., “é fulminada a presunção de inocência (pelo tempo), pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado”⁷⁶. Não é à toa que BECCARIA, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, afirmava que o processo deve ser conduzido sem protelações⁷⁷.

Neste passo, analisando-se a Constituição, percebe-se em seu inc. LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No entanto, não existe a fixação de pra-

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pág. 477.

⁷⁵ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 73.

⁷⁶ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 75.

⁷⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Prefácio: René Ariel Dotti. Tradução e Notas: Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pág. 59.

zos máximos para duração do processo. Tampouco o fez a legislação ordinária. Portanto, o Sistema brasileiro adotou a chamada Teoria do Não prazo.

Nesta senda assinala EURY LOPES JR.⁷⁸ que o Código de Processo Penal faz referência a diversos limites de duração dos atos, porém são prazos em branco, sem sanção pelo descumprimento. Essa indeterminação se condensa e atinge os variados direitos e garantias que a Constituição assegura, como o princípio da presunção de inocência. O tempo, no que tange à duração razoável, é o verdadeiro senhor da Justiça. Se esta não o obedece, conforme as necessidades e valorações que o homem aspira, então se mostra ineficiente. Na mesma linha, é incontestável a lição de RUI BARBOSA, ao dizer: “a justiça que tarda, falha”.

Não é factível, em uma Democracia, o ato de alocar o peso e a responsabilidade pela sobrecarga do sistema penal aos recorrentes. Não existe prazo máximo para a duração do processo, e também não existe sanção aos órgãos e servidores pela dilação indevida⁷⁹. Asseverese que o CPP prevê vários prazos: (i) rito comum ordinário, audiência de instrução e julgamento, prazo máximo 60 dias; (ii) rito comum sumário, audiência de instrução e julgamento, prazo máximo 30 dias; porém, sem prever sanção pelos seus descumprimentos.

Nesta linha de inteligência, acredita-se que é necessário que haja o diálogo entre os incisos LVII e LXXVIII do art. 5º, de forma que haja prazo razoável para a ocorrência do trânsito em julgado. Assim, se respeitará o princípio da Máxima Efetividade da Constituição; por outro lado, congregar-se à liturgia das garantias constitucionais a possibilidade de antecipação da pena, não somente a presunção de inocência sofre impacto, mas todo o regramento da legislação penal, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sobre a prisão, importante complementar a investigação com algumas considerações sobre a prisão.

FOUCAULT⁸⁰, em sua obra “As verdades e as normas jurídicas”, ao tratar sobre a origem da prisão, faz um levantamento histórico, direcionando a atenção à *lettre-de-cachet*, a qual era uma ordem escrita do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. No mais das vezes, este instrumento era usado para punir. Portanto, podia-se exilar alguém, privá-lo de alguma função, prendê-lo, etc.

⁷⁸ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 77.

⁷⁹ LOPES JR., Eury. Op. cit., pág. 79.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel, 1926-1984. A verdade e as formas jurídicas / Michel Foucault, (tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais), supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes... et. al. J. – Rio de Janeiro : NAU Editora, 2002.

Indivíduos buscando vingança, maridos ultrajados por suas esposas, famílias em conflito, autoridades políticas e religiosas, nas palavras de FOUCAULT⁸¹, “todos pediam ao intendente do rei uma *lettre-de-cachet*; este fazia um inquérito para saber se o pedido era justificado”.

O fato é que, segundo pondera FOUCAULT⁸², no caso da *lettre-de-cachet* ser punitiva, ela tinha como resultado a prisão do indivíduo. É interessante notar que a prisão não era uma pena, no sistema penal dos séculos XVII e XVIII. Aquele autor afirma que, quando a lei punia alguém, a punição era condenação à morte, a ser queimado, a ser esquartejado, a ser marcado, a ser banido, a pagar multa, etc. A prisão não era uma punição, segundo pondera Foucault.

Nesta linha, a prisão, a que vai se tornar a grande punição do século XIX, tem sua origem precisamente nesta prática para-judiciária da *lettre-de-cachet*, utilização do poder real pelo controle espontâneo de grupos. Assim, a pretensão de alguém era dita ao Soberano, que realizava um inquérito. Em geral, o preso ficava retido até nova ordem, e esta só intervinha quando a pessoa que requisitara a *lettre-de-cachet* afirmasse que o réu tinha se corrigido.

Ora, a importância desse relato de Michel Foucault ao tema deste trabalho está assentada em uma pista sutil deixada ao se afirmar a execução provisória da pena: a volatilidade do conceito de prisão. No caso, à época retratada, a prisão não tinha significado de pena, não se confundia com esta. Era, na verdade, um purgatório, donde se esperava o final julgamento.

Perceba-se que o termo “execução provisória da pena” generaliza o conceito de prisão, pois, quase esvazia o seu conceito, visto que, tanto o constituinte (inc. LXI do art. 5º da CF/88) quanto o legislador ordinário (art. 283 do CPP) consideram que ela só será dada em casos excepcionais (prisão preventiva, prisão provisória e prisão em flagrante).

Se se antecipa a prisão provisória da pena, o que será dito quando por meio de recurso especial ou extraordinário se reformar a sentença em benefício do réu? Como se restabelecerá o status ante do réu? Neste cenário, a sensação é de que o conceito prisão foi relativizado sobre a alcunha da efetividade do sistema penal. Ao passo que o direito do réu foi reduzido e consubstanciado em outro, que se caracteriza pelo confinamento nas penitenciárias enquanto se finge que o problema esta sendo resolvido. No entanto, não custa lembrar, não é a execução

⁸¹ FOUCAULT, Michel, 1926-1984. Op. cit., pág. 95.

⁸² FOUCAULT, Michel, 1926-1984. Op. cit., pág. 96.

provisória que tornará o sistema penal mais efetivo, mas, deve ser o gerenciamento do tempo que se gasta para punir ou absolver.

Neste sentido, o processo penal, que tem a missão de equilibrar o interesse público e individual com a figura do agente criminoso, respeitando a integridade e os direitos que lhe são afetos, deve ter um prazo máximo como uma das soluções para combater a dilação processual indevida. Em suma, o resultado dessa conciliação (entre a presunção de inocência e o tempo processual razoável) é, sem dúvidas, obtido pela interpretação normativo-estruturante, que ao invés de se conjugar as normas dos incisos do art. 5º supracitados com a realidade da dilação processual por parte do réu, deve o intérprete conjugá-las com a realidade da demora da justiça causada pela teoria do não prazo.

Assim, deve-se impor uma reordenação racional do sistema recursal mediante projeto de lei (o meio legítimo). Nas palavras de LOPES JR., é a diminuição do tempo burocrático. Não se trata da aceleração utilitarista como tem sido feito, através da mera supressão de atos e atropelos de garantias processuais, como por exemplo, a execução provisória da pena. Certamente que as influências e pressões demandam pela efetividade do processo penal ante a crise instalada nas instituições públicas no Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, deve-se restringir os anseios que tornem o Estado Democrático em um Estado de Justiça, no qual a Carta Política é apenas uma sugestão ao arbítrio do Juiz.

A rigidez do inciso LVII do art. 5º constitucional não pode ser derrotada pela própria negligência do sistema, sob o risco de se tornar as normas penais meras sugestões de conduta. Deve-se, portanto, equilibrar os planos jurídico e político.

CONCLUSÕES

A interpretação constitucional é, sem dúvidas, uma forma de manter a efetividade da lei. Em uma análise kelseniana, a norma do inc. LVII, art. 5º, da Constituição, é uma moldura na qual se admitem ao menos duas possibilidades: a execução provisória da pena e a execução efetiva da pena. Não pode essa norma conduzir a uma só decisão certa. Eis aqui o seu caráter político.

A questão é que por um lado, o ato interpretativo não pode tomar a feição de exclusiva operação intelectual. Por outro, não pode ser político ao extremo, de forma a sepultar o plano jurídico da norma. Em 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, o STF abordou uma interpretação literal do art. 5º, ao inadmitir a execução provisória e sistematizar a regra dessa norma com a literalidade do art. 283 do CPP. Tal interpretação tornou descontínua a tradição jurisprudencial sobre a relativização da presunção de inocência com a execução provisória. Como se destacou ao longo do trabalho, essa tradição brasileira, que admite a execução provisória, advém de inspiração na Escola Técnico-jurídico Italiana, a qual considerava a presunção de inocência como um valor mínimo, que não pode ser fundamental em um processo penal.

A presunção de inocência é um postulado civilizatório, o qual foi estabelecido com o propósito de ordenar a atuação do Estado-acusatório em um processo penal, fazendo com que o réu seja tratado como inocente até a superveniência de sentença condenatória. Em adição à regra básica estabelecida, no Brasil, não é o bastante que se tenha uma condenação; mas, é necessário o trânsito em julgado da sentença que condena. Então a sistemática se torna mais complexa: para que alguém seja punido, a sentença deve ser dita incontestável, imutável, incorrível. Esse tal trânsito em julgado é o transcurso temporal que existe desde a condenação até o seu exaurimento, com a total inércia do condenado.

Doutra banda, os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, realmente. Contudo, impedem a formação da coisa julgada e toda a lógica da sua imutabilidade. A própria indeterminação legal da coisa julgada põe em perigo a ideia da execução provisória da pena. Neste ponto, entende-se também, que é mais do que necessária a coragem do Legislativo para legalizar o conceito de coisa julgada penal, e esta é uma oportunidade de conquistar a confiança do povo nesse Poder, que anda à margem do interesse social no Brasil.

O Judiciário possui, conforme entende-se, importante missão em meio a essa crise de incredulidade instalada nas instituições públicas em geral, quando concretiza por meio do

processo os direitos fundamentais não reconhecidos, ou mesmo, distorcidos pelos Poderes Executivo e Judiciário. Muitas vozes apoiam essa causa; inclusive, nomeando-a de ativismo judicial. Realmente, muito tem contribuído esse movimento ao dar nova roupagem ao magistrado brasileiro, que não é visto como um ser mudo e conformado. Mas, passou-se a admitir a sua figura ativa na concretização dos direitos e garantias que a sociedade elege como fundamentais.

Quando se diz que a interpretação conveniente é a execução provisória, identifica-se a conjugação do método Normativo-estruturante e a própria Tópica de Wiehweg. O primeiro por que a norma foi construída dentro da lacuna existente na norma do art. 5º, LVII, da CF/88, isto é, dentro do espaço entre o acórdão condenatório e a superveniência de trânsito em julgado. Já o segundo, por que enquanto as normas ordinárias (art. 283 do CPP, por exemplo) e a própria letra da lei exigem a culpabilidade confirmada pela coisa julgada, “executar provisoriamente” torna o postulado contido no inc. LVII de caráter fragmentário, que pode ser afastado com a discussão do problema da ineficácia do sistema penal, em razão da abertura das normas penais.

No entanto, defende-se que a interpretação que se deve dar é a da preservação da presunção de inocência mediante um processo razoável e de duração que respeite a dignidade tanto da vítima quanto do próprio réu. Ressalte-se que não se defende a impunidade, mas a preservação do referido postulado acima dentro de um prazo processual dito constitucional. E isso se pode dar com o diálogo entre os incisos LVII e LXXVIII do art. 5º da Carta Magna, por meio de uma interpretação concretista respaldada nos limites semânticos da lei, tal como asseverou Friedrich Müller.

É certo que o entendimento do STF sobre a execução penal adiantada é uma tentativa de reduzir o sentimento de insatisfação que paira por sobre o Direito Penal. Há de se reconhecer, neste ponto, o papel fundamental do Judiciário em implantar a interpretação do ordenamento conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), a qual não pode suplantiar os direitos tutelados por ela, deve, portanto, possibilitar a máxima efetividade, a sua justeza e sua própria força normativa. Assim, a execução provisória da pena não pode prosperar em meio a tamanho e fundamental papel, ainda que sob a roupagem de fruto do ativismo judicial frente à inércia do Legislativo.

Por fim, dado o problema cardeal, lançado, de forma categórica: Quem tem direito? A integridade do Réu, que possui no dever de tratamento estatal a sua ampla defesa? Ou é a So-

cidade, no seu modo vigilante (FOUCAULT, 2002), a qual tem o criminoso como seu inimigo? Sob a perspectiva atual do Supremo Tribunal Federal, é a Sociedade que tem direito em meio ao conflito entre a presunção de inocência e a efetividade do sistema penal brasileiro. Mas, sob a perspectiva do postulado da presunção de inocência, é a integridade do réu que tem o direito; direito a um devido processo legal que comprove a sua culpa por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado. Não fosse isso, volta-se à ideia de encarceramento do século XVII, onde a prisão não era pena, mas medida de contenção, um verdadeiro purgatório, donde se espera, largamente, o juízo do magistrado.

REFERÊNCIAS

- _____. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul Disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em 24/11/2017
- _____. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 24/11/2017.
- _____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 24/11/2017.
- _____. Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Disponível em http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo1/cesdh.html. Acesso em 24/11/2017.
- _____. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 24/11/2017.
- _____. Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>. Acesso em 24/11/2017.
- _____. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.
- _____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 24/11/2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Prefácio: René Ariel Dotti. Tradução e Notas: Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 26ª. ed. atual. (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010) – São Paulo: 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil. Congresso Nacional, Brasília, 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil. Congresso Nacional, Brasília, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Congresso Nacional, Brasília, 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. – A posição sustentada pelo agravante pretende basear-se em interpretação puramente literal, que é a forma mais rudimentar da exegese. Por isso, esta Primeira Turma acolheu, quanto a esse artigo 7º, XXIX, da Constituição, a interpretação lógica que, sem contrapor-se à letra do dispositivo, é a no sentido de que esse texto, com a expressão créditos, abarca os direitos de crédito quaisquer que sejam, não estabelecendo regra alguma sobre se a prescrição alcança apenas as prestações vencidas (prescrição parcial) ou se atinge também o denominado fundo de direito (prescrição total). Agravo a que se nega provimento (STF, AI-AgR 2000733/RS, Primeira Turma, Relator Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 30/09/1997, publicação DJ 14-11-1997 PP-58780).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal segundo a Constituição. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Pedido do requerente pela suspensão da execução provisória mediante acórdão condenatório, como medida cautelar. O tribunal indeferiu por maioria. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Julgamento das cautelares em 10 de outubro de 2016. DJe 134, publicado em 20 de junho de 2017. Decisão disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 10/07/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44. Interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal segundo a Constituição. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Pedido do requerente pela suspensão da execução provisória mediante acórdão condenatório, como medida cautelar. O tribunal indeferiu por maioria. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Julgamento das cautelares em 10 de outubro de 2016. DJe 134, publicado em 20 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Inelegibilidade prevista no art. 1, i, n, da lei complementar n. 5/1970. E válido, por não ser inconstitucional, ainda que em parte, aquele preceito. Exegese dos arts. 151, ii e iv, e 149, par. 2., c, da constituição. II. Recurso extraordinário provido. Votos vencidos. (RE 86297, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1976, DJ 26-11-1976 PP-10206 EMENT VOL-01044-03 PP-00579 RTJ VOL-00079-02 PP-00671).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 22.07.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n.º 10: viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 22.07.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Votos dos Ministros do STF, no julgamento das Medidas Cautelares em ADC's 43 e 44.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso: 19.12.2016.

CAMARGO, Mônica Ovinski. O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar – história da Presunção de Inocência no Brasil (1948-2000). Dissertação de Mestrado (Dissertação em Direito) – UFSC. Florianópolis: 2001.

CANOTILHO, J. J. – 1941 – Direito Constitucional e Teoria da Constituição – 7.ed. Portugal: Edições Almedina.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 3ª ed. Salvador: JusPodivm. 2009.

Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 24/11/2017.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>. Acesso em: 22.07.2016.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón - teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. A verdade e as formas jurídicas / Michel Foucault, (tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais), supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes... et. al. J. – Rio de Janeiro : NAU Editora.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisas. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* / Georg Jellinek : trad. y prólogo de Fernando de los Rios. – México : FCE, 2000.

Disponível em <https://pt.scribd.com/doc/229865307/Jellinek-Georg-Teoria-General-Del-Estado>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal /Aury Lopes Jr. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires.

Medidas Cautelares em ADC's (43 e 44), julgamento em 10.10.2016. Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 25.11.2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlo Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/234, item n. 136, 14^a ed., 2008, Forense.

SICHES, Luís Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*, 1^a. ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1970.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2^a ed., RT, São Paulo, 2004.