

RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ROMANCE EM CADEIA OU UMA QUEBRA DE PARADIGMA CONSTITUCIONAL?

RELATIZATION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE: A ROMANCE IN CHAIN OR A BREAKDOWN OF CONSTITUTIONAL PARADIGM?

**Hamilton da Cunha Iribure
Júnior**

Doutor. Professor da Faculdade de
Direito do Sul de Minas.

Moisés dos Santos Rosa

Mestrando em Direito da Faculdade
do Sul de Minas.

RESUMO

O presente trabalho objetiva estabelecer uma análise crítica sobre a decisão do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal que relativizou o princípio constitucional da presunção de inocência e rompeu com entendimento que se encontrava já sedimentado, desde o ano de 2009. Partindo do posicionamento dos Habeas Corpus de nºs 84.078/SP e 126.292/SP, pretende-se analisar se há algum ponto de integração e uniformidade entre essas duas decisões e se houve, diante do entendimento anterior, alguma guinada interpretativa. A presente reflexão pretende ainda analisar a amplitude do princípio da inocência, notadamente quanto à viabilização da prisão em segunda instância, sob o prisma interpretativo do romance em cadeia, proposto por Ronald Dworkin, assim como busca-se analisar, de forma crítica, se essa decisão foi meramente política ou se há coerência e integridade dentro do sistema.

Palavras-chave: Presunção. Relativização. Integridade. Coerência. Regras. Princípios. Inocência.

ABSTRACT

The present work aims to establish a critical analysis on the problem of relativization of the presumption of innocence in Brazil, analyzing the decision of HC 126.292 by the Federal Supreme Court when it broke with the understanding that it had been settled since the year 2009. Starting from a re-reading of the judged by the Supreme Court on the subject and the prediction contained in the Federal Constitution of the Republic, it is intended to analyze if there is any point of integration and uniformity between these decisions and if there has been some interpretive turn. The present reflection intends to collaborate, albeit modestly, to analyze the interpretive limits in the extraction of the norms contained in the Constitution of the Republic, using as theoretical framework Ronald Dworking's novel chain theory. The central question of this article is why the Supreme Court has adopted casuistic criteria over time on issues that have already been comprehensively addressed within the system? Our hypothesis is that there is no safe hermeneutic criterion adopted, especially given the lack of coherence and integrity of the system. As a result, it was concluded that there was no decision that had a correlation with previous decisions, but rather an absolute interpretive change with previous decisions.

Keywords: Presumption. Relativization. Integrity. Coherence. Rules. Principles. Innocence.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal revisou sua jurisprudência e decidiu quando do julgamento do habeas corpus nº 84.078-7/MG pela impossibilidade da execução provisória da pena, uma vez que, por força da norma contida na Constituição Federal¹, a presunção de inocência vigoraria até o momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se admitindo, assim, a prisão do acusado, salvo se presentes os pressupostos de prisão cautelar.

Recentemente, porém, a mesma Suprema Corte, no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP, rompeu com esse entendimento que já estava sedimentado, desde o ano de 2009, e decidiu que a execução provisória de acórdão prolatado em recurso de apelação, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário, não afrontaria o princípio da presunção de inocência previsto constitucionalmente.

O presente artigo analisa essas duas decisões sob o prisma interpretativo da coerência e da integridade do sistema proposto por Ronald Workin, tendo como parâmetro o romance em cadeia. Para o autor:

o ato de decidir não pode ser visto como a possibilidade de os julgadores escreverem uma série de contos independentes, sem qualquer correlação entre si, mas, ao contrário, antes, devem ter o compromisso com um romance único, cujo enredo se mostre integrado. (DWORKIN, 2007, p.275).

Partindo dos pressupostos utilizados para o julgamento dessas duas decisões, pretende-se analisar se há algum ponto de integração entre elas que permitam considerar a segunda como apenas mais um capítulo decorrente da primeira, ou se houve, ao contrário, uma absoluta ruptura de interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal.

A presente reflexão se utilizou ainda de uma abordagem metodológica analítica, e o raciocínio desenvolvido foi o dedutivo, pois,

no caso, parte-se da premissa constitucional da presunção de inocência para análise das duas decisões em curto espaço de tempo, sempre na ideia doutrinária de coerência e integridade de Ronald Dworkin.

Assim, este trabalho tem por objetivo estabelecer uma análise crítica sobre o problema da relativização da presunção de inocência no Brasil, analisando a decisão mais atual do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, quando rompeu com entendimento que se encontrava já sedimentado, desde o ano de 2009.

Para serem alcançados tais objetivos, partindo das decisões anteriores, pretende-se verificar se há algum ponto de integração entre essas decisões que permitam considerar uma decorrente da outra, ou se houve uma ruptura interpretativa.

Desse modo, espera-se que o presente trabalho possa colaborar, ainda que de modo modesto, para análise e reflexão sobre os limites interpretativos que possam existir na extração das normas contidas na Constituição da República pela Suprema Corte.

2 CADEIA HISTÓRICA

Historicamente, a presunção de inocência, nos moldes embrionários de um Estado democrático de direito, surgiu no iluminismo, traço distintivo das preocupações penais e das mazelas prisionais com que se deparavam os condenados da época, considerados, inclusive, hereges diante daquele modelo estatal.

Desde a época de Beccaria, em sua clássica obra publicada em 1764, já se pontuava a preocupação no processo de expiação das penas sob o enfoque da presunção de inocência. Segundo o Marquês:

um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública, depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida (BECARIA, 2010, p. 35).

Nesse mesmo sentido, Cesare Beccaria qualificou de tirânica a prática de se condenar um acusado sem se ter cumprido uma “carga” de demonstrar com certeza sua culpabilidade,

¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art.5º, inciso LVII, Brasília: Distrito federal. 1988. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18/12/2013.

sustentando que

ainda nos delitos de difícil comprovação, que são recebidos pelos princípios admitem hipóteses tirânicas, as quase evidências, as semi-provas (como se um homem pudesse ser semi-inocente ou semi-culpado, e sendo, ser semi-punível, ou semi-absolvido) (BECARIA, 2010, p.50)

E acrescenta o autor:

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência. (*Ibidem*, p. 50)

O reconhecimento de forma expressa da presunção de inocência se deu na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que registrava que todo homem deveria ser presumidamente inocente até que fosse declarado culpado e, se julgado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário para detê-lo deveria ser severamente reprimido pela lei.

A partir disso, outros diplomas legislativos, inclusive na ordem internacional, incorporaram a presunção de inocência, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.

Por fim, em 1988, foi assegurada em nossa Constituição, no seu art. 5.º, LVII, com status de direito fundamental, o princípio da presunção de inocência, nos termos da Constituição da República de 1988 (CR/88), art. 5º, XVII, que afirma que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, apesar de a Constituição afirmar a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial para que a referida garantia deixe de ser presumida, sempre se questionou a respeito da possibilidade de execução provisória da pena a partir da decisão proferida por um Tribunal em segunda instância, na medida em que os recursos extremos – extraordinário e especial – não

possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP), além de não haver a análise de provas, mas tão somente de legislação constitucional ou infraconstitucional.

É bem verdade que, mesmo com a previsão literal e expressa da presunção de inocência também sob a égide da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia, de alguma forma, se manifestado favorável a execução provisória antes do trânsito em julgado.

No julgamento do HC 68.726/DF, ocorrido em 28.06.91, da relatoria do ministro Néri da Silveira, firmou-se, inicialmente, um entendimento no sentido de que não conflitaria com a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional, a ordem para que se expedisse mandado de prisão do réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirmasse, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores.

Da mesma forma, no julgamento do HC n.º 74.983/DF, de relatoria do ministro Carlos Velloso, ocorrido em 30.06.97, o STF decidiu que, por não terem efeito suspensivo, os recursos especial e extraordinário não impediriam o cumprimento de mandado de prisão.

Nessa mesma trilha, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009, prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da condenação, depois de confirmada a sentença condenatória pelo órgão judiciário de segundo grau, visto que os recursos eventualmente enviados, especial e extraordinário, não eram, à época, dotados de efeito suspensivo, nos termos do art. 27, § 2º, da Lei n.º 8.038/90.

Aliás, com base nesse entendimento, até então predominante, foi editada a Súmula n.º 716, do STF², a qual admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em: 20/12/2018.

imediate de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No entanto, a fundamentação da Suprema Corte estava amparada no sentido de que a execução provisória dos julgados poderia ser realizada porque os recursos aos Tribunais Superiores não eram dotados de efeito suspensivos, todavia, a finalidade era, nessa exceção, completamente diversa.

Era nítido que, embora houvesse a possibilidade do réu poder cumprir provisoriamente a pena, não se ponderava a questão da relativização da presunção de inocência. A Corte Suprema via na execução provisória, antes de tudo, um benefício ao réu, que poderia mesmo que preso, provisoriamente, cumprir a pena antes do trânsito em julgado para progredir de regime.

Da norma em questão não se cogitava a relativização da inocência de uma pessoa com a finalidade de efetiva prisão após o julgamento de segunda instância, e não havia a absurda lógica de que à medida que o processo avançava, a sua culpabilidade aumentava e a inocência era diminuída.

A presunção da inocência, segundo se verificava claramente, era uma condição que não admitia graduação, muito menos qualquer tipo de relativização. Até porque não faz nenhum sentido que haja pessoas mais inocentes ou menos inocentes no âmbito do devido processo legal. A regra sempre foi clara nesse sentido.

Esse entendimento da possibilidade da execução provisória perdurou no Supremo Tribunal Federal até fevereiro de 2009, quando no julgamento do HC n.º 84.078/MG³, da relatoria do ministro Eros Grau. A Suprema Corte reformulou o seu entendimento sob o argumento de que o fato de existir recursos sem efeitos suspensivos (especial e extraordinário) não autorizaria o cumprimento de prisão antes

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078**. Paciente Omar Coelho Vitor. Relator Eros Grau. Minas Gerais, 05 de Fevereiro de 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >. Acesso em: 20/12/2018.

do trânsito em julgado.

Por maioria (07 votos a 04), e nos termos do voto do relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se operasse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implicava em afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da Carta da República.

Estava, portanto, sedimentada a jurisprudência da Suprema Corte com a proibição da execução provisória sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, se alinhando o que preconizava tanto os institutos internacionais⁴ quanto a norma interna prevista na Constituição da República.

Todavia, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, da relatoria do ministro Teori Zavascki, alterou radicalmente a sua jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência, rompendo um sistema progressivo de garantias que ocorria na Carta Constitucional.

Para uns⁵, a decisão do STF representou um grande avanço no combate à impunidade, já para outros⁶, o entendimento da Corte se traduziu em um profundo retrocesso, sendo considerado por alguns ministros do próprio Supremo Tribunal Federal e pela doutrina uma decisão casuística e política.

3 UM ROMANCE CONCATENADO E A FALTA DE COERÊNCIA INTERPRETATIVA

Analisando a decisão da relativização da presunção de inocência sob o prisma interpretativo de Ronald Workin, o ato de decidir não pode ser visto como a possibilidade de os julgadores escreverem uma série de contos independentes, sem qualquer correlação entre si,

⁴ Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.

⁵ Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso.

⁶ Rosa Weber, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski.

mas, ao contrário, devem ter o compromisso com um romance único, cujo enredo se mostra integrado (WORKIN, 2005). Isso significa dizer que as decisões políticas ou judiciais futuras devem respeitar o sistema a que estão inseridas de forma íntegra e coerentemente.

Registre-se que, conforme visto historicamente, de 2009 a 2016, o Supremo Tribunal Federal se manteve fiel ao entendimento esposado no habeas corpus 84.078-7/MG, no sentido de se direcionar na impossibilidade de se falar em execução provisória ou antecipação da pena sem flagrante violação ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, todavia, em fevereiro de 2016, ao julgar o habeas corpus nº 126.292/SP, a corte, também em sessão plenária, rompendo com o antigo entendimento, decidiu que não feriria o princípio da presunção de inocência com a possibilidade de execução provisória da sentença antes do seu trânsito em julgado.

Ronald Dworkin (2007), analisando o direito como interpretação, embora reconheça as peculiaridades dessa área do conhecimento, afirma que a interpretação jurídica não pode ser vista como se fosse uma atividade *sui generis*, devendo ser estudada como uma atividade geral de interpretação.

Dito de outro modo, as relações dilemáticas e conflituosas entre garantias e eficácia no processo penal reclamam uma hermenêutica que, sem a pretensão de definitividade ou de conter a última palavra (Gadamer), busquem o necessário “estranhamento” à luz das ideias de romance em cadeia (Dworkin). Meras razões utilitaristas ou consequencialistas não se sobrepõem a argumentos de princípio, pautados na coerência e na integridade do Direito (Dworkin).

Partindo dessa ideia, o autor sugere um exercício interpretativo do direito fundamentado na literatura, propondo um gênero artificial por ele denominado “romance em cadeia”, no qual um grupo de romancistas escreve um único romance em série, devendo cada romancista dessa cadeia interpretar os capítulos precedentes do romance para que se possa escrever um novo capítulo que vai se acrescentando ao anterior. Os romancistas posteriores

da cadeia hão de adotar esse mesmo procedimento, levando a sério suas responsabilidades de dar continuidade, para que criem em conjunto um único romance, da melhor qualidade possível (DWORKIN, 2007)

Dworkin (2005) observa que a similaridade da atuação judicial no decidir casos difíceis com o estranho exercício literário por ele proposto, com diversos autores, mostra-se mais nítida no sistema da *common law*, na qual inexistente lei ocupando posição central capaz de orientar o percurso decisório, fazendo com que os fundamentos da decisão judicial sejam buscados em regras ou princípios subordinados nas decisões pretéritas de outros juízes sobre questões semelhantes.

Nesse contexto, cada juiz assume a posição de um romancista na corrente, devendo ler tudo o que já foi escrito por outros juízes, no passado, para que possa se chegar a uma opinião sobre a obra coletiva desses mesmos juízes.

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção (DWORKIN, 2005, p.238)

Dworkin não pretendia considerar como inaplicável a sua ideia interpretativa ao sistema da *civil law*, como é o caso brasileiro, possuidor ainda de uma Constituição classificada como analítica. Ao contrário, no sistema jurídico brasileiro, o desenrolar do romance em cadeia é uma tarefa mais complexa pelo simples fato de existir um texto legal a definir o roteiro do romance.

Analisado sob o prisma da *civil law*, o romancista primeiro é sempre o constituinte que abre as páginas de um novo romance, escrevendo seu capítulo inaugural, no que será seguido pelos intérpretes da Constituição, dentre os quais se encontram, por óbvio, a função do Poder Judiciário.

Dworkin (2005) observa ainda que a tarefa de interpretar não se confunde com a tarefa de inventar. O autor esclarece que não

pretende, de modo algum, com essa afirmação, fazer crer que todo o significado de um texto se encontra “simplesmente ali”.

Contudo, enfatiza que o que distingue a interpretação da criação é que naquela o texto interpretado exerce alguma restrição sobre o resultado da interpretação, o que inexistente na criação (DWORKIN, 2005).

Não existe, desse modo, a possibilidade de que os romancistas leiam a interpretação correta de maneira mecânica, como se todo o sentido do texto se encontrasse nele próprio. Todavia, é preciso que se tenha como ponto de partida interpretativo o fato de que, à exceção do primeiro romancista (que no caso brasileiro é o Constituinte originário), todos os demais devem ter consciência de que interpretar corretamente o texto não se confunde com iniciar um novo romance deles próprios. (DWORKIN, 2005)⁷. Nas palavras de Dworkin (2005, p.240) “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra não inventar uma história melhor.”

A ideia do “romance em cadeia” associada à coerência narrativa brota como elemento fundamental da *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade*, inserindo o intérprete na cadeia da interpretação em prol do reconhecimento da história institucional do Direito, a partir das dimensões do ajuste e da finalidade, além do limite interpretativo decorrente da concepção da integridade do Direito. Isso implica em rejeitar apreciações pautadas no subjetivismo decisório, à luz de um dever de responsabilidade política (Dworkin). Cada juiz é como um

[...] romancista na corrente. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve se considerar como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2001, p. 236).

Nesse contexto, qualquer dos sistemas utilizados (*common law* ou *civil law*) em que

se analise a decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292 verifica-se que houve uma ruptura total do entendimento adotado anteriormente no habeas nº 84.078-7/MG, julgado em 5 de fevereiro de 2009, quando ficou assentado que somente para a conveniência dos juízes e não do processo penal se poderia admitir a antecipação da execução penal, mas mais do que isso, verificou-se a falta de comprometimento do Poder Judiciário ao afrontar o texto literal da Constituição Federal.

Partindo da premissa de que a Constituição assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como que a execução de uma pena somente pode ser legitimamente imposta a quem é tido como culpado, não há como negar a ruptura da nova interpretação exarada pelo Supremo Tribunal Federal com o romance pelo Constituinte no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

O texto interpretado deve impor limites ao resultado da interpretação, o que, evidentemente, com o devido respeito às opiniões contrárias, inexistiu quando do julgamento do habeas corpus nº 126292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, por melhores que seja os argumentos a favor desta decisão. É preciso que no processo hermenêutico o texto seja levado a sério (STRECK, 2014).

Observa-se ainda que nas duas decisões analisadas pela Suprema Corte, enquanto no Habeas corpus nº 84.078-7/MG, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se contrário à possibilidade da execução provisória da pena por entender que não poderia haver um esvaziamento progressivo da presunção de inocência, na medida em que vão se sucedendo os graus de jurisdição, devendo tal presunção só succumbir em face do preconizado no texto com Constitucional com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já o Ministro Luis Roberto Barroso, ao discorrer, nos autos do habeas corpus nº 126.292, sobre a necessidade de ponderação e sua efetiva concretização, asseverou não existir dúvida de que o peso do princípio da presunção de inocência torna-se “gradativamente menor na medida em que o processo avança,

⁷ A ideia ilustrada se encontra em notas de rodapé.

em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem”. Percebe-se que a contrariedade é manifesta entre os dois entendimentos num espaço de sete anos.

Ao se verificar que o princípio da presunção de inocência é a baliza mestra da aplicação do direito de punir do Estado, sob uma ótica estritamente constitucional e garantista, conclui-se que esse atual entendimento afrontou a literalidade do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, pois, da leitura do aludido enunciado normativo, extrai-se, claramente e sem maiores elucubrações, que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado de édito penal condenatório.

Assim, ao tentar reescrever o postulado constitucional da presunção de inocência, a Corte Suprema se sub-rogou no papel do legislador constituinte, e mais, rompeu a integridade do sistema até então vigente, e sob a perspectiva “dworkiana” não foi coerente com as decisões anteriormente proferidas e já pacificadas.

Além disso, sob a perspectiva do acusado presumidamente inocente, será difícil explicar como no voto do Ministro Luis Roberto Barroso uma pessoa acusada de um crime é menos ou mais inocente a medida que seu processo avance.

Em seu voto, há um argumento que evidentemente ilustra a relativização de princípios fundamentais e indica um alto grau de seletividade em ponderar, pois, ao analisar a questão da possibilidade de cumprimento da pena em segunda instância, ainda que pendente julgamento pelas instâncias especial e extraordinária, vislumbrou-se que a medida que a pretensão acusatória fosse avançando e tivesse êxito, o princípio da presunção em relação ao acusado fosse perdendo seu peso em relação a outros bens jurídicos fundamentais tutelados.

Cabe aqui ainda mais uma ressalva. Por esse raciocínio da diminuição gradativa da inocência de alguém, é preciso verificar também que por uma questão de lógica e de coerência, o contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição por essa decisão, também não o são?

Poderia ser aventado que, em 2009, ao julgar o habeas corpus nº 84.078-7/MG, teria o

Supremo Tribunal Federal também provocado um desencadeamento do romance que vinha sendo escrito ao mudar o entendimento que se encontrava sedimentado na Corte até então, no sentido de ser admissível a execução provisória da pena, ainda que pendentes de julgamento recurso especial ou extraordinário.

Há que se observarem dois fundamentos: o primeiro, dogmático, no sentido de que conforme já dito, embora houvesse a possibilidade do réu poder cumprir provisoriamente a pena, não se ponderava a questão da relativização da presunção de inocência.

A Corte Suprema sempre viu naquela decisão do permissivo da execução provisória, antes de tudo, um benefício ao réu que poderia mesmo que preso provisoriamente, cumprir a pena antes do trânsito em julgado, para progredir de regime.

E o segundo que, teoricamente, naquela ocasião, não houve uma ruptura, mas uma adequação dos rumos do romance de Ronald Dworkin ao capítulo precedente escrito pelo romancista primeiro, o constituinte, já que o enredo que vinha sendo desenvolvido em inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal não se mostrava adequado à ideia original do romance, prevista no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, tal como observado pelo Ministro Eros Graus, relator do habeas corpus nº 84.078-7/MG.

Registre-se que adequar a ideia principal, permitindo que o enredo fique a ela subordinado, é muito diferente de iniciar-se uma nova história. Ademais, o Brasil é um Estado Democrático de Direito e como tal somente se legitima quando reconhece direitos às pessoas, dentre os quais o direito de ser reconhecido como inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (DEZEN, 2008).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas democracias, os principais limites ao poder são os direitos e garantias fundamentais. Cada vez que um limite é afastado, cada vez que um direito ou uma garantia funda-

mental é relativizado, o Estado caminha em direção ao autoritarismo.

Os motivos expostos pelos defensores da relativização da presunção de inocência não são novos. Aliás, em todo momento autoritário, essa linha argumentativa se faz presente. Basta lembrar dos argumentos contrários à presunção de inocência presentes na obra de Vincenzo Manzini, principal teórico do Codice Rocco, marco legislativo do fascismo clássico italiano.

No fascismo clássico Italiano e no sistema de justiça penal nazista, a presunção de inocência foi excluída ou relativizada. Aliás, a expressão “presunção de não culpabilidade”, utilizada ainda hoje por parcela da doutrina brasileira, surgiu e foi defendida por teóricos ligados ao fascismo italiano como forma de enfraquecer, no plano linguístico, a garantia do estado de inocência.

Note-se que, ao contrário do que pretendem alguns dos defensores da relativização da presunção de inocência, não é possível ponderar, de um lado, o interesse abstrato à segurança pública ou o “interesse de coletividade”, e, de outro, o interesse concreto relativo à liberdade de um indivíduo, isso porque, como demonstrou Ronald Dworkin, não é legítimo o sopesamento de interesses de densidade distinta, sob pena de se tornar possível a violação de qualquer interesse individual mediante a desculpa retórica de se estar protegendo “o interesse público”, a “segurança de todos” ou mesmo “combatendo a corrupção”.

Aliás, essa ponderação entre interesses de densidades distintas era normal na Alemanha nazista, onde os discursos de “proteção dos valores do povo alemão” ou “combate à corrupção” foram utilizados para aniquilar os direitos individuais de parcela da população. (historiador Robert Gelatelly em seu livro *Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista*.)

No Brasil, a importância da Constituição, dos limites impostos pelos direitos fundamentais e do caráter contra-majoritário do Poder Judiciário não integram a compreensão do cidadão. A falta de uma cultura, materialmente democrática, faz com que os direitos fundamentais sejam percebidos como obstá-

culos à eficiência repressiva do Estado.

Realizadas essas considerações, é possível concluir que as decisões proferidas nos autos dos habeas corpus n.º 84.078-7/MG e 126.292/SP não passam pelo crivo interpretativo do romance em cadeia proposto por Ronald Dworkin, uma vez que, neste último julgado, o Supremo Tribunal Federal deu início a uma nova história sem qualquer correspondência ou correlação com o entendimento anterior adotado e, mais do que isso, sem qualquer correspondência, também, com o capítulo inaugural do romance, qual seja, o art. 5º, inciso LVII da Constituição da República.

Impossível admitir-se à luz da atual ordem constitucional brasileira a viabilidade da execução provisória da pena, vale dizer, o início do cumprimento da pena antes que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, execução esta que, justamente por ser provisória, mostra-se incompatível com a exigência constitucional da imutabilidade do julgado pena condenatório para que a presunção de inocência deixe de existir.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus n.º 126.292/SP, promoveu um desencadeamento total do romance iniciado em 1988 pelo constituinte originário, eis que a decisão tomada em 2009 estava no rumo certo do romance original na Carta da República.

Sendo assim, decidiu de maneira contrária ao princípio da presunção de inocência e houve um retrocesso injustificável numa garantia constitucional prevista que não contém relativização, ou seja, o Pretório Excelso interpretou de forma casuística a questão, gerando uma enorme insegurança jurídica.

A questão é tormentosa, recorrente e, sem sombra de dúvidas, vem trazendo impactos na seara econômica, política e principalmente na execução da pena.

Por ora, fácil concluir que a decisão tomada em relação ao princípio da presunção de inocência foi nitidamente casuística e causa grande preocupação a postura da Suprema Corte em relativizar garantias tão caras da nossa constituição.

No Brasil, os princípios fundamentais na

ordem constitucional, ultimamente, são vistos sob a ótica política e podem ser suprimidos na calada da noite. Não há respeito ao sistema, não há respeito aos fundamentos da República Federativa do Brasil, pois a estrutura lógica dos julgamentos realizados pela Suprema Corte leva em conta o momento político vigente.

Analisando as hipóteses apresentadas, chega-se à conclusão de que não há no direito brasileiro uma espinha dorsal ou um norte seguro, coerente e íntegro a ser seguido, eis que a própria Constituição não tem servido de parâmetro para as questões essenciais garantidoras de toda a sociedade.

Ainda que alguns entendam que essa nova orientação do STF, guardião da nossa Constituição, constitua um avanço no combate à impunidade e sirva como instrumento para a redução da criminalidade, percebe-se que a modificação do paradigma até então prevalente constitui um verdadeiro ataque à garantia fundamental da presunção de inocência, sendo, assim, um retrocesso lamentável no sistema jurídico brasileiro.

De fato, o texto constitucional é claro no sentido de que a sentença condenatória só pode ser executada depois do seu trânsito em julgado, ou seja, quando não exista mais possibilidade de recurso.

Assim, se há recurso pendente de julgamento, a decisão, ainda que confirmada em segunda instância, não transitou em julgado e, portanto, não há possibilidade de punição do autor de um fato criminoso, que ainda deve ser presumido inocente.

A referida mudança de entendimento se trata de verdadeiro “malabarismo hermenêutico” do Supremo Tribunal Federal que, lamentavelmente, parece ter deixado de lado a defesa da Constituição Federal da República de 1988 e do Estado Democrático de Direito para atender os conclames das ruas, proferindo decisões com nítido fundamento político e casuístico.

Claramente, trata-se de um retumbante erro histórico do Supremo Tribunal Federal cujos impactos poderão ser severos (o aumento da população carcerária fatalmente será um deles) e, portanto, como sugerido por Alexandre Moraes da Rosa (2016, p. 28):

[...] nós devemos guardar os nomes daqueles que fizeram essa revisão para que a história possa um dia julgá-los como sujeitos que inverteram a lógica de uma democracia construída com ferro e fogo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATIENZA, M. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078-7**. Paciente Omar Coelho Vitor. Relator Eros Grau. Minas Gerais, 05 de Fevereiro de 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >. Acesso em: 20/12/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal Pleno. **Habeas Corpus 126.292**. Paciente Marcio Rodrigues Dantas. Relator Teori Zavascki. São Paulo, 17 de Fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >. Acesso em: 20/12/2018.

DEZEN, G. M. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 70, p. 269-290, n. 208, jan./fev. 2008.

DWORKIN, R. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte americana. Martins Fontes. São Paulo. 2006.

_____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, H. G. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

GRAU, E. R. **La doble desestructuración y la interpretación de derecho**. Barcelona: Librería Bosh, 1998.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS DA ROSA, A. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2 ed. Empório do Direito, 2016.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Verdade e consenso**: constituição e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2009.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.