



UniCEUB – Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Direito

**FRANCISCO GUILHERME MEDEIROS DIAS**

**OS LIMITES SEMÂNTICOS DO ARTIGO 5º, LVII, DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP**

**Brasília  
2017**

**Francisco Guilherme Medeiros Dias**

**OS LIMITES SEMÂNTICOS DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL: O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP**

Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB,  
como requisito para obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.  
Professor Orientador: Dr. Henrique  
Smidt Simon

**Brasília  
2017**



UniCEUB – Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Direito

**Francisco Guilherme Medeiros Dias**

**OS LIMITES SEMÂNTICOS DO ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL: O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP**

Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB,  
como requisito parcial para obtenção  
do Título de Bacharel em Direito.  
Professor Orientador: Dr. Henrique  
Smidt Simon.

Brasília, \_\_\_\_\_ de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Dr. Henrique Smidt Simon – Orientador

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

*Aos meus avós, Joaquim e Armanda, sem os quais eu nada seria, por todo amor, ajuda e dedicação que foram fundamentais para minha formação como ser humano.*

*Aos meus pais, Kelen e Rivelino, aos meus tios, Sheyla e José Carlos, pelo apoio e pelo incentivo em buscar meus objetivos.*

## AGRADECIMENTOS

O trabalho aqui elaborado é fruto de uma reflexão que ocorreu na aula de Direito Constitucional, no 4º semestre, em que se discutia sobre os limites da interpretação. Muitos foram aqueles que ajudaram e colaboraram com o debate. Assim, sob pena de deixar alguém de fora, é preciso nomear os que sem dúvida me ajudaram na elaboração dessa pesquisa.

Agradeço ao professor doutor Henrique Simon, pela orientação, paciência e pelo direcionamento que me fizeram chegar a uma conclusão plausível e sensata, sem a qual eu não conseguiria sozinho.

Aos meus amigos, Aline Carvalho, Felipe André, Henrique Barros, Núbia Gardênia, Greziele Santana, que muito se fizeram presente na minha vida, durante a graduação, e que contribuíram de maneira crítica e com ponderações pertinentes a problemática envolvida.

Por fim, agradeço a Cristian Tota, pela paciência, pelo apoio de sempre, e pela disposição em discutir várias vezes sobre a matéria, o que possibilitou ver o tema por outros ângulos.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo indagar sobre os limites semânticos da interpretação em face da norma contida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. A discussão é pertinente, pois, recentemente, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento sobre o cumprimento provisório da pena a partir da decisão da segunda instância. Para tanto, considerou-se que a norma constitucional tem preceitos que a encaixam como princípio e aplicou a ponderação para resolver a coalisão existente. Não obstante tal entendimento, demonstrou-se na pesquisa estabelecer se tal norma permite essa compreensão. A partir daí a análise é iniciada sobre os argumentos exarados pelos Ministros da Corte Suprema no Habeas Corpus 126.292/SP. Após, servindo como amplo embasamento teórico, falou-se sobre a temática que versa sobre hermenêutica constitucional, tradicional e contemporânea, e da diferenciação entre princípios e regras que compunham os direitos fundamentais, sobre a perspectiva da teoria de Robert Alexy. Afinal, a partir de tais conceitos, é possível aplicar um modelo de interpretação satisfatório em que o hermeneuta saiba os limites do seu processo em atribuir sentido a palavras que o texto oferece, sem com isso suplantar o seu papel decisório na análise das circunstâncias do caso concreto.

**Palavras chaves:** limites da interpretação, regras e princípios, direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The present work has as objective to inquire about the semantic limits of the interpretation in face of the norm contained in art. 5º, subsection LVII, of the Federal Constitution. The discussion is pertinent, as recently, in February 2016, the Federal Supreme Court changed the understanding on the provisional fulfillment of the sentence from the decision of the second court instance. For that, it was considered that the constitutional norm has precepts that fit it as principle and applied to solve the existing norm. Notwithstanding such an understanding, the present research has been produced to establish whether such a standard permits such an understanding. From there, the analysis is initiated on the arguments presented by the Ministers of the Supreme Court in Habeas Corpus 126,292/SP. Afterwards, as a broad theoretical basis, the topic of traditional and contemporary constitutional hermeneutics was discussed, as well as the differentiation between principles and rules that constituted fundamental rights, from the perspective of Robert Alexy's theory. From these concepts, been possible to apply a satisfactory interpretation model in which the hermeneut knows the limits of its process in assigning meaning to words that the text offers, without thereby supplanting its decision-making role in the analysis of the circumstances of the case concrete.

**Key words:** limits of interpretation, rules and principles, fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O REGRESSO DO PARADIGMA: O JULGAMENTO DO HC 126.292 E A VOTAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>12</b>
2.1 Votos Favoráveis.....	14
2.1.1 Ministro Teori Zavascki (Relator).....	14
2.1.2 Ministro Edson Fachin .....	18
2.1.3 Ministro Luís Roberto Barroso .....	20
2.1.4 Ministro Luiz Fux .....	21
2.1.5 Ministra Carmem Lúcia.....	22
2.1.6 Ministro Gilmar Mendes.....	23
2.2 Votos Contrários.....	25
2.2.1 Ministra Rosa Weber .....	25
2.2.2 Ministro Marco Aurélio.....	26
2.2.3 Ministro Celso de Melo .....	27
2.2.4 Ministro Ricardo Lewandowski .....	29
<b>3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>31</b>
3.1 Elementos Tradicionais de Interpretação Jurídica.....	32
3.1.1 Interpretação Gramatical, Literal ou Semântica.....	32
3.1.2 Interpretação Histórica, Sistêmica e Teleológica.....	33
3.2 A Nova Interpretação Constitucional .....	36
3.2.1 Regras e Princípios .....	37
3.2.2 Conflito entre Regras e Colisão entre Princípios .....	39
3.3 Interpretação Extensiva e Restritiva dos Direitos Fundamentais.....	42
<b>4 REGRAS E PRINCÍPIOS NO HC 126. 292 .....</b>	<b>45</b>



4.1 Limites Semânticos e a Norma do Art. 5º, LVII, da Constituição Federal...	48
4.2 A Ponderação de Princípios Frente à Regra do Trânsito em Julgado.....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	58
<b>ANEXO</b> .....	60

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 5<sup>a</sup>, LVII, da Constituição Federal proclama que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o que alguns nomeiam como o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade e está contido no rol que elenca os Direitos e Garantias Fundamentais.

Em 17 de fevereiro de 2016, data em que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus 126.292, voltou à tona a discussão à cerca do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Afinal, a norma constitucional do art. 5<sup>o</sup>, LVII, impede a execução provisória da pena?

Até então a jurisprudência da Suprema Corte interpretou a norma constitucional de duas maneiras: da promulgação da Constituição em 1988 até 2009 o entendimento era que mesmo na pendência de recurso especial e recurso extraordinário, o cumprimento imediato da pena, após a confirmação pelo Tribunal de Justiça, seria possível o início da execução, pois os recursos não possuíam efeito suspensivo. Assim, os mesmos não se prestavam a rediscutir matéria de fatos e provas nos autos, portanto, a rever condenações.

Em 05 de fevereiro de 2009 houve alteração substancial no entendimento que vinha sendo mantido, e então decidiu o STF, por 7 votos a 4, que o texto contido no referido dispositivo impedia que sem decisão definitiva o réu pudesse começar a cumprir pena, e que dessa forma estaria garantido os postulados da ampla defesa e do princípio ora explicitado pela Constituição Federal.

Novamente, em fevereiro de 2016, votaram a maioria dos ministros no sentido de que não há proibição constitucional no cumprimento provisório da pena a partir da decisão de segunda instância. Retomou, portanto, o entendimento prevalecente até 2009.

A questão de relevo a ser aqui examinada é de suma importância, uma vez que lida com hermenêutica constitucional. Afinal, em tão pouco tempo o Supremo Tribunal Federal interpretou a mesma norma constitucional de dois modos

completamente opostos, sem haver qualquer alteração na literalidade do texto. Isso nos leva a reflexão de qual seriam os limites semânticos estabelecidos no art. 5º, LVII, da Constituição Federal em face da interpretação deste dispositivo.

Ademais, o ponto de partida do trabalho de pesquisa foi a decisão mais recente sobre o tema, qual seja, o Habeas Corpus 126.292, responsável pela mudança atual do paradigma. Em um primeiro momento analisou-se os votos contrários e favoráveis que levaram à relativização da presunção de inocência, com os destaques pertinentes à questão.

No segundo momento, o foco se localiza no tema de hermenêutica constitucional, com a explicitação das teorias tradicionais e contemporâneas até então presentes na prática jurídico-constitucional brasileira, e que serviram como denso embasamento teórico para a discussão da problemática envolvida.

Ao final, com objetivo de correlacionar os assuntos até então expostos, tratou-se da possibilidade jurídica da relativização da presunção de inocência sobre o enfoque da distinção entre princípios e regras constitucionais, da coisa julgada e da limitação semântica do dispositivo constitucional, com a consequente conclusão.

## 2 O REGRESSO DO PARADIGMA: O JULGAMENTO DO HC 126.292 E A VOTAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, julgou o HC 126.292/SP, contra ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que a celeuma versava sobre a legitimidade para o início da execução da pena após a confirmação de sentença em segunda instância.<sup>1</sup>

Por maioria de votos, 7 favoráveis e 4 contrários, o plenário mudou a jurisprudência, amplamente assentada, para afirmar que sim, é possível a execução provisória da pena depois da decisão condenatória confirmada pelo Tribunal, em que pese a existência de recursos em instâncias extraordinárias.

Contudo, antes de levar ao plenário, o relator do caso, o Min. Teori Zavaski, deferiu liminar para suspender a prisão conforme tinha decretado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Para tanto, ressaltou o relator:

Vê-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJE de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso.<sup>2</sup>

Ocorre que naquele momento, o Min. Teori Zavaski decidiu conforme

---

<sup>1</sup> Conforme o relatório descrito no HC 126.292/SP, consta nos autos que, no caso *concreto*, “(a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar”.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavaski. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

a tese pacificada em 2009, no HC 84.078, de relatoria do Min. Eros Grau (então aposentado), no sentido de que a prisão só é permitida pelo ordenamento jurídico em seu aspecto cautelar, com base no disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, que consubstancia as hipóteses de prisão preventiva, sem que isso ceifasse o princípio da presunção de inocência.

No entanto, quando se levou o caso ao plenário, o relator, votou pela mudança da tese que tinha até então prevalecido na Suprema Corte, revogando assim a liminar concedida. Na sequência, foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes.

No dia do julgamento, a divergência foi aberta pela Min. Rosa Weber, que foi seguida pelos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, os quais optaram por manter o entendimento já solidificado no Tribunal.

Ademais, destacados e longínquos, os votos de cada um dos ministros representam acima de tudo a maneira com que agem no momento que interpretam a Lei Maior. Portanto, o julgamento proferido representa a superação de um paradigma<sup>3</sup> assentado por 7 anos, que todavia, em nada foi alterado, no que se refere à literalidade do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Como assevera Paulo Benavides citando Javier Perez Royo: “Sem interpretação não há direito, portanto não há direito que não exija ser interpretado.”<sup>4</sup> Faz-se necessário, portanto, uma análise descritiva de cada voto proferido no acórdão que julgou o HC 126.292 para que se verifique as razões que levaram à mudança de entendimento na Suprema Corte.

---

<sup>3</sup> Segundo a famosa definição de Thomas Kuhn: “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (2006, p.13). KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

<sup>4</sup> Bonavides, Paulo; **Curso de Direito Constitucional** - 32ª Ed. 2017, p. 447.

## 2.1 Votos Favoráveis

### 2.1.1 Ministro Teori Zavascki (Relator)

De início esclarece o Min. relator que a súmula 691<sup>5</sup> do Supremo Tribunal Federal proíbe que a Corte conheça de *Habeas Corpus* impetrado contra decisão liminar da qual se obteve por indeferido o petítório, face ao que considera supressão de instância a análise do respectivo HC.

Entretanto, em que pese tal entendimento, em casos excepcionais, de flagrante ilegalidade da decisão, admite-se o conhecimento e deferimento da referida medida. Para tanto, explica o magistrado:

No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. Essa circunstância autoriza o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.<sup>6</sup>

Adiante, ressalta que a reflexão posta em análise, refere-se ao tema de execução provisória da pena, e assevera que dois são os princípios que envolvem a questão: o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade da função jurisdicional penal. Rememora ainda que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo era no sentido de que “a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a

---

<sup>5</sup> Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 691**. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

sentença penal condenatória recorrível”<sup>7</sup>, tendo como base o HC 68.726<sup>8</sup>, de relatoria do Min. Néri da Silveira, realizada em 28/06/1991.

EMENTA DO HC 68.726/DF, RELATOR MIN. NÉRI DA SILVEIRA.  
JULGAMENTO EM 28/06/1991.

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL, NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

Naquela ocasião, de junho de 1991, o plenário do Supremo considerou que o recurso especial e extraordinário, que não tem efeito suspensivo, não impedem o cumprimento do mandado de prisão, dessa forma, o réu já deveria iniciar o cumprimento provisória da pena, a partir da decisão do Tribunal.

Ademais, a orientação oferecida pelo Ministro Relator, de acordo com o mesmo, tem pressupostos muito semelhantes ao que já estava vinculado em outras

---

<sup>7</sup> Ibid., p.5.

<sup>8</sup> HC 68.726 – Foi assentado a seguinte decisão: “ Por votação unânime, o tribunal indeferiu o pedido de "habeas corpus". Ausentes, ocasionalmente, o ministro Sydney Sanches, Presidente, e os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Presidiu o julgamento o sr. min. Octavio Gallotti. Julgado pelo STF em 28/06/1991. Decisão Publicada no DJ em 20/11/1992.

jurisprudências. Como o disposto nas súmulas 716<sup>9</sup> e 717<sup>10</sup>, aprovadas pela Suprema Corte em 24 de setembro de 2003.

Ocorre que após amplo debate no âmbito das turmas que compõem o Supremo, esclarece o ministro que em julgamento realizado no dia 05 de fevereiro de 2009, ficou assentado o entendimento de que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação:

Não obstante tal fundamento que denota a prevalência do princípio da presunção de inocência face a oposição com início de cumprimento da pena, de modo contrário argumenta o Relator:

[...] a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.<sup>11</sup>

Para corroborar seu entendimento, aponta o julgador, com estudo e conforme ressalva feita pela Min. Ellen Gracie de que em nenhum país do mundo, após observado o duplo grau de jurisdição, a execução da pena fica condicionada a referendo de Corte Suprema.

Neste sentido, insiste em destacar que os recursos de natureza extraordinária não têm por objetivo examinar a justiça ou injustiças das sentenças proferidas em casos concretos, pois, destinam-se, especificamente, à preservação do

---

<sup>9</sup> Superior Tribunal Federal. **Súmula nº716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

<sup>10</sup> Superior Tribunal Federal. **Súmula nº717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.



sistema de normas<sup>12</sup>, e considera evidente tal entendimento com a edição da EC 45/2004.<sup>13</sup>

Em seguida, baseando-se no voto de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no HC 84.078, ponderou que, numericamente, são muito expressivos os casos de insucesso no julgamento de Recursos Extraordinário no Supremo, sendo que a jurisprudência que considera o princípio da presunção de inocência em grau absoluto tem, de modo geral, permitido e incentivado a prescrição da pena punitiva e executória, com a indevida e sucessiva interposição de recursos com nítidos caracteres protelatórios, tanto no STF quanto no STJ.<sup>14</sup>

Ao final do voto, o Min. Teori Zavascki afirma que a retomada da jurisprudência anterior ao ano de 2009, aquela que entende que os recursos extraordinários possuem apenas efeito devolutivo, conforme também rege a norma hodierna, e que assim não impede a execução da pena, é a única forma capaz de “harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.”<sup>15</sup>

Desse modo, eventuais equívocos nos juízos condenatórios poderão ser corrigidos pela via do *Habeas Corpus* e da atribuição de efeito suspensivo quando do recebimento do Recursos Extraordinários e de Recursos Especiais, inibindo, portanto, o imediato cumprimento da pena, uma vez que não haverá desamparo na tutela de direitos do acusado.<sup>16</sup>

Nessa linha propõe a seguinte tese: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>13</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>15</sup> Ibid., p.18.

<sup>16</sup> Ibid., p.19.

presunção de inocência”<sup>17</sup> e denega a ordem de *habeas corpus*, com a revogação da liminar anteriormente proferida.

### 2.1.2 Ministro Edson Fachin

O Min. Edson Fachin inicia seu voto com uma fala enfática do juiz da Suprema Corte Norte Americana, Robert Jackson, que a seu ver, expressa claramente o papel do Supremo, quanto a sua concepção pela Constituição Federal.

Nestes termos, considera que: “[...] não há dúvida de que se houvesse uma ‘super’ Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra.”<sup>18</sup>

Nesse sentido, sustenta ainda que o papel precípua do STF é o de ser guardião da Constituição Federal, com a elaboração de teses jurídicas que orientam e tragam segurança jurídica no momento de aplicação das normas constitucionais. Enquanto que por sua vez o papel do STJ, guardadas as devidas diferenciações, é o de pacificar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Por essa razão, julga que há na Constituição Federal margem de interpretação para que se dê melhores alternativas hermenêuticas para a resolução dos conflitos, de modo que as interpretações preeminentes devam ser as que visem “a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos.”<sup>19</sup>

Portanto, confessadamente, sem apego a literalidade do texto disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, interpreta a norma constitucional despida de seu caráter absoluto, posto que não se deve desconsiderar, na aplicação da norma, outros princípios e regras, os quais não permitem concluir que apenas no esgotamento das instâncias extraordinárias é que se deve iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid., p.20.

<sup>19</sup> Ibid., p.26.

Como explica, busca compreender o princípio da não-culpabilidade, de maneira harmônica com as demais normas constitucionais, no qual a Constituição é seu todo, explicitamente, se refere aos artigos 102 e 105 da Carta Política, que prevê a competências do STF e do STJ.

Daí deflui que,

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.<sup>20</sup>

Desta feita, invoca o 102, § 3º, da Constituição Federal, para ressaltar que o requisito da transcendência face à admissibilidade do Recurso Extraordinário, é o bastante para concluir que a CF impede que sejam analisadas as injustiças individuais em cada caso concreto.

Consigna o ministro que não se depreende inconstitucionalidade alguma no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90<sup>21</sup> que estabelece o efeito meramente devolutivo no recebimento dos Recursos Extraordinários e Recursos Especiais. Ademais, não aventa que as regras consignadas na lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, arts. 147 e 164<sup>22</sup>, seja fator suficiente para impedir a execução da penal, posto que é anterior à lei nº 8.038/90.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>21</sup> Art. 27 § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

<sup>22</sup> Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. **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.

**Art. 164.** Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

§ 1º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 2º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil.

<sup>23</sup> Lei nº 8.038 de 28 de Maio de 1990. **Institui normas procedimentais para os processos** que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal

Conclui ainda que não se depreende que a regra do art. 5º, LVII, da CF, seja absoluta, porque não se deve dar o caráter de inépcia das instâncias ordinárias, e considera que é sobre este limite que se trata.<sup>24</sup>

### 2.1.3 Ministro Luís Roberto Barroso

O Min. Luís Barroso de antemão afirma que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade na hipótese de execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau.

Nessa perspectiva, entende que a prisão se conjuga por três fundamentos jurídicos. O primeiro destes é o de que a Constituição Federal não condiciona, em que pese argumentos contrários, a prisão ao trânsito em julgado, mas sim à culpabilidade. Por conseguinte, a privação da liberdade ocorre com ordem escrita e fundamentada exarada por autoridade competente, inteligência esta que pode ser auferida pelo art. 5º, LVII e LXI da Constituição Federal.

O segundo fundamento jurídico é o de que a presunção de inocência é princípio e não regra, e, assim, sua aplicação pode ganhar maior ou menor intensidade no momento de ponderação com outros princípios.

Em suas digníssimas palavras,

[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);<sup>25</sup>

O terceiro fundamento utilizado pelo magistrado é o de que se mostra

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>25</sup> Ibid., p.27.

exigência da ordem pública, do Poder Judiciário e do sistema penal, que a regra seja o cumprimento imediato da pena após a decisão condenatória proferida pelo Tribunal, e considera que esse mesmo raciocínio deva ser utilizado no julgamento nos casos de prerrogativa de foro.

Além disso, manifesta outros três fundamentos pragmáticos e seus benefícios que considera relevantes para a interpretação adotada, de forma a garantir “a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau.”<sup>26</sup> São eles: os infundáveis recursos protelatórios, no que a relativização favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; a seletividade do sistema punitivo brasileiro, com o que haverá reduzido incentivos aos crimes de colarinho branco; o paradigma da criminalidade, com o conseqüente impedimento da ocorrência da prescrição.

Por derradeiro, fixa a tese segundo a qual “a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição”<sup>27</sup>, ainda que sujeita a recursos, “não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”<sup>28</sup> e denega a ordem.

#### 2.1.4 Ministro Luiz Fux

O Ministro inicia o voto com a ressalva de que houve na Constituição Federal “uma deformação eloquente da presunção da culpabilidade”.<sup>29</sup> Isso porque, segundo o mesmo, a expectativa da sociedade efetivamente não corresponde ao que seja presunção de inocência, posto que aquele que foi julgado condenado em primeira e segunda instância, assim como pelo STJ, ingresse “presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal”;<sup>30</sup> equação esta que ninguém pode entender.

Assim, julga não ser necessário o trânsito em julgado para que reste a culpa comprovada, uma vez que o significado da presunção de inocência escrito na

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid., p.28.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid., p.58.

<sup>30</sup> Ibid.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU é suficiente, ao dizer em seu art. XI que:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.<sup>31</sup>

A propósito, o Min. Luiz Fux assevera que quanto a coisa julgada, o Supremo já afirmou em outras ocasiões que se “admite a coisa julgada em capítulos”<sup>32</sup>, e, que, portanto, haveria coisa julgada singular a respeito da matéria fático-probatória não passível de reanálise pelos Tribunais Superiores. O que nada impede que se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento.

Por fim, considera que, hodiernamente, o entendimento relativo à presunção de inocência corresponde ao que a professora Patrícia Perrone denomina de sentimento constitucional, uma vez que “é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social”<sup>33</sup>, de outro modo, conforme a força normativa da Constituição<sup>34</sup> (ressonando o autor doutrinário Konrad Hesse), entende que o desenvolvimento da força normativa da CF está em que comprovada a culpabilidade do agente em segundo grau de jurisdição, a presunção de inocência cessa, sendo pois impassível de mudança pelos tribunais superiores.

### 2.1.5 Ministra Carmem Lúcia

Em voto sintetizado, a Min. Carmem Lúcia ressalta que a matéria parece de maior relevância para a comunidade jurídica e para a sociedade como um todo. Lembra do voto proferido no último habeas corpus, de relatoria do Ministro Eros

---

<sup>31</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Art XI. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php) Acesso em 29 jul. 2017.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>33</sup> Ibid., p.61.

<sup>34</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

Graus, no qual já considerava que o dispositivo explicitado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado”<sup>35</sup> até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, acredita não haver qualquer ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade no início de execução da pena após exaurida a fase de provas, ou seja, exatamente em seguida ao duplo grau de jurisdição, porque a partir daí só se discute matéria de direito e não fatos e provas. Invoca ainda a Súmula 279 para corroborar o argumento de que não se permite, em âmbito extraordinário, a revisão das provas.

Por tais razões, se mantém firme ao que proferiu em outras ocasiões, e assevera que a Constituição determina “a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, de modo que denega a ordem e acompanha o Ministro Relator.

### 2.1.6 Ministro Gilmar Mendes

O Min. Gilmar Mendes inicia seu voto admitindo que o sistema constitucional brasileiro é bastante singular face à presunção de inocência, pois, diferentemente do modelo alemão, “não enseja o trânsito em julgado a não ser depois de ultimadas todas as providências verificadas no processo.”<sup>36</sup> Assim, rememora a emenda constitucional amparada nas ideias do Min. Peluso, na qual, uma vez definida à apelação no Tribunal, já ocorreria o trânsito em julgado da decisão. Proposta esta que não prosperou.

Nesse sentido, traz vários exemplos de casos concretos, em que a série de recursos sucessivos sugere existir abusos por parte dos operadores do direito. Além daqueles instrumentos “que muitas vezes levam também a esse

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p.63.

fenômeno da imposição da prescrição.”<sup>37</sup> Há, portanto, o que acredita ser um quadro constrangedor de impunidade na sociedade. Este é o quadro fático que deve observar o STF e do qual não se pode fugir.

Quanto à questão na perspectiva teórica constitucional, o ministro sinaliza que se trata de um instituto jurídico ou uma garantia institucional. Para além disso, afirma que a norma ressalta que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado.”<sup>38</sup>

Diante disso, na sua fala cita Eduardo Espínola Filho, no sentido de que a presunção de inocência é vária, sendo assim, acredita estar a balizar um princípio e não de uma regra, dado que é característica a gradação na sua aplicabilidade.

Em seguida, justifica ser compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, mesmo que pendentes recursos, visto que, na hipótese, a primeira e segunda instâncias são soberanas para análise dos fatos. Conseqüentemente, apenas os recursos extraordinários são possíveis, servindo não ao interesse individual do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.<sup>39</sup>

Na análise do direito comparado, o Min. Gilmar Mendes, observa que a presunção de inocência, como garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está deveras longe de ser uma preponderante. Assim, na maioria das declarações de direitos, há norma no sentido de que “a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.”<sup>40</sup> Porém, ressalva que:

Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Ibid., p.65.

<sup>38</sup> Ibid., p.67.

<sup>39</sup> Ibid., p.68.

<sup>40</sup> Ibid., p.69.

<sup>41</sup> Ibid., p.70.



De todo modo, reconhece que a tradição italiana e das constituições de língua portuguesa é a presunção de inocência viger até o trânsito em julgado. Embora seja assim, a reflexão de que o ministro se vale é a que “não pode perder de vista nosso próprio ordenamento”<sup>42</sup>, intrincado pelo amontoado de recursos, consideravelmente amplos, incapazes de servir ao desenvolvimento da jurisprudência como um todo.

Em suma, reconhece o relevantíssimo papel do princípio da presunção de inocência, mas considera que, revendo posição anteriormente proferida, não enxerga agora que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio. De modo que segue o relator e denega a ordem.

## 2.2 Votos Contrários

### 2.1.1 Ministra Rosa Weber

A Min. Rosa Weber, com uma sinceridade ímpar, primeiramente, confessa que não teve condições de se debruçar sobre o tema que estava pautado para o dia e registra que compartilha das preocupações esposadas pelo ministro relator, contudo, decide que seu critério tem sido julgar pela manutenção da jurisprudência da Corte.

Ato contínuo, colhe do voto proferido pelo Min. Eros Grau, no HC 84.078, as razões necessárias para decidir contra a revisão do entendimento que vinha sendo mantido pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

[...] quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena [...] E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a

---

<sup>42</sup> Ibid., p.71.

condenação, são coisas, *data venia, que hurlent de se trouver ensemble*.<sup>43</sup>

A luz desses preceitos, sem esquecer que existem questões pragmáticas envolvidas, conclui que o melhor caminho para solucionar tais problemas, em momento algum, passa pela alteração do entendimento sobre a norma constitucional em discussão. Por conseguinte, discorda do Relator, o Min. Teori, no sentido de prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória, em última instância.

## 2.2.2 Ministro Marco Aurélio

Fiel à linha garantista, na qual acredita ter sido concebida a Constituição Federal, o Min. Marco Aurélio revela em seu voto grande preocupação com a mudança de entendimento da Corte e quanto à reprodução desse entendimento pelos Tribunais Federais e Estaduais espalhados pelo país.

Reputa ser a execução provisória da pena, “temporã, açodada, precoce”<sup>44</sup>, visto que esvazia as garantias oriundas da Constituição Federal de 1988, que veio, inclusive, a tratar primeiro dos direitos sociais, antes de versar sobre a estrutura e composição do Estado, tamanha a importância do tema.

Reconhece a época de crise maior, presente no mundo atual. Sem embargo, julga que é nesse momento que “devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.”<sup>45</sup>

Por isso, considera que o caso em análise não comporta sugerir mudança substancial, expondo que, na demanda, não houve recurso da acusação, e a prisão ocorreu em virtude do recurso da defesa, o qual o Tribunal não se olvidou de

---

<sup>43</sup> Ibid., p.56.

<sup>44</sup> Ibid., p.76.

<sup>45</sup> Ibid., p.77.

expedir mandado de prisão, mesmo que a sentença prolatada no juízo de piso tenha sido clara no sentido de deixar o paciente recorrer em liberdade. Nessa perspectiva, reputa que o preceito contido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal não permite interpretações, pois

[...] onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.<sup>46</sup>

Assimila ainda que pressuposto da execução provisória é a verdadeira possibilidade de retorno ao *status quo ante*, o que não resta factível para o sujeito que não pode ter modificado o tempo em que perdeu sua liberdade quando estava preso.

Dessa maneira, reputando “emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade”<sup>47</sup>, acompanha a divergência revelada pela Min. Rosa Weber e concede a ordem.

### 2.2.3 Ministro Celso de Melo

O decano, o Min. Celso de Melo, em sua análise, registra que “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica”<sup>48</sup>, para o que denominou de a permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

Nessa seara, concebe a presunção de inocência como legitimada pela ideia democrática, não obstante os golpes de Estado desferidos por regimes autoritários ou autocráticos, que, ao inverso, preconizavam “o primado de que todos são culpados até prova em contrário.”<sup>49</sup> O que revela que nas sociedades civilizadas,

---

<sup>46</sup> Ibid., p.78.

<sup>47</sup> Ibid., p.79.

<sup>48</sup> Ibid., p.80.

<sup>49</sup> Ibid., p.81.

a presunção de inocência tem prevalecido como valor fundamental e inexorável da dignidade humana.

Acredita ser evidente que a Constituição Federal, com bases genuinamente democráticas, optou por estabelecer uma antítese ao absolutismo do Estado e a sua força opressiva de poder, considerado o contexto histórico em que foi elaborada, o qual não se deve mudar com uma ruptura hermenêutica inadequada.

Nesse sentido, demonstra-se

inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva *“ex parte principis”*, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.<sup>50</sup>

Por isso considera que à consagração da presunção de inocência é direito fundamental de qualquer pessoa, independentemente da gravidade ou da hediondez do crime cometido. A hermenêutica que deve ser levada em consideração é uma que leve à emancipação dos direitos da pessoa humana, cuja a prerrogativa perpassa a de ser sempre considerada inocente.

Mais intenso ainda é o argumento do decano do que diz ser um erro invocar a prática e a experiência registrada em outros países, como Estado Unidos e na França, posto que nesses lugares as constituições não consagram de forma explícita que é necessária a devida observância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse diapasão não vê como entender de outro modo quando a Constituição determina de maneira inequívoca que a presunção de inocência somente perde a sua eficácia e a sua força normativa no momento em que houver o trânsito em julgado da condenação criminal.

Por último, infere que, mesmo que não se credite os argumentos acima expostos, deve-se reconhecer que de todo modo o ordenamento positivo rechaça a execução provisória da pena, pelo fato de que nos artigos 105 e 147 “a lei

---

<sup>50</sup> Ibid., p.83.

de execução penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado<sup>51</sup> e vota com a divergência.

#### 2.2.4 Ministro Ricardo Lewandowski

O Min. Ricardo Lewandowski, presidente da Corte naquela ocasião, reafirmou não conseguir “ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado da sentença”.<sup>52</sup> Após, entende aplicar-se ao caso, o preceito da antiga escola da exegese, no qual, *in claris cessat interpretativo*.<sup>53</sup>

Relembrando o voto proferido no HC 84.078, de relatoria do Min. Eros Grau, deu destaque ao dizer que não deve razões de ordem prática, como a quantidade de recursos e a efetividade da Justiça, serem evocados para afastar o postulado do princípio da presunção de inocência.

Ademais, aponta que face ao argumento de que os recursos extraordinários, no âmbito dos tribunais superiores, não possuem efeito suspensivo, e, portanto, permitem a execução provisória da pena, entende que conforme os professores Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Filho, referido efeito advém da própria Constituição Federal. Para tanto, ressalta que

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Ibid., p.95.

<sup>52</sup> Ibid., p.97.

<sup>53</sup> Brocado cujo significado vai no sentido de que na clareza, cessa a interpretação.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

Ato contínuo, demonstra perplexidade na reviravolta da posição do STF após declarar que o sistema penitenciário brasileiro está falido e que se encontra em um estado de coisas inconstitucional, momento no qual relata que o princípio da Carta Maior se trata de uma “verdadeira cláusula pétrea”.

Ao final, utilizando-se de argumento histórico, ressaltando que a propriedade sempre foi um valor que ganhou sobreposição ao valor da liberdade. Não diferente, com todas as vênias ao Min. Fux, faz referência ao Novo Código de Processo Civil, especificamente ao art. 520, IV e II, e aduz que quando se tratou de propriedade, o legislador se resguardou de todas as maneiras para evitar prejuízos, caso se devesse reverter a sentença posterior, entretanto, no âmbito penal acredita que a decisão do plenário, impede o réu de ver restituído o tempo em que se encontrou preso, sob custódia do Estado, ao que julga ser uma enorme incongruência.

Nesse sentido, mantém posicionamento anteriormente proferido e segue a divergência para conceder a ordem.

### 3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Hermenêutica é a teoria científica da arte da interpretação.<sup>55</sup> Nesse sentido, o intérprete, ao se deparar com a norma jurídica, deve extrair tudo o que na mesma se contém. Para tanto, convém interpretar, isto é, “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”<sup>56</sup>

A bem da verdade, “não há norma jurídica que dispense interpretação”<sup>57</sup>, mesmo em relação àquelas normas tidas como claras. O brocardo latino acima utilizado: *in claris cessat interpretativo*, demonstra-se ultrapassado ante à complexidade e pluralidade da vida contemporânea. Dessa forma, a interpretação sempre será necessária, sejam claras ou obscuras as palavras contidas na Constituição ou em qualquer outra norma jurídica.<sup>58</sup>

Os votos proferidos no HC 126.292 pelos ministros do Supremo Tribunal Federal revelam como o processo de interpretação constitucional ocorre face à norma esculpida no art. 5º, LVII, da Constituição Federal que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”<sup>59</sup>

Para melhor análise do julgado, demonstra-se necessário entender que a interpretação das normas constitucionais, normas jurídicas que são, deve-se socorrer dos chamados métodos e técnicas tradicionais de interpretação, desenvolvidos ao longo dos séculos pela doutrina jurídica, com sua origem ainda no direito romano.<sup>60</sup>

Nos próximos tópicos serão examinados os elementos tradicionais de interpretação jurídica e após serão destacados os aspectos da nova interpretação constitucional, assentada em princípios e regras.

---

<sup>55</sup> MAXIMILIANO, Carlos; **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011. p. 01.

<sup>56</sup> Id., 2011, p.01.

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p.447

<sup>58</sup> BETIOLI, Antonio Bento; **Introdução ao direito**: lições de propedêutica jurídica tridimensional. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 411

<sup>59</sup> Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 311.

### 3.1 Elementos Tradicionais de Interpretação Jurídica

No Brasil e nos países de direito codificado, o modelo tradicional de interpretação jurídica adotado remonta à contribuição de Friedrich Carl von Savigny para quem a interpretação é a “reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro”.<sup>61</sup> Nessa linha, a interpretação pode ser gramatical, histórica e sistemática. Posteriormente, um quarto elemento foi adicionado, consistente na interpretação teleológica.

Em que pese a referida divisão, adverte Luís Roberto Barroso, citando ensinamento de Francesco Ferrara:

Nenhum desses elementos pode operar isoladamente, sendo a interpretação fruto da combinação e do controle recíproco entre eles. A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica).<sup>62</sup>

De fato, no complexo processo de interpretação, o intérprete deve utilizar todos os elementos concomitantemente, pois é impossível que uma série de normas, embora bem-feitas, espelhem todas as faces da realidade da qual o Direito faz parte. Assim, somente um exegeta atento para norma jurídica e a realidade concreta poderá determinar o sentido exato, apropriado e correto do texto legal.<sup>63</sup>

#### 3.1.1 Interpretação Gramatical, Literal ou Semântica

A interpretação gramatical toma como ponto de partida a letra da lei. Funda-se esse método nos conceitos e nas possibilidades semânticas das palavras que compunham o seu relato.

---

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p.447.

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 316.

<sup>63</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011, p. 13.



Segundo Carlos Maximiliano, o processo gramatical exige a posse do “conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedade e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática”<sup>64</sup>, do qual, de tudo isso resultariam em vacilações do hermenauta e controvérsias na prática, vez que “cada palavra pode ter mais de um sentido; e acontece também o inverso, vários vocábulos se apresentam com o mesmo significado, por isso, da interpretação literal, resulta ora mais, ora menos do que se pretende exprimir”.<sup>65</sup>

Pois, de acordo com Maximiliano a experiência jurídica ensina que a compreensão literal é muitas vezes insuficiente ou enganosa. Entretanto, deve-se enfatizar que conforme Umberto Eco, a interpretação consiste em ler sob o controle do que está escrito.<sup>66</sup> Os limites máximos da interpretação configuram-se nos conceitos e possibilidades semânticas do texto. De forma alguma pode o exegeta ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor sua retórica face à legitimidade democrática, à lógica e a segurança jurídica.<sup>67</sup>

Além de que contraria frontalmente a separação de poderes, uma das bases do constitucionalismo, identificar o aplicar com o legislador, posto que a este é que se reserva o estabelecimento do conteúdo da norma. Seria absurdo dizer que o intérprete é quem faz a norma de acordo com sua vontade, ou o justo que pressupõe existir.<sup>68</sup>

### 3.1.2 Interpretação Histórica, Sistêmica e Teleológica

O elemento de interpretação histórica traça a história da proposição legislativa. Nessa perspectiva, busca assim no tempo investigar a ambiência em que se originou a norma, procura o legislador histórico, as pessoas que tenham participado

---

<sup>64</sup> Id., 2011, p.88.

<sup>65</sup> Id., 2011, p.89.

<sup>66</sup> ECO, Umberto; **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva. 1995.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p.316.

<sup>68</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p.316.

na elaboração da lei, trazendo à luz assim fatores políticos, econômicos e sociais que foram configurativos da *occasio legis*.<sup>69</sup>

Dessa forma, conforme ensino o jurista Carlos Maximiliano, o julgador ao utilizar o método de interpretação história,

inquire quais as ideias dominantes, os princípios diretores, o estado do Direito, os usos e os costumes em voga, enfim, o espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma. O legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido.<sup>70</sup>

O emprego demasiadamente insulado desse método – o histórico – serviria ao historiador, não ao jurista. Razão pela qual a sua aplicação favorece a determinação da finalidade buscada pela norma. Entretanto, a procura da finalidade - método teleológico - não se confunde com a vontade do legislador. O essencial é descobrir o valor que inspira a norma, não o motivo, que pode ser irrelevante ou mesquinho.<sup>71</sup>

Conforme crítica do professor Paulo Bonavides, “esse método em alguns juristas modernos e contemporâneos costuma aparecer também debaixo da designação de interpretação evolutiva ou progressista”<sup>72</sup>, com a ressalva de que “numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas se modifica a lei.”<sup>73</sup>

Com o devido destaque assinalado acima, é importante frisar que a interpretação teleológica não deve servir para legitimar o utilitarismo, o pragmatismo e o consequencialismo, principalmente quando isso esbarra em afronta aos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal.<sup>74</sup>

Outrossim, o Direito é um sistema, nenhuma norma pode ser bem compreendida se não for encontrado amparo legal da mesma no sistema jurídico, ou mais especificadamente, no sistema constitucional. Portanto, é a Constituição Federal

---

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p.456

<sup>70</sup> MAXIMILIANO, CARLOS. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011, p. 113.

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p.316.

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 457

<sup>73</sup> Id., 2014, p.457.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p.320.

a responsável por trazer unicidade ao sistema. Essa integração conjuntural só é possível através do método sistemático.<sup>75</sup>

Nesse seguimento, ensina Carlos Maximiliano:

O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.<sup>76</sup>

Na mesma linha, Norberto Bobbio ensina que “o Direito não tolera antinomias.”<sup>77</sup> Dessa maneira, os conflitos entre normas infraconstitucionais são resolvidos pelos critérios tradicionais: hierárquico, cronológico e da especialização.<sup>78</sup> Já a colisão entre normas constitucionais possui critérios distintos desenvolvidos pela moderna teoria constitucional lastreada em princípios e regras.

Ocorre que a Constituição, além de conter normas de índole análoga às dos ramos infraconstitucionais, marca-se também pela presença de preceitos (princípios) que apenas indicam, iniciam e orientam “a regulação de certos institutos, deixando em aberto, tantas vezes, o modo e a intensidade de como se dará a sua concretização.”<sup>79</sup>

Nesse contexto, no Direito contemporâneo, a Constituição é percebida como um sistema aberto de regras e princípios em que há grande permeabilidade de valores jurídicos, que expressam ideias gerais de justiça e desempenham papel central na realização dos direitos fundamentais.<sup>80</sup>

Luís Roberto Barroso assevera que “modernamente, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição

---

<sup>75</sup> Id., 2013, p.318.

<sup>76</sup> MAXIMILIANO, Carlos; **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011, p.104.

<sup>77</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1995. P.95.

<sup>78</sup> Id., 1995, p.45.

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional**. 9º Ed. São Paulo. Saraiva. 2014, p.91.

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 343.

equilibrada de regras e princípios.”<sup>81</sup>

Assim, os princípios servem para à realização da justiça no caso concreto e as regras desempenham o papel que consagram à segurança jurídica de forma a garantir a previsibilidade e objetividade das condutas.<sup>82</sup>

Ademais, observa-se que o modelo tradicional de interpretação fora concebido exclusivamente para a aplicação e interpretação de regras.<sup>83</sup> O que evidencia a importância dos modernos métodos interpretativos, desde o nascimento dos princípios jurídicos cujo a própria norma jurídica os concebe.<sup>84</sup>

### 3.2 A Nova Interpretação Constitucional

O estado de inconformismo com o positivismo formal que muito prosperou na época do Estado Liberal, foi o motivo pelo qual a moderna interpretação constitucional foi desenvolvida.<sup>85</sup> Nessa perspectiva, percebe-se que o processo de realização do Direito é um ato decisório, portanto, não consiste tão somente na mera aplicação da regra jurídica, senão em atividade de concretização dessa regra.<sup>86</sup>

Destarte, diferentemente do passado, em que os fatos, os valores e as normas se apresentavam como realidades pré-constituídas em si mesmas, e em que a norma era o ponto inicial da atividade pertencente ao raciocínio jurídico, hoje, a teoria contemporânea considera o caso concreto como o ponto de partida, os princípios constitucionais como fundamentos do raciocínio e o pensamento do exegeta como a razão prática que realiza o direito através de seu papel criativo-normativa.

Há ainda quem entenda, como Luís Roberto Barroso, surgir uma cultura constitucional pós-positivista, assentada no entendimento de que o “Direito

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 344.

<sup>82</sup> Id., 2013.

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 469.

<sup>84</sup> Id., 2014.

<sup>85</sup> Id., 2014, p.487

<sup>86</sup> Id., 2014.

precisa se aproximar da filosofia moral – em busca de justiça e de outros valores -, da filosofia política – em busca da legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum.”<sup>87</sup> Revela dessa maneira a compreensão de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e que a justiça pode estar bem além desta.

Nesse aspecto, a hermenêutica constitucional perde a firmeza do modelo clássico, que se assentava em uma razão lógica, sólida e confiante. O problema reside na manipulação dos fins e dos sentidos ligados a soluções de conveniências, a conclusões pré-concebidas e a subjetivismos exacerbados.<sup>88</sup>

O professor Paulo Bonavides, constata que:

Na vida atual do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do interprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição.<sup>89</sup>

A revisão dos elementos tradicionais de interpretação fez crescer a importância de revisão dos métodos tradicionais da ciência, permitindo assim que a determinação da norma jurídica se funde nos elementos do sistema aberto formado por princípios e regras<sup>90</sup>, conforme se demonstrará adiante.

### 3.2.1 Regras e Princípios

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema normativo de regras e princípios. Diferentemente do sistema

---

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 334.

<sup>88</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p.488.

<sup>89</sup> Id., 2014, p.489.

<sup>90</sup> Id., 2014.

anterior, em que a regra ganhava preeminência, prevalece na modernidade a concepção de que não há hierarquia entre regras e princípios constitucionais.<sup>91</sup>

Nesse aspecto, faz-se necessário esclarecer que regras e princípios são espécies do gênero norma. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas e não entre norma e princípio, como fazia a metodologia jurídica tradicional.<sup>92</sup>

De acordo com Robert Alexy,

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.<sup>93</sup>

Na complexa diferenciação entre regras e princípios, a generalidade é a característica mais frequente. Segundo esse critério, os princípios possuem grau de generalidade bastante elevado, enquanto as regras possuem relativamente baixo grau de generalidade.<sup>94</sup>

Outros critérios desenvolvidos são a determinabilidade. Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de aplicação concreta, já as regras são suscetíveis de aplicação direta; a fundamentabilidade, os princípios são normas estruturantes ou com papel diferenciado na hierarquia no sistema de fontes do Direito; a ideia de direito, no qual os princípios estão vinculados às exigências de justiça; e quanto ao conteúdo axiológico, ou seja, aos valores que carregam em si.<sup>95</sup>

Todavia, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida

---

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013. Pág. 344.

<sup>92</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Almedina. 1941, p. 1160.

<sup>93</sup> ALEXY, Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 87.

<sup>94</sup> Id., 2014, p.88.

<sup>95</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Almedina. 2003, p.1160.

possível”<sup>96</sup>, dentro, portanto, das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Em razão disso, são também considerados mandamentos de otimização.<sup>97</sup>

Por outro lado, as regras “são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas.”<sup>98</sup> Se a regra é válida, não deve o interprete se furtar e não a aplicá-la, deve sim fazer exatamente aquilo que ela exige. Nesse sentido, regras contêm determinações.<sup>99</sup>

De maneira equivocada, ressalta-se que no ambiente pós-positivista, tem-se vivenciado um vertiginoso processo de ascensão dos princípios jurídicos, face às regras jurídicas determinadas.<sup>100</sup> De fonte subsidiária do Direito, os princípios alcançaram o centro do sistema jurídico.<sup>101</sup>

Em observância a essa mudança, assevera Antonio Bento Betioli,

Recorrer a um princípio significa formular uma regra com base na qual se resolve o caso em tela, modificando-se a convicção comum na ciência do Direito, de que regras jurídicas já se encontram formadas antes da sua aplicação e que, portanto, a tarefa do juiz limita-se aplicar a regra apropriada ao caso.<sup>102</sup>

Diante de tais premissas, imperioso é reconhecer que regras e princípios são passíveis de conflitos e colisões. A partir daí, pode-se observar com maior clareza a diferenciação entre ambos, posto que “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja dois juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios.”<sup>103</sup>

### 3.2.2 Conflito entre Regras e Colisão entre Princípios

---

<sup>96</sup> ALEXY. Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 90

<sup>97</sup> Id., 2014.

<sup>98</sup> Id., 2014, p.91.

<sup>99</sup> Id., 2014, p.91.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p.344.

<sup>101</sup> BETIOLI, Antonio Bento; **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p.419.

<sup>102</sup> Id., 2013, p.418.

<sup>103</sup> ALEXY. Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 92.

Um conflito entre regras só pode ser solucionado se uma das regras for declarada inválida ou se existir uma cláusula de exceção que elimine o conflito existente. Por conseguinte, se a espécie de norma jurídica (regra) é válida, isso significa que sua consequência jurídica também, devendo, pois, ser aplicada.<sup>104</sup>

Em um conflito de regras juridicamente válidas, o problema pode ser resolvido por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*.<sup>105</sup> o fundamental, nesse aspecto, é compreender que “a decisão é uma decisão sobre validade.”<sup>106</sup>

Não obstante isso, lembra o professor Luís Roberto Barroso que “os critérios tradicionais de solução de conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios”<sup>107</sup> para solucionar antinomias constitucionais, vez que as normas constantes no texto da Carta Magna, não são conflitos que se colocam no campo da validade entre si, são também conflitos entre princípios constitucionais. Desse modo, colisão entre princípios constitucionais, só podem ser solucionados através da ponderação e harmonização dos princípios, visto que eles contêm apenas mandamentos de otimização que dentro das possibilidades devem ser realizados.<sup>108</sup>

Nesse sentido, pondera o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho

Os princípios aos constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.<sup>109</sup>

A técnica da ponderação, contraposta ao puro raciocínio silogístico, apresenta-se como técnica de decisão jurídica, aplicável aos casos difíceis, em relação aos quais o método subsuntivo se mostrou insuficiente. Essa insuficiência

---

<sup>104</sup> Id., 2014.

<sup>105</sup> Lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga lei geral (tradução nossa).

<sup>106</sup> Id., 2014, p.93.

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 355.

<sup>108</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Almedina. 2003. p. 1160.

<sup>109</sup> Id., 1941.



reside no fato de existirem normas de mesma hierarquia que apontam caminhos de soluções distintas.<sup>110</sup>

Portanto, se há colisão entre dois princípios, um deles deve prevalecer. Isso não significa que um deles deva ser declarado inválido como ocorre com as regras. A bem da verdade, sucede que um dos princípios teve precedência sobre o outro naquela ocasião, sob determinadas condições.

Em razão disso, nos casos concretos, afirma-se que “os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.”<sup>111</sup> Regras estão no plano da validade, assim, como os princípios estão no plano da dimensão do peso.

Resta ainda ressaltar que a distinção entre regras e princípios constitui a chave de solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais previstos em uma Constituição. Sem essa distinção, não é possível haver nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, tampouco uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais.<sup>112</sup>

Não raras vezes, “as normas de direito fundamentais são caracterizadas como princípios”<sup>113</sup>, mas parece que a classificação serve mais à título de argumentação, do que de entendimento sistemático dessa distinção. Por outro lado, são feitas diversas referências à direitos fundamentais como regras, quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério.<sup>114</sup>

Ora, não há que se apontar que tal norma seja regra ou princípio por mera sugestão. O intérprete deve levar em conta a utilização sistemática da doutrina para que se reconheça a qual espécie de norma pertence à disposição contida na Constituição.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 361.

<sup>111</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014. p. 95.

<sup>112</sup> ALEXY. Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 85.

<sup>113</sup> Id., 2014, p.86.

<sup>114</sup> Id., 2014, p.88.

<sup>115</sup> NEVES, Marcelo; **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª Ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2014, p.171.

Nesse sentido, a classificação de um direito fundamental como regra ou princípio delimitará o âmbito de aplicabilidade da norma. Assim, a depender disso, a interpretação poderá alargar o seu campo de abrangência ou terá por restringida sua incidência.<sup>116</sup> A isso será dedicado o próximo tópico.

### 3.3 Interpretação Extensiva e Restritiva dos Direitos Fundamentais

As expressões “interpretação extensiva e restritiva” revelam em si ideias que a linguagem faz presumir. Nessa acepção, alerta o jurista Carlos Maximiliano que “nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade em verificar se se deve passar além, ou ficar aquém do que as palavras da norma parecem indicar”<sup>117</sup>.

As regras de hermenêutica tradicional entendem que na interpretação extensiva o intérprete alarga o campo de aplicação a casos literalmente não abrangidos pela norma, assim, conclui que o sentido e o alcance do texto são mais amplos do que indicam os termos contidos na lei. Por outro lado, quando o intérprete restringe o sentido da norma ou limita sua incidência, entendendo que o legislador escreveu mais do que realmente pretendia dizer, ocorre a interpretação restritiva.<sup>118</sup>

Não obstante tais observações, no âmbito dos direitos fundamentais tem-se que a exegese deve se ater à proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais que a norma visa proteger. Para tanto, reconhecer o caráter das normas (regras ou princípios) que compunham os direitos fundamentais, demonstra-se essencial para a verificação das formas possíveis de se interpretar e chegar a conclusões que levem a sério o texto constitucional.

---

<sup>116</sup>BETIOLI, Antonio Bento; **Introdução ao direito**: lições de propedêutica jurídica tridimensional. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 425.

<sup>117</sup> MAXIMILIANO, Carlos; **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011, p.162.

<sup>118</sup> BETIOLI, Antonio Bento; **Introdução ao direito**: lições de propedêutica jurídica tridimensional. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 412.

De início, convém esclarecer que por meio das disposições de direitos fundamentais é possível coexistir o “caráter duplo de regras e princípios em uma só norma de direito fundamental.”<sup>119</sup>

A respeito desse caráter duplo, de regra e princípio, na mesma norma jurídica ensina Robert Alexy,

De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.<sup>120</sup>

Dessa forma, ante uma norma constitucional, primeiramente, prevalece a formulação original no sentido de que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>121</sup>, é dado ao intérprete, portanto, poder de valoração para expandir ou restringir o alcance do sentido da norma fundamental.

De outro modo, as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível e impõem que se faça exatamente o que elas exigem. Assim, é necessário que a regra que comporta um direito fundamental seja interpretada de maneira restritiva, isso porque a função principal dos direitos fundamentais é a defesa do indivíduo ante atuações estatais arbitrárias e ilegítimas.<sup>122</sup>

Nesse ponto, há que se estabelecer outra distinção bastante fundamental entre regras e princípios, referente ao caráter *prima facie* e definitivo de ambos os tipos de norma.<sup>123</sup>

Princípios, conforme anteriormente já ressaltado, não dispõe da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. Nesse sentido, eles não contêm mandamento definitivo, mas apenas *prima*

---

<sup>119</sup> ALEXY. Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 141.

<sup>120</sup> Id., 2014, p.142.

<sup>121</sup> Id., 2014, p.90.

<sup>122</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª Ed. São Paulo. Atlas. 2013, p.269.

<sup>123</sup> NEVES. Marcelo; **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença do paradoxo do sistema jurídico**. 2ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2014, p.67.

*facie*. Já as regras, possuem caráter definitivo, visto terem “uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”<sup>124</sup>.

Por esse prisma, os direitos fundamentais, concebidos como razões definitivas, são verdadeiros comandos categóricos para o intérprete. Por outro lado, aqueles direitos fundamentais elencados a princípios constitucionais, poderão ser interpretados em diversos graus, e seu cumprimento pode ser diminuído ou alargado, posto que são mandamentos de otimização.

Assim, sob enfoque de Marcelo Neves, a tutela jurídica dos direitos fundamentais, em se tratando de princípios são sempre *razões prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, *razões definitivas*<sup>125</sup>, e as normas que elencam direitos fundamentais deverão ser interpretadas por essas premissas.

Ademais, demonstra-se necessário estabelecer se a norma esculpida no art. 5<sup>a</sup>, inciso LVII, da Constituição Federal, constitui-se em regra, na qual, há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos, ou se enquanto elencada a categoria de princípio, pode ainda ser cumprida em maior ou menor escala<sup>126</sup>, juntamente com os conflitos daí advindos.

Para tanto, no próximo tópico, será feita uma análise de como o Supremo Tribunal Federal enxergou a referida norma constitucional, no HC 126.292 que decidiu sobre a relativização da presunção de inocência ou da não- culpabilidade, ante o texto da Constituição Federal, que expressa que: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

<sup>124</sup> ALEXY. Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 90.

<sup>125</sup> NEVES. Marcelo; **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença do paradoxo do sistema jurídico**. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2014, p. 68.

<sup>126</sup> MENDES. Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. 9 Ed. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 74.

## 4 REGRAS E PRINCÍPIOS NO HC 126. 292

Ao longo do acórdão que julgou o HC 126.292, observou-se que o argumento mais reiterado pelos ministros da Suprema Corte, é o de que: a execução provisória da pena não ofende o princípio da presunção de inocência. Não à toa, a ementa do julgado traz essa concepção.<sup>127</sup>

Dessa forma, expressam que a reflexão sobre a norma afirmada no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a bem da verdade, é uma reflexão que se refere a princípio, sujeito a sopesamento com outros princípios. No caso, conforme destacou o Min. Teori Zavaski, “a busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e o da efetividade da função jurisdicional penal”<sup>128</sup>.

Conforme já ressaltado, o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem mais peso no caso concreto. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios.

O Min. Luís Roberto Barroso, explicita a preeminência do princípio da efetividade da jurisdição penal no posicionamento da Corte, quando ressalta que, no momento em que “finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal.”<sup>129</sup>.

De outra feita, destaca-se o argumento da Min. Rosa Weber que abre a divergência no julgado, e cita fundamentação do Min. Marco Aurélio em acórdão que este afirmou que “mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada em todas as suas letras pela Constituição Federal.”<sup>130</sup>

Portanto, reconhece, assim, o caráter de mandamento definitivo que compunha a regra constitucional, vez que as regras exigem que seja feito exatamente

---

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavaski. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>128</sup> Ibid., p.4.

<sup>129</sup> Ibid., p.27.

<sup>130</sup> Ibid., p.56.

aquilo que elas ordenam. No que resultado que ante as possibilidades jurídicas e fáticas, a determinação da norma deve ser seguida.<sup>131</sup>

Ademais, a tese vencedora utiliza argumentos outros como a impunidade e a enxurrada de recursos que servem ainda mais para alargar o campo de interpretação, o que faz com que o princípio da efetividade da justiça se sobreponha ao da presunção de inocência contido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Curioso notar, ainda, que um fator importante além do artigo da Constituição Federal, referente ao tema, é o art. 283 do Código de Processo Penal, que traduz a texto semelhante na qual: “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 momento algum trazido à tona por qualquer dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a tese é de que há uma relação de semelhança entre a semântica do enunciado normativo estabelecido na Constituição Federal e o artigo 283 do Código de Processo Penal, que, portanto, convergem no mesmo sentido (um fenômeno de espelhamento, desconsiderado).

Diante de tais circunstâncias, Henrique Simon traz uma distinção pertinente entre a norma jurídica e o enunciado normativo:

O enunciado normativo é a forma gramatical; a norma jurídica é o seu conteúdo deôntico de proibir, permitir ou obrigar: a norma é a referência do enunciado normativo [...] Essa diferença é importante para entender que quando se fala em direito fundamental não se está referindo ao que está escrito no texto da constituição, mas sim ao que se pode extrair da leitura do texto.<sup>132</sup>

Portanto, resta evidente que o enunciado normativo de ambos os textos, contidos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, só podem

---

<sup>131</sup> ALEXY, Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p.104.

<sup>132</sup> SIMON, Henrique Smidt. **Epistemologia e limites da racionalidade jurídica**: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) —Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

traduzir-se na norma jurídica que proíbe a prisão antes do trânsito em julgado da decisão.

A coerência aqui entre ambos os textos só pode ser sustentada diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo a um sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que sempre devem ser compreendidos conjuntamente)<sup>133</sup>.

Nesse exato sentido, resulta em que a norma contida no art. 283 do Código de Processo Penal, reproduz, em sua de maneira plena, o disposto no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, que abarca um direito fundamental.

Ademais, convém recordar que a norma da espécie regra tem um modo de aplicação próprio, que a diferencia qualitativamente da norma da espécie princípio, conforme já exposto. Aplica-se a regra conforme o modelo do tudo ou nada, de maneira, portanto, disjuntiva. Os princípios não desencadeiam automaticamente em consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação que o texto descreve.<sup>134</sup>

Diante do exposto até aqui, resta evidente que o Supremo Tribunal Federal, ao relativizar entendimento anteriormente proferido no HC 84.078/MG<sup>135</sup>, trata a norma contida na Constituição Federal como exclusivamente um princípio (da presunção de inocência) que, na dimensão do peso, e da colisão com o princípio da efetividade da jurisdição penal, perde em variação de grau e aplicabilidade.<sup>136</sup>

Não obstante tal posicionamento, é possível tal entendimento diante da referida norma do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, posto que o texto explicitado não possui vagueza ou indeterminação no sentido semântico das palavras ali contidas? Dentro desse contexto, aduz o professor Henrique Simon:

---

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz; **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª Ed. Porto Alegre. 2014, p.99.

<sup>134</sup> MENDES. Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. 9 Ed. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 73.

<sup>135</sup> Texto constante nos anexos.

<sup>136</sup> MENDES. Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. 9 Ed. São Paulo. Saraiva. 2014. P. 74

As normas de direito fundamental previstas na constituição também possuem a estrutura de regras, no sentido de que há decisões do constituinte que estabelecem regras de limitações que têm pretensão de aplicabilidade imediata mais forte que a dos princípios. Apresentam, assim, relação de precedência sobre os princípios que lhes são opostos.<sup>137</sup>

Portanto, acaso a norma seja regra ela deve ganhar preeminência em sua aplicabilidade, mas isso só é possível através do exame das palavras que englobam o texto da norma que carregam o direito fundamental, vez que a interpretação se perfaz dos signos jurídicos que expressam o sentido do dever ser.<sup>138</sup>

Dessa feita, resta verificar se estamos diante daquilo que J.J. Canotilho chama de “realidade constitucional inconstitucional” ou seja, alterações interpretativas que corrompem os limites semânticos do texto, e se traduzem em alterações manifestamente inoportáveis com a norma constitucional.<sup>139</sup>

#### 4.1 Limites Semânticos e a Norma do Art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Umberto Eco traz a lição de que precisamos respeitar o texto, na medida que eles dizem “mais do que o que os autores pretendiam dizer, mas menos do que muitos leitores incontinentes gostariam que eles dissessem.”<sup>140</sup>

Nesse sentido, há que se estabelecer que o texto determina os limites extremos de possíveis variantes do significado, ou seja, a interpretação não deve contrariar o sentido e o teor do texto, transformando-se em seu algoz.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> SIMON, Henrique Smidt. **Epistemologia e limites da racionalidade jurídica**: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) —Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

<sup>138</sup> SOARES. Ricardo Mauricio Freire; **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo. Saraiva. 2010. P.26.

<sup>139</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Almedina. 2003, p.1210.

<sup>140</sup> Eco, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 81

<sup>141</sup> Müller, Friedrich; **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.



O art. 5º, LVII da Constituição Federal, expressa de forma clara, que ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ora, o trânsito em julgado é condição necessária para que alguém seja considerado culpado, este seria o preceito que traduz o mandamento definitivo da determinação legal ora imposta pelo texto.

Entender de modo contrário, implica em redefinir o significado da expressão “trânsito em julgado”, ultrapassando os limites semânticos do texto constitucional, com o descuido em esvaziar o sentido originário dessa expressão.

Nessa esfera, o problema da decisão no HC 126.292, julgado pelo STF, está na possibilidade de os julgadores conferirem livre disposição dos sentidos jurídicos nas palavras que estão contidas na Constituição Federal.<sup>142</sup>

Mais do que isso, tem-se uma afronta à democracia, na medida em que nessa se presume que o Direito seja um resultado da relação intersubjetiva de seus integrantes, não produto da consciência individual ou de um colegiado.<sup>143</sup>

Por isso ainda, merece destaque as sábias palavras do professor Paulo Bonavides, ao considerar que a

Constituição é sobretudo um instrumento de governo, ou seja, de governo nos limites da lei, da ordem jurídica solidamente estabelecida e dos postulados essenciais de um Estado de Direito que, havendo limitado o poder no legítimo interesse da Sociedade, se conduz segundo escolhas positivadas no ordenamento jurídico.<sup>144</sup>

Aliás, a norma aqui discutida possui eficácia plena, apta a produzir todos os efeitos dela advindos, visto que contém todos os elementos necessários para disciplinar de pronto as relações jurídicas que ocorrerem sob à sua égide.<sup>145</sup> Não pode o Judiciário se furtar em aplicá-la na sua plenitude de sentido.

---

<sup>142</sup> STRECK, Lenio Luiz; **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. 2012, p.05.

<sup>143</sup> STRECK, Lenio Luiz; **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. 2012, p.04.

<sup>144</sup> BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 480.

<sup>145</sup> MENDES. Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. 9 Ed. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 69.

Por esse motivo, é essencial observar o ponto de partida com que o intérprete deve atuar na tarefa de interpretação-concretização das normas de direitos fundamentais.

Nesse contexto, J. J. Canotilho faz as seguintes considerações:

(a) o texto da norma é o elemento primário do processo interpretativo; (b) a captação do significado semântico do texto constitucional é a primeira tarefa do hermenêuta constitucional; (c) o processo concretizador da norma, começa com respeito à atribuição de significados aos enunciados linguísticos do texto constitucional.<sup>146</sup>

Assim, para que se concretize a norma esculpida na Constituição Federal, fixada como um direito fundamental, é necessário que o exegeta se ocupe inicialmente com o significado semântico do texto constitucional, para que, após, a atribuição de sentidos seja limitada aos significados verdadeiros dos enunciados linguísticos.<sup>147</sup>

Ressalta-se, ainda, que o texto constante no art. 5º, LVII, da CF e o art. 283 do CPP são claramente convergentes. Na medida em que a Constituição estabelece que a execução provisória está proibida, o que resta explicitado no aludido artigo 283 do Código de Processo Penal. Entender de modo distinto implica em reconhecer que o direito está no poder da Corte de dizer algo que a Constituição não disse.<sup>148</sup> E isso não se pode admitir.

Argumento imperioso e totalmente coerente com o estabelecimento da norma que consta no texto constitucional, é o voto do Min. Ricardo Lewandowski no HC 126.292, ao estabelecer que:

O texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada

---

<sup>146</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Almedina. 2003, p.1215.

<sup>147</sup> Eco, Umberto; **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 80.

<sup>148</sup> STRECK, Lenio Luiz; **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. 2012, p.04.

sempre que contrarie as forças políticas do momento, vez que o comando constitucional é absolutamente imperativo”<sup>149</sup>

À vista disso, observa-se que os dizeres do Min. Ricardo Lewandowski estão em similitude com o que Robert Alexy chama de caráter duplo da norma, isto é, o dispositivo consagra uma regra expressa e um princípio que a fundamenta.<sup>150</sup>

Porém, é necessário entender que no caso não há embate entre a regra e o princípio, pois, posto que convergem entre si, caso isso ocorresse, tendo a regra menos generalidade e mais grau de certeza do que o princípio, esta deveria ganhar prioridade na aplicação.

Portanto, o STF, estabelecer que “a execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência”<sup>151</sup>, resulta em uma deformação do texto constitucional, na medida em que desrespeita a intenção do texto normativo, ao violar a sua coerência e ultrapassar os limites semânticos, assenhorando-se de seu sentido.<sup>152</sup>

A bem da verdade, o voto do relator, Teori Zavaski, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, expressam um discurso neoconstitucionalista equivocado em que a técnica da ponderação de princípios foi utilizada como o maior argumento para dar prevalência ao princípio da efetividade da jurisdição penal em detrimento da norma explícita.

O contexto que envolve a questão da utilização da técnica da ponderação merece reflexão.

---

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>150</sup> ALEXY, Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 141.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>152</sup> ECO, Umberto; **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 50.

## 4.2 A Ponderação de Princípios Frente à Regra do Trânsito em Julgado

A característica primordial dos direitos fundamentais está em saber que estes são direitos do homem protegidos constitucionalmente. Nesse sentido, os direitos fundamentais insistem em sua institucionalização, ou seja, como se não bastasse a sua previsão, a Constituição determina a sua concretização.<sup>153</sup>

Não sem razão, Robert Alexy ressalta que a primeira decisão para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade, portanto, a norma vincula o intérprete.

Já se destacou que o modelo adotado pela Constituição Federal no art. 5º, LVII, que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, definitivamente vincula a culpabilidade ao trânsito em julgado da sentença. Não diferentemente, entra em consonância, conforme demonstrado, o art. 283 do CPP. Regras estas claramente semelhantes e aqui consideradas como *mandamentos definitivos*, que seguem a lógica do tudo ou nada.<sup>154</sup>

Quanto aos dispositivos citados, Luiz Flávio Gomes ressalta que “o constituinte fez uma escolha clara em condicionar o cumprimento da pena ao trânsito em julgado da condenação, de modo que ninguém será tratado como culpado ou será preso antes desse momento.”<sup>155</sup>

Apesar de tais regramentos, a maioria dos Ministros da Suprema Corte, entendem que a discussão específica sobre a execução da pena depois de acórdão proferido por Tribunal, antes, portanto, que se esgote todas as instâncias e se obtenha o trânsito em julgado, perpassa a colisão entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade da lei penal, em prol de objetivos como a prevenção geral.

---

<sup>153</sup> ALEXY. Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 287.

<sup>154</sup> NEVES, Marcelo; **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** 2ª Ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2014. p. 173.

<sup>155</sup> FLÁVIO. Luiz Gomes; **Princípios Constitucionais Penais.** São Paulo. Ed. RT. 2015, p. 32.

Assim, de acordo, com o Min Luís Roberto Barroso, a técnica da ponderação aplicada resulta em que o princípio da presunção de inocência ganhar menor peso frente ao outro. E nesse sentido considera

não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.<sup>156</sup>

Ora, é sabido por parte da comunidade jurídica que os direitos ou garantias fundamentais não são absolutos. Entretanto, quando se trata de regras, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas, a aplicação das mesmas deve ser feita em sua inteireza ou então será descumprida<sup>157</sup>.

Não há nas normas aqui transcritas razões *prima facie*<sup>158</sup>, mas regras que regulam totalmente a matéria que disciplinam e que resultam em *razões definitivas*<sup>159</sup>, das quais surge a regra do trânsito em julgado da sentença para eventual cumprimento de pena e da designação do estado de culpa.<sup>160</sup>

Nessa sequência, acertadamente, o Min. Celso de Melo explicou, que “qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), nenhuma execução de condenação criminal em nosso país”<sup>161</sup>, mesmo se se tratar de simples pena de multa, “pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória”<sup>162</sup>

---

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>157</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2ª Ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2014, p. 175.

<sup>158</sup> ALEXY. Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014, p. 87.

<sup>159</sup> Id., 2014, p.88.

<sup>160</sup> RANGEL, Paulo; **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 24.

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

<sup>162</sup> Ibid., p.85.

Ademais, Ana Paula Barcellos, ressalta ainda que o uso da ponderação “deve ser reservada apenas para as hipóteses de insuficiência das regras, que continua a ser a forma ordinária de aplicação dos enunciados normativos”, em que considera que a Constituição Brasileira é muito mais regulatória do que principiológica.<sup>163</sup>

Desse modo, o caso do Habeas Corpus 126.292, caracteriza-se pela maneira equivocada como a “teoria dos princípios”, sobretudo nos moldes propostos por Alexy, foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao aplicar o método da ponderação para flexibilizar a necessidade de trânsito em julgado para o início da execução da pena, em face de regras concisas, claras e precisas.

Com o resultado da decisão, parece que o direito legislado não oferece minimamente segurança e previsibilidade, na medida em que cada juiz se transforma em uma “constituição viva”<sup>164</sup>, e, assim, comportando-se como poder constituinte originário, constrói o texto legal, perdendo a total capacidade de realçar a os limites da atividade interpretativa.

---

<sup>163</sup> BARCELLOS, Ana Paula de; **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55.

<sup>164</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

## CONCLUSÃO

Embora não se defenda que a Constituição Federal seja um documento estático no tempo, as interpretações operadas na vida judicial devem respeitar os limites semânticos imposto pelo próprio texto normativo, posto que são várias as disposições constitucionais que possuem determinação clara de sentido.

Nesse contexto, insta salientar, que no modelo pós-positivista, reconhecer que a norma fundamental pertença a categoria de regra ou princípio, constitui elemento importante para traçar os parâmetros linguísticos em que o exegeta atribuirá sentido as palavras que compunha o enunciado textual, vez que, a depender da classificação, diversos são os modos em que se pode interpretar a norma.

Todavia, ao que parece, no HC 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a norma do art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal, revela algo que ela mesma não diz, qual seja, que o cumprimento provisório da pena não afronta o princípio da presunção de inocência, explícito no referido texto constitucional.

Ora, a regra constitucional é categórica ao aduzir que “ninguém será considerado culpado até o *trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Logo, o art. 283 do Código de Processo Penal reproduzindo o mesmo teor, determina que “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”.

Daí que são desnecessários grandes esforços para sustentar que sem o trânsito em julgado a culpa não é comportada, tampouco a prisão, vez que o próprio texto determina essa condição como sendo necessária. Sendo, regra, portanto, deve ser aplicada devida a sua estrutura, como razão definitiva, no tudo ou nada.

Ademais, não se está aqui a frente de normas com texturas abertas, como seriam as expressões “dignidade da pessoal humana”, “autonomia da vontade”, “livre iniciativa”, no caso, não existe vagueza, ambiguidade ou qualquer imprecisão sobre o significado de “trânsito em julgado”.

Considerar ainda que se deve ponderar o princípio da presunção de inocência em face do princípio da efetividade da jurisdição é o mesmo que reconhecer que a norma contida no art. 5º, inciso LVII, resulta em um enorme grau de generalidade e abstração que é necessário fixar a sua concretização em maior ou menor escala respeitadas as limitações fáticas e jurídicas.

Ao que tudo indica, a teoria da ponderação foi equivocadamente recepcionada pela doutrina jurídica brasileira e tem sido empregada de maneira distorcida para camuflar decisionismos judiciais, sob o argumento de que sopesar princípios serve sempre como razão de decidir, retirando o postulado da legalidade e da constitucionalidade em decorrência de práticas decisórias inconsistentes e reveladora de abuso de princípios, as quais deveriam aplicar as regras jurídicas em toda sua plenitude.

Aliás, esclareça-se que a Constituição Federal garantia o postulado da presunção de inocência através de regra e não de princípio. Os critérios aqui para solução de conflito, não se fazem necessário, posto que não há regras divergentes, e nem conflito entre regra e princípio.

No fundo, por não concordarem com a constituinte e a constituição, o STF refere-se mais a primazia do populismo penal, do que a primazia da Constituição Federal. Tudo isso no afã no conferir legitimidade à decisão. Deveriam, pois, ter ouvido a lição do ex-ministro Sepúlveda Pertence no MS 20.916/STF: “ é fundamental fugir à tentação de inserir no direito positivo as nossas convicções sobre o que ele deveria ser”.

. A rigor, em outras palavras, argumentos levantados como a morosidade do Judiciário, a enxurrada de recursos, a impunidade, não são suficientes para relativizar uma regra de tamanha importância constitucional.

Por fim, no presente caso, a corte se transubstanciou em poder constituinte permanente, ou seja, em autoridade política soberana, capaz de reescrever cláusulas constitucionais como bem quiser, afrontando a literalidade do texto e alargando seu espaço decisório.

A afronta aos limites da interpretação ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal é escandalosa, principalmente, quando se trata em decidir quem vai para a



prisão, antes do comando categórico de que é o trânsito em julgado, que afirma a culpabilidade e proíbe o cumprimento provisória da pena.

De todo modo, precisamos refletir sobre os limites do sistema judiciário na interpretação da Constituição. Ele não faz o texto contido na norma. Ele o cumpre. Claro que também não é inerte, não é por assim dizer a boca da lei, entretanto, também não é o proprietário dos sentidos de todo o texto.

O enunciado normativo deve ser levado a sério para evitar que o intérprete se transforme em legislador e ocupe todos os espaços. A tese do relator, no HC 126.292, esvaziou o sentido originário da expressão “trânsito em julgado” e converteu, precisamente, em “não-trânsito em julgado”.

Nós temos uma Constituição e, gostemos dela ou não, precisamos respeitá-la!

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de; **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

BETIOLI, Antonio Bento; **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 2013, p. 411

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional** - 32ª Ed. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2015. Publicado no DJE nº100 em 17/05/2016, Ata nº71/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Almedina. 2003.

ECO, Umberto; **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva. 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª Ed. São Paulo. Atlas. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

KUHN, Thomas. S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos; **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011.

MENDES. Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional**. 9º Ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

MÜLLER, Friedrich; **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES. Marcelo; **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença do paradoxo do sistema jurídico. 2ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2014.

RANGEL, Paulo; **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SIMON, Henrique Smidt. **Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo**. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª Ed. Porto Alegre. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. 2012.

## ANEXO

HC 84078/MG OU STF JULGADO EM 05/02/2009.

RELATOR. MIN. LUIZ FUX.

**EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.**

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos

magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

**7.** No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

**8.** Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.