



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA CRIMINAL

Eduardo Puhl¹
Matheus Felipe de Castro²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar os argumentos dos ministros do STF no julgamento do HC 126.292, sobre a compatibilidade ou não entre o princípio constitucional do estado de inocência e o início antecipado do cumprimento da pena decorrente de sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. A Teoria da Moldura Normativa de Kelsen e a Teoria do Suporte Fático de Alexy foram utilizadas como referenciais teóricos para o entendimento das divergências surgidas entre os Ministros do Supremo nesta decisão. Foram verificadas tensões entre pontos de vista normativistas e pós-positivistas nos votos divergentes, levando a uma decisão final dividida e contraditória. O método utilizado foi o dedutivo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Estado de inocência. Positivismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal.

¹Mestrando em Direito (Direitos Fundamentais Cíveis) na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa "Proteção Das Liberdades Na Sociedade Do Controle" (CNPq/UNOESC). Membro do Grupo de Pesquisa "Justiça, Sociedade e Direitos Humanos" (CNPq/UnC). Pós-graduado em Direito Público e Privado: Material e Processual pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Agente Penitenciário – Departamento de Administração Prisional do Estado de Santa Catarina. Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado (UnC). Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: eduardopuhl@gmail.com

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UNB); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professor colaborador do Mestrado Profissional em Direito e Acesso à Justiça da UFSC; professor titular do Programa acadêmico de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e advogado em Florianópolis. Santa Catarina. Brasil. E-mail: matheusfelipedecastro@gmail.com. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-0534-7981>.

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE STATE OF INNOCENCE AND EARLY COMMENCEMENT OF THE CRIMINAL PENALTY

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the arguments of the STF ministers in the judgment of HC 126.292, regarding the compatibility between the constitutional principle of the state of innocence and the early commencement of the sentence resulting from a conviction in a second degree of jurisdiction. Kelsen's Normative Frame Theory and Alexy's Phatic Support Theory were used as theoretical references for understanding the divergences arising between the Supreme Ministries in this decision. Tensions were found between positivist and post-positivist points of view in divergent votes, leading to a divided and contradictory final decision. The method used was deductive.

Keywords: Fundamental Rights. State of innocence. Legal positivism. Neoconstitutionalism. STF.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho situa-se no plano da Teoria da Democracia, a qual, segundo Hans Kelsen (2000, p. 142) seria um método de organizar a ordem social por intermédio de uma ordem jurídica estabilizadora. E é sobre a estabilidade dessa ordem jurídica vigente, da necessidade de se garantir certa *previsibilidade* para a aplicação das regras jurídicas que o presente trabalho se desenvolverá.

A tensão entre o normativismo positivista e o neoconstitucionalismo, entre poder e justiça, já havia sido objeto de estudo de outros importantes trabalhos justamente por encontrar-se no âmago do que se discute atualmente sobre a efetividade dos provimentos jurisdicionais, além de constituir o cerne do debate clássico que sempre opôs as correntes do pensamento positivista ao pensamento de natureza jusnaturalista.

É neste contexto que emerge a importância da discussão acerca do estado de inocência e que delimita o presente trabalho. Por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal alterou seu próprio entendimento e passou a permitir a execução provisória da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segunda instância. Essa mudança de paradigma obteve grande repercussão e levou à manifestação de muitos juristas.

Para compreender a dimensão da repercussão que o assunto proporcionou é necessário observar como o estado de inocência foi abrigado pelo Ordenamento jurídico brasileiro. A execução provisória da sentença criminal era permitida antes da Constituição de 1988. Com a sua promulgação, o estado de inocência ganhou relevância tendo em vista a redação do inciso LVII do artigo 5º, o qual estabeleceu que ninguém seria considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Esta regra jurídica provocou inúmeras discussões. Em 1990, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 9, afirmando que a prisão provisória, para apelar, não ofenderia o princípio Constitucional da presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento do HC 68.726, em 1991, fixou o entendimento de que a execução provisória da pena não ofendia o princípio constitucional da presunção de inocência. Esta estabilidade perdurou até o ano de 2009, quando o pleno do STF julgou o HC 84.078, sedimentando a interpretação de que só poderia haver execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal, em consonância com o dispositivo constitucional.

Em 2016 houve novo *overruling*³, retomando o entendimento anterior e possibilitando a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Nessa esteira, o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 964.246 reconheceu a repercussão geral sobre a execução provisória da pena e reafirmou a jurisprudência do STF.

Diante da grande repercussão e das discussões derivadas, mormente pela polêmica acerca do estado de inocência, foram protocolizadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), as ADC's 43 e 44, questionando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (o qual foi modificado em 2011 para dar conformidade ao texto constitucional e à então posição do STF) que exige o trânsito em julgado para o cumprimento da sentença condenatória. Além dessas, a ADC 54

³A superação (*overruling*) consiste no enfrentamento de um precedente bem estabelecido sob o argumento de que ele perdeu seu fundamento normativo. GLEZER, Rubens. Ratio decidendi. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidenti>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

ataca a súmula 122 do TRF-4, que determina a prisão automática após a confirmação da sentença por um órgão colegiado.

Enquanto não se resolve o mérito das referidas ADC's, o julgamento dos HC's impetrados perante o STF são decididos ora permitindo a execução provisória da pena (por exemplo: HC 130.709, HC 137.716, HC 137.849, HC 152.752), ora liberando o paciente para que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (por exemplo: HC 135.951, HC 140.217, HC 142.012, HC 142.017, HC 147.452).

Esta flutuação hermenêutica decorrente das distintas decisões sobre um mesmo assunto encontra-se no cerne do decisionismo que envolve a aplicação das normas jurídicas, especialmente as normas de direitos fundamentais, e é capaz de gerar elevada tensão e conseqüentemente ignificar calorosas batalhas ideológicas entre os defensores do normativismo positivista e do neoconstitucionalismo. Neste ponto se cristaliza o problema da pesquisa: haveria compatibilidade entre o princípio constitucional do estado de inocência e a execução provisória da sentença penal condenatória?

A hipótese inicial é de que a execução provisória da pena é incompatível com o princípio constitucional do estado de inocência, mormente pela suposta ruptura da moldura normativa. Com isso, o debate utilizando os argumentos de Hans Kelsen (talvez o maior expoente do positivismo) e de Robert Alexy (autor significativo que posicionou sua obra como uma superação do positivismo) ganha importância no seio da comunidade jurídica, visto que muitas decisões judiciais são fundamentadas (ao menos discursivamente) utilizando-se de critérios estabelecidos nas obras destes dois proeminentes juristas.

Em face da já citada flutuação hermenêutica, apresentar-se-á como contraponto à Teoria da Moldura Normativa de Kelsen a Teoria do Suporte Fático Restrito/Amplo de Alexy, esta representando as teses neoconstitucionalistas e aquela o respeito à legalidade estrita, justamente por demonstrarem formas distintas de aplicação da norma jurídica.

O presente trabalho utilizará prioritariamente o método analítico-descritivo, a fim de identificar nos votos dos Ministros do STF os principais pontos de tensão entre as teorias de Kelsen e Alexy, no intuito de fomentar a discussão sobre estas teorias clássicas. Para tanto, o ponto de partida será a análise do estado de

inocência, positivado no art. 5º, LVII da Constituição de 1988, e que foi motivo de grande debate por ocasião do julgamento do HC 126.292 no Supremo Tribunal Federal, bem como pelos desdobramentos decorrentes desta decisão paradigmática.

As seções deste artigo estão assim divididas: na primeira seção analisaremos o princípio constitucional do estado de inocência e como este vem sendo interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, desde um momento pré-Constituição de 1988 até a protocolização das ADC's 43, 44 e 54; na segunda seção descreveremos as teorias utilizadas como referencial teórico para o presente trabalho e, por fim, na terceira seção, identificaremos os possíveis pontos de tensão entre os referenciais teóricos a partir da análise dos votos dos ministros do STF.

2 ESTADO DE INOCÊNCIA E CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA

Luigi Ferrajoli (2002, p. 441) afirma que apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado pelas práticas inquisitoriais aplicadas na Idade Média, sendo suficiente recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais leve.

Segundo apontado por Aury Lopes Júnior (2015, p. 91) o *Directorium Inquisitorium* de Eymerich orientava a tortura para os suspeitos que tivessem uma testemunha contra ele, pois um boato e um depoimento constituiriam, juntos, uma semiprova que seria suficiente para fundamentar uma condenação.

Para Salo de Carvalho (2005, p. 51) o marco principal do ressurgimento do estado de inocência ocorreu em pleno iluminismo, ao final do século XVIII, na Europa Ocidental, pela insurgência contra o sistema penal inquisitório, em que a obra "Dos Delitos e Das Penas", de Cesare Beccaria, teve grande influência.

Conforme Beccaria (2012, p. 47), ninguém pode ser condenado como criminoso até que sua culpa seja provada, nem a sociedade poderia lhe retirar a proteção pública até que tenha sido provado que houve violação das regras pactuadas.

Tanto o princípio de submissão à jurisdição como a presunção de inocência do imputado foram adotados no art. 8 da Constituição da Virgínia e nos arts. 7 e 9 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (FERRAJOLI, 2002, p. 442).

Paulo Rangel (2015, p. 23-24) complementa ao afirmar que foi durante a Revolução Francesa que nasceu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagrando a presunção de inocência em seu art. 9º.

Inspirada nesta Carta de Direitos e elaborada após a Segunda Guerra Mundial em 1948, a Declaração Universal Dos Direitos Humanos (DUDH) é um instrumento que vem reconhecer a dignidade inerente a todo ser humano e de seus direitos iguais e inalienáveis, albergando explicitamente o estado de inocência. Do seu art. XI, 1, se extrai que todo ser humano acusado de um crime, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa, tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei.

Em 1948, entretanto, o estado de inocência não era previsto pelo Ordenamento jurídico do Brasil, não estava positivado na Constituição. De acordo com Christopoulos e Malta (2017, p. 68), a primeira vez que a presunção de inocência foi elevada ao patamar de norma constitucional foi com a promulgação da Constituição de 1988, em decorrência do movimento constitucional de um período de redemocratização e contrário ao regime militar então vigente.

O estado de inocência foi positivado no art. 5º, LVII. Segundo a Constituição, um indivíduo só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Ordenamento jurídico brasileiro, contudo, fornece uma importante complementação. O Decreto-lei 4.657/42, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), traz a definição de coisa ou caso julgado. De seu art. 6º, §3º, se extrai que a decisão de que não caiba mais recurso chama-se de coisa julgada.

Assim, da relação de complementariedade entre a Constituição de 1988 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, depreende-se que somente após o esgotamento das vias recursais haverá coisa julgada e consequente consolidação da culpa. Ou seja, para o Ordenamento pátrio em vigor, o estado de inocência acompanha o indivíduo por toda a persecução penal, até o trânsito em julgado, quando inexistem recursos a serem opostos.

Obedecendo a hierarquia das normas do Ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 221), em que a norma hierarquicamente inferior retira seu critério de validade da norma hierarquicamente superior, a redação do artigo 283 do CPP foi alterada em 2011, adequando-se à norma constitucional que abriga o estado de inocência e o então vigente entendimento do STF. A atual redação assim estabelece:

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

Analisando o art. 283 se verifica a impossibilidade da prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, excetuando-se as prisões em flagrante e as cautelares, desde que devidamente fundamentadas pela autoridade judiciária competente. Este artigo complementa e explica o dispositivo constitucional, materializando e corroborando a necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena.

Conforme Paulo Rangel (2015, p. 24) a atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal impede a prisão em decorrência da sentença condenatória, visto que o texto do referido artigo exige a sentença condenatória transitada em julgado. Compartilhando do mesmo raciocínio, Oliveira (2015, p. 498) entende que o art. 283 do CPP afasta expressamente a execução provisória da condenação criminal.

No mesmo sentido, complementando o Ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, prevê em seu art. 105 que o juiz expedirá guia de recolhimento após o trânsito em julgado da sentença. Novamente se exige a coisa julgada, inexistindo previsão normativa para execução provisória.

Segundo Aury Lopes Jr. (2015, p.92-93), a presunção de inocência é o princípio reitor do processo penal, cujo nível de observância pode ser utilizado como parâmetro para verificar a qualidade de um sistema processual, impondo um dever de tratamento que exige que o réu seja tratado como inocente até o trânsito em julgado.

Como bem apontado por Ashworth (2006, p. 75), pelo fato de a presunção de inocência encontrar um lugar em todos os documentos de direitos humanos

conhecidos, pode-se assumir que seja um dos direitos menos controversos. Esta observação complementa e reforça a importância que o estado de inocência tem para a proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 fala da afirmação da presunção de inocência como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo, garantindo que a prisão anterior ao trânsito em julgado – prisão processual – seja efetivamente fundamentada pela autoridade competente e afastando a execução provisória da pena (OLIVEIRA, 2015, p. 497-498).

Importante ressaltar que a força normativa do estado de inocência impõe a liberdade como regra e a prisão como medida excepcional. Justamente por esse motivo é que o trânsito em julgado se apresenta como marco inicial para o cumprimento da pena, exatamente como o assinalado por Christopoulos e Malta (2017, p. 74).

Apesar de aparentemente cristalina, a norma que abriga o princípio constitucional do estado de inocência encontra-se no epicentro do debate sobre a execução provisória da pena. E a relevância deste debate se justifica justamente por se tratar de ameaça de violação de direitos fundamentais. Quando se fala em execução provisória da pena, o direito fundamental mais diretamente afetado é o direito fundamental de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, última instância recursal e guardião da Constituição, é o ponto de convergência responsável pela resolução das controvérsias, bem como das questões mais caras para o povo. Conforme assinala Assis (2018, p. 144) a discussão sobre a abrangência do estado de inocência ainda está muito acesa no e a pendência de ações que debatem o tema apontam possíveis alterações de entendimento na jurisprudência do STF.

O julgamento do mérito, ainda pendente, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, ADC 43 e ADC 44 mais especificamente, poderá corroborar o firmado na decisão do HC 126.292 ou retomar o entendimento anterior, de que só cabe execução de pena após o trânsito em julgado, num verdadeiro caso de “represtinação” da jurisprudência.

Com a relativização do estado de inocência, no julgamento do paradigmático HC 126.292, abriu-se espaço para a execução provisória da pena, ainda que na pendência do julgamento de recursos. Como apontado anteriormente, serão

utilizados os argumentos de Kelsen e Alexy acerca da aplicação das normas de direitos fundamentais, utilizando como caso/objeto a norma constitucional estabelecida no art. 5º, LVII da Constituição de 1988 e sua interpretação pelo STF neste caso específico.

Como Kelsen e Alexy fizeram suas proposições lastreadas pelas leis europeias, o foco deste trabalho será nos seus argumentos e não naquela legislação em si. Como bem explicam Portal e Gloeckner (2017, p. 397), os sistemas jurídicos de outros países não podem servir de parâmetro para comparar a literalidade do texto supremo, pois, ao fazê-lo, implicaria analogia *in malam partem*.

3 O NORMATIVISMO POSITIVISTA DE KELSEN E O PÓS-POSITIVISMO DE ALEXY

Como o ponto de partida proposto por este trabalho foi o estudo do estado de inocência - direito fundamental constante em todos os documentos conhecidos que versam sobre direitos humanos e que está previsto na Constituição de 1988 - e sua relativização por ocasião do julgamento do paradigmático HC 126.292, será abordada a Teoria da Moldura Normativa de Kelsen e, como contraponto, a Teoria do Suporte Fático defendida por Alexy, no intuito de subsidiar o capítulo seguinte, que tratará da tensão e diferenças para a aplicação do direito entre estas duas linhas de pensamento.

3.1 TEORIA DA MOLDURA NORMATIVA DE KELSEN

Um dos mais importantes e influentes estudiosos da ciência jurídica, Hans Kelsen nasceu em Praga, em 1881. Construiu sua carreira na Universidade de Viena, graduando-se em Direito e Ciência Política, com doutorado em Ciências Jurídicas e tornando-se Livre-docente em Direito Constitucional e Filosofia do Direito. Autor de uma vasta produção acadêmica, seus livros são lidos por todo o mundo (SILVA *et. al.*, 2016, p. 920). A Teoria Pura do Direito, talvez a obra mais importante de Kelsen, é onde se encontra a Teoria da Moldura Normativa e que será analisada neste ponto.

Segundo o proposto na Teoria Pura do Direito, o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de modo a corresponder a uma dentre várias significações da mesma norma. O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. O Direito deve se manter dentro dessa moldura, podendo ser preenchido em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009, p. 390).

Em outras palavras, o texto normativo estabeleceria uma moldura que admitiria várias decisões, as quais seriam consideradas corretas em face de fatos semelhantes e diante do mesmo quadro normativo, e dentre elas poderia se extrair uma decisão considerada legal ou válida (CASTRO, 2012, p. 101).

Dessa forma, o resultado de uma interpretação jurídica deve ser realizado dentro a moldura do Direito a interpretar, dentro das várias possibilidades proporcionadas por essa delimitação. A interpretação de uma lei provavelmente não conduzirá somente a uma única solução, mas possivelmente a várias, de igual valor (KELSEN, 2009, p. 390).

Kelsen diferenciava o trabalho do cientista do direito do trabalho do aplicador do direito. O cientista do direito seria o sujeito encarregado de interpretar a ordem jurídica e identificar as múltiplas possibilidades de aplicação da lei dentro da moldura, pautado pela neutralidade. O aplicador do direito, por sua vez, teria por função decidir a partir do direito legislado, devendo escolher uma dentre as várias significações no momento da aplicação da lei ao caso concreto, num ato de vontade que teria natureza política (CASTRO, 2012, p. 101).

Esse ato de vontade de natureza política distingue a interpretação jurídica feita pelo aplicador do direito de qualquer outra interpretação, especialmente a interpretação do cientista do direito, sendo uma interpretação autêntica que cria Direito, em cuja base está sempre o poder (CASTRO, 2012, p. 102).

Conforme aponta Oscar Correias (1989, p. 49), a Teoria Pura do Direito é uma obra que traz uma proposta de ciência pura, que deve descrever as normas e não opinar se estas são ou não justas. Ou seja, não cabe ao aplicador do direito avaliar a justeza da norma, a decisão deve ficar sempre dentro dos limites da moldura.

Essa visão separatista considera que o estudo e a compreensão do Direito não incluem sua avaliação moral, cujo reconhecimento da validade de uma norma

ou sistema jurídico não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto; depende apenas da formalidade (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 241).

Destaca-se que o positivismo kelseniano reconhece a validade das decisões jurídicas desenvolvidas de acordo com a estrutura descrita em sua teoria, de que qualquer decisão que esteja contida na referida moldura normativa pode ser considerada como uma interpretação válida. Apesar de a moldura significar certa delimitação de possibilidades, entretanto, as variações interpretativas ainda são muitas e a ausência de outros parâmetros, como, por exemplo, a ética e a moral, poderiam comprometer as escolhas a serem feitas (CORRÊA; ALVES, 2015, p. 75).

A construção da teoria da moldura de Kelsen, portanto, pressupõe uma norma jurídica formal e que separa o direito da moral, a qual impõe uma moldura para a lei e que permite a escolha de uma decisão para o caso concreto, dentre as várias possibilidades possíveis, sendo esta decisão considerada válida.

3.2 TEORIA DO SUPORTE FÁTICO DE ALEXY

Robert Alexy é o autor, dentre outras, da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de onde retiramos sua posição sobre a teoria do suporte fático, objeto deste ponto do trabalho e que servirá como contraponto ao que foi proposto por Kelsen, tendo em vista que a proposta de Alexy seria de uma superação do positivismo.

Segundo Barroso (2017, p. 11) obra do Professor Robert Alexy influenciou muitas transformações no Direito contemporâneo. Destaca-se sua valiosa e decisiva contribuição para a criação de uma cultura jurídica “não positivista”, bem como para a centralidade dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da Constituição. Com efeito, no centro das reflexões do Professor Robert Alexy, encontra-se a tese de que o Direito possui natureza dupla, com uma dimensão real (ou fática) e outra ideal. A dimensão fática se manifesta na validade formal da norma e na sua eficácia social.

Conforme assinala Barroso (2017, p. 10), a doutrina pós-positivista busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Esta leitura moral citada pelo Ministro Barroso encontra guarida no

campo da subjetividade, ampliando as possibilidades de interpretação das regras e princípios.

Tratando regras e princípios como espécies do gênero norma, distingui-las pressupõe que direitos fundamentais tenham um suporte fático amplo. Significa dizer que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser interpretado da maneira mais ampla possível e que o conceito de intervenção nos direitos faz parte do suporte fático (SILVA, 2006, p. 24).

Robert Alexy deixa isto claro, ao afirmar que as restrições a direitos fundamentais são normas, a qual somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela estiver de acordo com a Constituição (ALEXY, 2015, p. 281). Aqui o respeito à legalidade estrita ainda parece ser mais respeitado, diferentemente de quando se avança para os princípios.

Para a Teoria dos Princípios, a principal diferença entre regras e princípios está na estrutura dos direitos que essas normas garantem. As regras garantem direitos ou impõe deveres definitivos, os quais devem ser realizados totalmente. Os princípios, por outro lado, não exigem realização total; essa realização é parcial, visto que há diferença entre o que é garantido ou imposto *prima facie* e o que é garantido ou imposto definitivamente (SILVA, 2006, p. 27).

As teorias restrita e ampla do suporte fático, por sua vez, possibilitam diferentes interpretações para um mesmo problema. O ponto fundamental desse debate consiste na preocupação com a proteção dos direitos fundamentais para que não sejam violados ou restringidos sem que haja uma fundamentação apropriada (STRAPAZZON; PICCOLO, 2012, p. 248).

A não garantia a determinadas ações, estados ou posições jurídicas é a principal característica das teorias que pressupõe um suporte fático restrito, as quais se baseiam numa exclusão *a priori* de condutas ou situações de âmbito de proteção de alguns direitos (SILVA, 2006, p. 49).

Dada a importância do estado de inocência e da execução provisória da pena, mormente pelos reflexos e afetação dos direitos fundamentais de liberdade e segurança, o presente trabalho dará maior ênfase ao suporte fático amplo, pois este parece ser o instrumento mais utilizado para a justificação das decisões que vão além da legalidade.

Uma construção robusta do suporte fático ganha importância para elaboração de uma fundamentação apropriada. O suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção é baseado nas relações entre os conceitos de intervenção, bem protegido, restrição e proibição definitiva e *prima facie*. Tais relações podem ser expressas pelas denominadas leis de intervenção, bem como por meio de suas contraposições, conforme segue (ALEXY, 2015, p. 306):

- (I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.
- (II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.
- (III) Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelo direito fundamental não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.
- (IV) Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição.

A partir dessas afirmações o Professor Alexy ensina que é possível construir um conceito de suporte fático do direito fundamental que contenha todas as condições para uma consequência jurídica (proteção) desse direito e que esse conceito deve ser denominado suporte fático em sentido amplo. Para que essa proteção definitiva do direito fundamental ocorra, deve haver o preenchimento do suporte fático e o não preenchimento cláusula de restrição (ALEXY, 2015, p. 307-308).

A manutenção do suporte fático amplo é necessária, na opinião de Alexy, para que a definição das restrições definitivas de direitos fundamentais ocorra de maneira racional. Em se tratando de direitos fundamentais, os juízos somente serão corretos quando resultarem de um correto sopesamento, e essa ideia exige uma teoria ampla de suporte fático, a qual inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que atue em favor de sua proteção (ALEXY, 2015, p. 322).

Segundo Alexy (2015, p. 328), sempre que surgirem dúvidas sobre uma proteção ou não proteção constitucional, a Teoria do Suporte Fático Amplo pode pressupor a existência de um caso concreto, o que abriria caminho para uma

argumentação substancial orientada pela proporcionalidade e que poderia autorizar a relativização de um direito fundamental em detrimento de outro.

Para Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 35), um modelo que amplia a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e de intervenção estatal deve estar pronto para lidar com a colisão entre direitos e sua consequente restrição em determinadas situações. Essas colisões se encontram no epicentro da tensão entre as correntes normativistas e neoconstitucionalistas.

4 A LÓGICA DA TENSÃO ENTRE KELSEN E ALEXY

Destacados os aspectos do estado de inocência, execução provisória da pena, moldura normativa e suporte fático amplo, passa-se ao ponto fulcral deste trabalho, que é a análise da tensão que envolve a aplicação dos direitos fundamentais, baseada neste caso na flutuação hermenêutica decorrente da mudança de entendimento acerca do estado de inocência após o julgamento do paradigmático HC 126.292.

Nesse ponto vislumbra-se a possibilidade de ameaça ao direito fundamental de segurança jurídica. A ameaça de violação a este direito parece ter gênese na flutuação hermenêutica resultante dos distintos provimentos jurisdicionais prolatados pelos magistrados quando do julgamento de casos envolvendo fatos semelhantes.

Conforme afirmação de Christopoulos e Malta (2017, p. 74) o posicionamento do STF vem oscilando entre o reconhecimento de que a execução da pena é impedida pelo estado de inocência e o entendimento de que este não frustra a execução. Tal oscilação cristaliza a insegurança jurídica e gera tensão entre as teorias apresentadas.

Durante o julgamento do HC 126.292, que resultou na relativização do estado de inocência permitindo a execução provisória da pena, os Ministros do STF se utilizaram de vários argumentos para dar suporte às suas decisões. Como se verificará no decorrer deste ponto, os Ministros se valeram de argumentos de autoridade e da autoridade de argumentos⁴.

⁴Termos retirados da obra de Pedro Demo: “Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia”. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2005.

Para tornar possível a identificação desses argumentos torna-se imprescindível a citação de excertos dos votos proferidos pelos Ministros naquela ocasião, pois é esse o ponto em que os magistrados fazem a sua exposição de motivos, assinalando os que justificam e sedimentam a decisão.

Do voto do relator, o Ministro Teori Zavascki, extrai-se que se busca um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade da jurisdição penal (BRASIL, 2016, p. 4). De plano verifica-se que o Ministro demonstrou haver dois princípios em colisão, o que poderia ser resolvido pela teoria de Robert Alexy.

Ainda sobre o voto do Ministro Teori Zavascki:

A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016, p. 18).

Ao afirmar que o julgador pode determinar o cumprimento da pena, com restrição da liberdade do condenado, o Ministro Zavascki parece excluir o direito *prima facie* apontado por Robert Alexy, o que poderia ser entendido, numa sucinta análise, como utilização de um suporte fático restrito.

O Ministro Edson Fachin afirma interpretar a norma constitucional sem apego a literalidade da lei (BRASIL, 2016, p. 21) e que entende que a presunção de inocência é um princípio e deve ser interpretado levando-se em consideração todo o sistema constitucional. Por fim, reforça seu voto com o argumento de que o processo só teria fim após a desistência do réu para opor infundáveis embargos de declaração (BRASIL, 2016, p. 24)

Os Ministros Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016, p. 41) e Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 2016, p.72) concordam que com o avanço do processo a presunção de inocência vai “diminuindo” e a culpa vai ficando demonstrada. Ou seja, não existiria um ponto exato em que se passaria da inocente à culpado. Essa progressão seria gradativa.

O Ministro Barroso justifica a relativização do estado de inocência afirmando que o impedimento da execução implica consequências negativas para a justiça criminal: 1) seria um incentivo à infundável interposição de recursos; 2) reforçaria a seletividade do sistema penal, visto que só recorre quem tem condições financeiras e 3) agrava o descrédito da justiça perante a sociedade (BRASIL, 2016, p. 32-34).

Percebe-se que o Ministro Barroso faz um esforço para construir um suporte fático amplíssimo de forma a fundamentar sua decisão, com fortes conteúdos morais. Afirma, ainda, que a relativização do estado de inocência é consequência de mutação constitucional, caso em que a alteração da compreensão da realidade social altera o significado do direito (BRASIL, 2016, p. 35).

O Ministro Barroso ainda afirma que a presunção de inocência é um princípio e não uma regra (BRASIL, 2016, p. 39) e como princípio, estaria sujeito à ponderação da teoria de Robert Alexy que, adotando a Teoria Do Suporte Fático Amplo, delega à interpretação judicial a complementação das lacunas legais com critérios morais deduzíveis de uma metafísica teoria da justiça de que seriam detentores esses agentes públicos.

Fica claro que para os Ministros que relativizaram o estado de inocência o fizeram por considerá-lo como um princípio, nunca uma regra. Ao fazê-lo, trataram de construir um suporte fático o mais amplo possível de modo a dar maior peso a outros princípios, como o da efetividade da prestação jurisdicional, por exemplo, tornando possível a mitigação do estado de inocência, enquanto regra, imprimindo-lhe conteúdos de ordem moral momentânea.

Por outro lado, foram elaborados votos a favor da concessão da soltura do paciente, que entenderam que o estado de inocência deveria ser preservado até o trânsito em julgado, apegando-se à forma, ou aos limites da moldura impostos pela norma constitucional. Significa dizer: respeito à legalidade estrita.

O Ministro Marco Aurélio afirma que devem ser guardados parâmetros, princípios, valores, para não gerar instabilidade e não surpreender a sociedade e que a interpretação é vinculada ao Direito positivo. Extrai-se do voto:

Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que 'ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória'. O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de

interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional (BRASIL, 2016, p. 77).

Cristalino neste ponto o entendimento do Ministro Marco Aurélio de que o direito posto é tão claro e preciso que não permite interpretação, sob pena de reescrever a norma jurídica. A partir deste comentário pode se verificar um caso claro de respeito à legalidade conforme proposta por Kelsen, ou até mesmo lembrando o juiz boca da lei (MONTESQUIEU, 2014, p. 238), o qual deveria obedecer a literalidade da norma jurídica que expressava a vontade do legislador.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, entende que os limites impostos pelas normas não podem ser transpostos pelo Estado, conforme se verifica a partir deste excerto do seu voto:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal (BRASIL, 2016, p. 88).

Conforme apontado pelo Ministro Celso de Mello, o limite *in casu* seria o trânsito em julgado da condenação criminal. Tal limite parece remeter a Teoria da Moldura Normativa elaborada por Kelsen, uma moldura que o Estado não poderia transpor, sob pena de que sua ruptura comprometeria a própria Democracia.

O Ministro finaliza seu voto lamentando uma preocupante “inflexão hermenêutica”, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais do cidadão, e que a Constituição jamais poderia se submeter à potestade do Estado (BRASIL, 2016, p. 95).

Da leitura dos votos proferidos pelos Ministros do STF nesse caso paradigmático, o HC 126.292, é possível verificar a tensão existente entre os defensores do neoconstitucionalismo e do normativismo. Diante de um resultado (7x4) em que tantos ministros discordam do entendimento adotado pela Corte, bem como pela falta de estabilidade nas decisões, parece haver um excesso de ponderação que acaba por comprometer o pacto democrático.

Fernando Leal (2014, p. 180), por sua vez, afirma que o frequente uso da ponderação pelo Judiciário gera uma proeminência exagerada e que a Teoria dos

Princípios implica decisionismo e eliminação das margens de conformação do legislador, ignorando os limites textuais. Ou seja, acaba por permitir a ruptura da moldura imposta pelo Ordenamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as considerações feitas neste trabalho, da análise do estado de inocência, execução provisória da sentença criminal, Teoria da Moldura Normativa e Teoria do Suporte Fático, bem como dos votos proferidos pelos Ministros do STF no HC 126.292, é possível extrair algumas considerações.

O positivismo jurídico, como pensado por Kelsen, apesar de ter uma importância inestimável para o Direito, não supre todas as necessidades e demandas da sociedade no atual Estado Democrático de Direito. Caso contrário, não teriam surgido teorias pós-positivistas como a de Robert Alexy para tentar preencher as lacunas deixadas. No entanto, as teorias autointituladas pós-positivistas romperam com um postulado importante do iluminismo jurídico, abraçado pelas teorias positivistas: o respeito aos limites da legalidade, como expressão da soberania popular exercida indiretamente por meio dos representantes legais do povo soberano.

Os direitos fundamentais em questão, liberdade e segurança, estão no centro de uma importante discussão e nada garante que o atual entendimento do STF vá perdurar, muito pelos argumentos apresentados e mais pela constante pressão da mídia e da população. Não se pode fechar os olhos também para o jogo político que permeia todo esse cenário. A tensão entre justiça e poder surge do salvo conduto que o neoconstitucionalismo proporciona para que o decisionismo judicial possa relativizar o princípio da legalidade, através da significação aberta do texto legal por critérios morais de indivíduos e não de instituições, como é o caso da Lei.

Nesse momento, a liberdade individual encontra-se mitigada. A norma constitucional, apesar de clara e precisa, foi interpretada como princípio pela maioria dos Ministros e, por isso, relativizada. Não se está aqui criticando Robert Alexy, nem sua teoria, mas talvez a forma de como esta vem sendo utilizada pelo STF e o pelo Poder Judiciário, que se apropriam de teses neoconstitucionalistas para conferir aparência de racionalidade a decisões que rompem com a legalidade estrita e

acabam por restringir um direito fundamental tão caro como o direito fundamental à liberdade. Caso a teoria de Alexy fosse utilizada para considerar a norma constitucional contida no art. 5º, LVII da Constituição de 1988 uma regra, talvez não houvesse tantas interpretações tão distintas. O fato é que os limites da moldura imposta pela norma foram rompidos.

Pode se deduzir, por fim, diante da atual composição do Supremo Tribunal Federal e a conseqüente falta de consenso entre os ministros, que o jogo político e os possíveis interesses subjacentes enfraquecem a Democracia, muito por desrespeito ao normativismo tanto quanto pelo uso desmedido do neoconstitucionalismo, fonte de subjetivismo moral que leva ao decisionismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASHWORTH, Andrew. Four Threats to the Presumption of Innocence. **The International Journal of Evidence & Proof**, v. 10, p. 241-279, 2006. Disponível em: <www.heinonline.com>. Acesso em: 21 jul. 2018.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência. Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar., 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **Fórum Administrativo (FA)**, Belo Horizonte, a. 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm Acesso em: 23 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292**, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 42, p. 35-56, 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183>>. Acesso em: 25 set. 2019.

CASTRO, Matheus Felipe de. A lógica de uma tensão: justiça, poder e efetivação dos direitos fundamentais no debate Kelsen e Alexy. **Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 6, n. 20, p. 96-113, jul./set. 2012.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos; MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. A mutação (in)constitucional da presunção de inocência em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus n. 126.292/SP e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44. **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, p. 67-91, 2017.

CORRÊA, Bianca Kremer Nogueira, ALVES, Natalia Silveira. A interpretação dentro e fora da moldura: o pensamento jurídico hermenêutico de Kelsen e seus desafios no século XXI. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; COSTA, Renata Almeida da; HORTA, José Luiz Borges (coord.). **Filosofia do direito II.** Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen.** UNAM: Ciudad de México, 1989.

DEMO, Pedro. **Argumento de autoridade x autoridade do argumento:** interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **A democracia.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito da leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de inocência no Habeas Corpus n. 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 17, n. 7, p. 391-407, maio/ago. 2017.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Heneique Martim. Hans Kelsen: Filosofia jurídica e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, a. 52, n. 205 jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf> Acesso em: 26 jul. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Lucas Antônio Lopes da; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira; MENDES, Renat Nureyev. Por uma diferenciação dos critérios de justiça, validade e eficácia das normas jurídicas: Leitura comparativa das obras Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen e Teoria da Norma Jurídica, de Norberto Bobbio. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 11, n. 2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 23 jul. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: <https://teiasocial.mpf.mp.br/images/3/31/Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; PICCOLO, Thuany Klososki. Suporte fático: elementos conceituais e as teorias restrita e ampla do suporte fático abstrato das normas de direitos fundamentais. **Unoesc International Legal Seminar** v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/3971/1959>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Artigo recebido em: 18/10/2019

Artigo aceito em: 01/11/2019

Artigo publicado em: 20/11/2019