

# PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Paulo de Tarso Brandão<sup>1</sup>

Resumo: Em recente decisão, que negou medida cautelar em Ações Diretas de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal fixou posição sobre a extensão da norma constitucional que prevê e garante a presunção de inocência no sistema jurídico brasileiro, afirmando a possibilidade interpretar-se flexivelmente a norma para atender interesses de ordem fática. Usando como pano de fundo essa decisão, o trabalho debate as possibilidades, levando-se a sério a opção do legislador constituinte e, por consequência, levando-se a sério a Constituição, de limitar-se Direitos Fundamentais em sistemas jurídicos como o brasileiro. O método utilizado foi o indutivo.

Palavras-chave: Normas. Regras. Princípios.

## Introdução

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, negando cautelar requerida em Ação Direta de Constitucionalidade, aforada pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), afirmou a possibilidade da execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. Os autores propuseram as ações buscando suspender a execução antecipada das penas em casos de julgamento condenatório em segundo grau ainda pendentes o julgamento de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores (STF e STJ), uma vez essa questão havia sido decidida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Habeas Corpus, sem efeito vinculante, afirmando a possibilidade da execução nesse momento processual, mas diversos juízos no país vinham decidindo no mesmo sentido da antecipação da prisão sem que tivesse havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória seguindo aquela decisão.

O presente trabalho pretende oferecer uma leitura e afirmar um posicionamento do autor no debate que se estabeleceu no Brasil após a

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Permanente do Programa de Pós Graduação *stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ. E-mail: [brandao@floripa.com.br](mailto:brandao@floripa.com.br).

decisão. Um expressivo número de juristas se colocou na posição de apoio à decisão do Supremo Tribunal Federal afirmando que não houve violação ao que se convencionou a chamar de princípio da presunção de inocência, ou da não presunção de culpabilidade. Outro grupo, também de considerável expressão numérica, ocupou a posição diametralmente oposta, afirmando, sim, a violação da referida norma constitucional.

É preciso lembrar que a decisão enfrentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que determina que a prisão decorrente de sentença penal condenatória somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão.

Evidente que a moldura para a decisão esteve e está no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e de 1988 e sobre esta norma é que o trabalho preponderantemente se concentrará.

Para uma análise sobre o conteúdo normativo e sobre o direito fundamental que ele visa proteger é preciso, antes de tudo, rever a questão envolvendo a natureza das normas que garantem essa espécie e direitos no ordenamento jurídico brasileiro. No momento seguinte, é preciso debater qual a espécie de norma que o constituinte brasileiro elegeu como a mais adequada para garantir o respeito à presunção de inocência.

Por fim, em razão das posições tomadas acerca dos temas acima, surgirá necessariamente a opinião do autor sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que constitui a preocupação principal do trabalho.

Utilizou-se para construir o trabalho o método indutivo.

## **1. Normas constitucionais garantidoras de Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil.**

Um dos maiores problemas para a garantia dos Direitos Fundamentais no Brasil na atualidade é a identificação correta do conteúdo e da natureza das normas constitucionais que os garantem. Definir claramente qual a espécie de norma, quais as consequências de estar em uma ou outra espécie de norma e qual o limite do interprete

diante dessas normas, é fundamental para definir o alcance e o limite de cada um dos Direitos Fundamentais garantidos na Constituição.

São vários os problemas que determinam a falta de clareza do trato dos Direitos Fundamentais e a forma de garanti-los e ainda o problema de suas limitações. Necessário, portanto, antes de adentrar no tema especificamente algumas superar alguns obstáculos que contribuem para essa opacidade.

O primeiro e talvez mais importante obstáculo reside no fato de uma grande parte dos doutrinadores brasileiros, e parece que agora parte dos Ministros do Supremo Tribunal também, utilizarem conceitos que não correspondem à família de direito e isso se dá, mas não só, em relação ao conceito das normas da espécie princípio.

A referência acima está relacionada ao fato da utilização dos conceitos advindo das lições de Ronald Dworkin e o tratamento das normas, regras e princípios, como se fossem adequados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Este tema já foi tratado em vários artigos anteriores e, em grande medida, é uma repetição do que já foi dito insistentemente, mas sempre fica a sensação de que é preciso insistir veementemente no tema. É por isso que ele (re)aparece aqui.

Dorkin escreve a desenvolve uma teoria do Direito para o direito anglo-americano. Em vários momentos de sua obra isso aparece claramente e em outras facilmente se depreende de sua argumentação. No capítulo 3, intitulado “O modelo de regras II”, de seu importante livro “Levando os direitos a sério”<sup>2</sup>, Dworkin deixa bem claro que sua visão está dirigida para os sistemas jurídicos complexos, “como os que vigoram nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha”. Mais do que isso, no capítulo referido e no anterior, ao estabelecer sua posição, fica bem claro que o seu conceito de regra não se confunde com a noção de regra como aquele que é utilizado em sistema jurídico a que está filiado o Direito brasileiro. Mais importante, ainda, para o que será dito a seguir, é a diferença

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 73.

marcante entre a noção de Princípios para a teoria de Dworkin e para o sistema anglo-americano e aquela, pelo menos no âmbito do contexto normativo, que é adotada pelo Direito Brasileiro e para todos aqueles da tradição Romano-Germânica.

Para Dworkin as regras, sobre as quais ele lança pesadas dúvidas ao fazer seu contraponto com o positivismo, estariam ligadas aos enunciados de direitos e obrigações jurídicas, mas não resolvem inteiramente o problema do direito, que precisa dos princípios, que servem de padrões para aplicação do Direito. É por isso, ele afirma, que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras” e que ele ignora qualquer outro padrão que não é regra. Mais adiante, diz sobre o que entende por princípio (na acepção que interessa a este trabalho): “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.<sup>3</sup>

Vê-se, portanto, que, para Dworkin, princípio, em nenhuma das acepções que ele usa, corresponde ao conceito normativo (uma das acepções em que usado nos direitos de tradição Romano-Germânica). Ele o considera, na passagem acima, um elemento da decisão de não da normatividade.

O raciocínio de Dworkin é absolutamente correto e adequado para os sistemas jurídicos que estão na tradição daqueles sobre os quais recaíram seus estudos e que são alvos de sua preocupação. No entanto, quem estuda os sistemas jurídicos da tradição Romano-Germânica precisa estar atento para uma outra realidade jurídico-constitucional. O foco agora será dirigido para o ordenamento jurídico brasileiro e para a tradição na qual ele se encontra inserido.

No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema normativo é completamente diverso. Para este as normas são divididas em regras e princípios e estes dois tipos de normas são diferentes das normas e princípios no sistema Anglo-Americano. Observa Canotilho,

---

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

evidentemente tratando com foco em ordenamento da mesma tradição do brasileiro<sup>4</sup>, que “a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.<sup>5</sup>

Na lição de Alexy “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”.<sup>6</sup>

Para Alexy, as regras “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”. Esclarece que “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Reforça sua lição afirmando que as regras “contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.<sup>7</sup>

O mesmo autor ensina que princípios, no sentido normativo, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.<sup>8 9</sup>

No que se refere aos âmbitos das regras não há maiores complicações, ou não deveria haver, uma vez que elas expressam o mesmo conteúdo do que antigamente era entendido como norma, quando se fazia a diferenciação entre normas e princípios.

Já com relação a princípios e o papel que eles desempenham no âmbito do Direito brasileiro há alguns complicadores que precisam ser

---

<sup>44</sup> Com exceção de Dworkin, trazido aqui como contraponto por ser um autor que tem sido muito usado para tratar da aplicação da normas de Direitos Fundamentais no Brasil, de forma equivocada, todos os demais, em especial Canotilho e Alexy, que serão muito utilizados a seguir, lecionam para a mesma tradição do Direito brasileiro.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.144.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>9</sup> Aparentemente há um reforço desnecessário no parágrafo em falar em “sentido normativo” e “são normas”. Na verdade, foi dito de forma intencional para chamar a atenção do leitor para um erro que é cometido frequentemente pelos estudantes menos atentos de falar em Princípio como se essa palavra tivesse um único sentido no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Não tem no Brasil, como não tem em Portugal ou na Alemanha. Aliás, como não tem nem mesmo para Dworkin e os sistemas para as quais ele escreve. Sobre esta última afirmação ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

superados para que eles operem, em especial para que eles cumpram a finalidade de garantir direitos fundamentais.

O primeiro ponto a ser considerado é que a **princípio** possui várias acepções que não podem ser confundidas.

Em uma das acepções, a palavra princípio corresponde ao “os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito” e “também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas”.<sup>10</sup> A estes princípios Canotilho atribui o caráter de “parametricidade do direito suprapositivo” e ensina que eles têm a finalidade “densificar os Princípios Constitucionais normativos” (aqueles que são normas e que serão vistos adiante).<sup>11</sup> Aqui estão incluídos os princípios informadores do Direito Constitucional.

Outra acepção possível, também bem explicitado por Canotilho, é a que considera os princípios com parâmetros de interpretação das normas constitucionais. Segundo o autor, no catálogo desses princípios, “desenvolvido a partir de uma postura metódica concretizante”, estão, por exemplo, os princípios “da unidade da constituição”, “do efeito integrador”, “da máxima efetividade”, “‘justeza’ ou da conformidade funcional”, “da concordância prática ou da harmonização”, “a da força normativa da constituição”...<sup>12</sup>

A terceira, aquela que mais interessa aos limites do presente trabalho, é dos princípios como espécie de norma constitucional.

Nesta última acepção é que Alexy apresenta a definição referida anteriormente, ou seja “*princípios são normas*”.

Para Canotilho, muitas vezes, o estudo e a aplicação das normas da espécie princípios envolve uma complexidade decorrente de não ser observada uma questão fundamental: “saber qual a função dos princípios,

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 910.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 910.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.207 a 1.210.

ou seja, se têm função retórica-argumentativa ou são normas de conduta”.<sup>13</sup>

Ainda nesta mesma acepção, de norma, os princípios se dividem, ensina Canotilho, em: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.<sup>14</sup>

Os princípios jurídicos fundamentais, explica o autor, são “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.<sup>15</sup> Aponta como exemplos o princípio da publicidade dos atos processuais e o do acesso ao Poder Judiciário.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são aqueles “que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”.<sup>16</sup> Entre eles se encontram os princípios que definem a forma de Estado, os que definem a forma de governo e, ainda, os estruturantes do regime político.

São princípios constitucionais impositivos “todos os que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização e a execução de tarefas”,<sup>17</sup> como ocorre com o princípio da independência nacional e, entre nós, a vedação de modificação das cláusulas pétreas.

O mais importante dos tipos de princípios, para os limites do presente trabalho, são princípios-garantia. Segundo o autor citado, com apoio em outros importantes doutrinadores que ele define como maioria doutrinária sobre o tema, a estes princípios é “atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”. Afirma ainda, amparado em Karl Larenz e Eros Roberto Grau,

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.145.

<sup>14</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.149-1.151.

<sup>15</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.149.

<sup>16</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.150.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.150-1.151.

que a estes está “o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação”.<sup>18</sup> Seus exemplos para eles são o princípio da legalidade penal, o princípio do juiz natural, do *in dubio pro reo*, entre outros.

O que se pode verificar, então, é que não é possível falar sobre normas de direitos fundamentais sem fazer clara definição de se está tratando de regras ou de princípios e, ainda, saber identificar claramente quando se fala de princípios, qual a acepção na qual o termo é empregado. Sendo na acepção de norma, qual o tipo de norma que ele contém.

Pode-se concluir, com fundamento nas lições acima, que os Direitos Fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, são garantidos em normas que serão regras ou princípios e princípios do tipo “princípios garantias”.

Identificadas as normas garantidoras dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional, é preciso a seguir tratar da operação dessas normas na sua aplicação concreta.

## **2. Concretização do sistema de regras e princípios para a garantia dos Direitos Fundamentais.**

Antes de seguir adiante fica registrado que, de agora em diante, sempre o uso da expressão princípio será na acepção de norma e no sentido de princípio-garantia, conforme está na conclusão do item anterior.

O legislador constitucional brasileiro optou, seguindo orientação dos mais importantes doutrinadores de Direito Constitucional que escrevem para a tradição do direito que o Brasil adota, por prever os Direitos Fundamentais em regras e em princípios. Dependendo da espécie de norma eleita, a concretização de cada um desses direitos se dará de uma forma, segundo a opção do constituinte. Não se trata, é preciso deixar claro, da vaga ideia da vontade do legislador, tão criticada, mas simplesmente de levar a sério a norma constitucional que define e garante

---

<sup>18</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.151.



direitos fundamentais. Trata-se, como diz Alexy, “de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, levar a sério o texto constitucional”, uma vez que “é uma parte do postulado da vinculação à Constituição”.<sup>19</sup>

Para concretizar os Direitos Fundamentais assegurados na Constituição e cumprir a parte do postulado de vinculação à Constituição é preciso, no primeiro momento, identificar qual o tipo de norma que efetivamente o assegura. Esta questão, que aparentemente é mais difícil do que realmente é, estará envolvida no item seguinte, quando for debatida a norma jurídica que assegura a presunção de inocência.

Outro ponto a ser considerado, para o mesmo fim de concretização, é da prevalência de que tipo de norma quando entre diferentes Direitos Fundamentais possam existir, reais ou aparentes conflitos ou colisões. Claramente Alexy afirma, com muita propriedade, que as regras têm primazia na relação com os princípios. Após tecer considerações sobre o fato de as regras e princípios serem normas e que o legislador constituinte opta por positivar os Direitos Fundamentais em ou outro tipo de norma, diz que “quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais a decisão a favor de certos princípios”. A seguir, afirmando que “a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte”, conclui que “é por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”.<sup>20</sup>

Por fim, um terceiro elemento fundamental para a compreensão e concretude dos Direitos Fundamentais é aquele que diz respeito à sua limitação. Sobre esse tema vale a pena lembrar a lição clara e precisa de Konrad Hesse, que segue rigorosamente o mesmo entendimento de Alexy.

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

Konrad Hesse reconhece que os Direitos Fundamentais (que chama de liberdades jurídico-fundamentais), são “liberdades jurídicas” e, por isso, podem ser limitados.<sup>21</sup>

No entanto, explica o mesmo autor, essa limitação também deve ser jurídica e, por isso, “podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição”.<sup>22</sup>

Afirma Hesse que as formas de limitação devem ser buscadas nas próprias normas. A primeira forma diz respeito ao alcance material da norma que molda o Direito Fundamental, o que determinaria a limitação pela própria extensão da Norma. Outra forma de limitação está na presença de comandos normativos restritivos na própria Norma Constitucional que enuncia o direito fundamental. Ainda pode a Norma Constitucional que estabelece o direito fundamental determinar uma “reserva legal” pela qual “o legislador [infraconstitucional] fica autorizado a determinar os limites da garantia”. Faz neste ponto, uma diferenciação entre o que chama de restrição “por lei”, quando o próprio legislador efetua a limitação, e restrição “com base em uma lei”, quando o legislador “normaliza os pressupostos sob os quais órgãos do poder executivo ou judiciário podem, ou devem, realizar a limitação”.<sup>23</sup>

A última forma de limitação, que ele chama de “coordenação de direitos de liberdades e outros bens jurídicos”, em que se encontram os Direitos Fundamentais estabelecidos no nível de Normas Constitucionais da espécie Princípios. Neste ponto observa que dos “limites da limitação admissíveis de Direitos Fundamentais pelo legislador, deve ser separada a questão sobre os limites do controle judicial dessa limitação”.<sup>24</sup> É neste espaço restrito, e só nele, que Hesse e Alexy admitem a ponderação. A ponderação, portanto, é uma forma de superação da eventual (observe-se: eventual!) colisão de normas da espécie princípio.

---

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

<sup>23</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 251-253.

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

Quando trata do controle judicial dos limites, Konrad Hesse lança uma importante observação que deveria ser (e não é) observada no Brasil: “Aqui o juiz, não deve pôr sua concepção no lugar da concepção da maioria nos corpos legislativos, a não ser que a liberdade de decisão do legislador, fundada na ordem democrática da Lei Fundamental, deva ser mais limitada do que a Constituição prevê”.<sup>25</sup> Ou seja, o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode ampliar o direito fundamental e nunca restringi-lo. Para ser claro: não pode ampliar a limitação do Direito Fundamental.

A não observância por parte do aplicador dos Direitos Fundamentais dessas formas de limitação, gera o que o autor denominou de “escavação interna”<sup>26</sup> de Direitos Fundamentais.

Para a superação dessa deficiência na aplicação das Normas Constitucionais, com um olhar já adaptado ao sistema brasileiro, é possível encontrar nas lições de Konrad Hesse e Robert Alexy as chaves que permitem levar a sério as garantias estabelecidas na Constituição brasileira.

Sob esse enfoque é que será tratado, no item seguinte, o Direito Fundamental da presunção de inocência na ordem constitucional brasileira e analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal anunciada na introdução.

### **3. Presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43 e 44.**

Como afirmado na introdução o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados (CFOAB) aforaram no Supremo Tribunal Federal Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que receberam os números 43 e 44, respectivamente.

---

<sup>25</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

<sup>26</sup> Expressão que, sinteticamente, quer indicar: “direitos fundamentais, apesar de sua vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva”. V. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 264.

Os autores das ações pretendiam afirmar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal para garantir que uma decisão anterior do mesmo Supremo Tribunal Federal, em sede de **Habeas Corpus**, reconhecendo a possibilidade da prisão decorrente de sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, mas ainda pendente de julgamento pelos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça). Embora a decisão que os Autores das ações pretendiam ver afastada não estivesse qualificada pela repercussão geral, muitos juízos no Brasil vinham aplicando, com base naquele julgado, a prisão antecipada, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Ocorre, no entanto, que as ações terminaram tendo um efeito reverso. Ao negar o pedido cautelar em ambas as ações, que foram julgadas conjuntamente, o Supremo Tribunal Federal, por escassa maioria, terminou decidindo que há a possibilidade sim da prisão nas condições contestas nas ações, dando ao chamado “princípio da presunção de inocência” uma interpretação que não se coaduna com a norma protetiva da presunção de inocência como esta prevista na Constituição da República.

Antes de prosseguir, em homenagem ao leitor, vale transcrever a norma que os autores pretendiam fosse declarada constitucional:

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.<sup>27</sup>

A norma que deveria ser afirmada é a seguinte: ninguém poderá ser preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm), acesso em 24 de outubro de 2016.

Esta norma está absolutamente adequada ao comando constitucional previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, que tem a seguinte redação:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A maioria apertada do Supremo Tribunal Federal entendeu que esta norma é do tipo princípio e que, em conflito com outro(s) princípio(s), é possível ser cumprido de outra forma sem que ele seja ferido de morte.

Relembrando aqui, sinteticamente, com base nas lições de Alexy e Hesse, citados no item anterior, uma norma que veicula Direitos Fundamentais, quando for da espécie regra somente poderá ceder, no conflito com outra regra, se sua aplicação for afastada pela observação da conhecida formula de superação do conflito de normas, ou seja, no âmbito da validade. Lembre-se que no aparente conflito entre regra e princípio é aquela que tem primazia.<sup>28</sup> Quando se trata de previsão de Direito Constitucional em norma constitucional da espécie princípio é que ele pode ser limitado por outra norma de natureza princípio quando entre eles ocorra colisão.<sup>29</sup>

É preciso observar mais, quando se está falando em limitação de Direitos Fundamentais deve-se estar atento para o fato de que eles estão positivados no ordenamento constitucional em regras e princípios, na qualidade de norma jurídica. Repete-se a afirmação para deixar absolutamente claro que um princípio-norma não pode ser confrontado com princípio de ordem retórica-argumentativa, de que fala Canotilho.<sup>30</sup> Usando-se a ponderação entre um princípio-norma e um princípio de ordem retórica-argumentativa, ocorre uma falsa ponderação, nos moldes do que tem sido denominado, por muitos e importantes juristas e professores, de pan-principiologia.

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

<sup>29</sup> Observe-se que entre as regras ocorre conflito e entre princípios ocorre colisão, em razão da natureza e da forma de limitação que cada um pode eventualmente sofrer. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-103.

<sup>30</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.145.

Feitas as considerações acima, duas ordens de raciocínio podem advir.

Em primeiro lugar, que é o que se quer afirmar efetivamente neste trabalho, uma vez que o argumento secundário que se apresentará depois é somente para demonstrar que os votos favoráveis à prisão antecipada, antes do trânsito em julgado, qualquer que seja a espécie de norma, não se sustentam.

Em primeiro lugar, afirma-se aqui que embora o Direito Fundamental assegurado pelo artigo 5º, LVII, da Constituição brasileira, seja chamado de “Princípio da Presunção de Inocência” ele está assegurado em uma regra. Efetivamente, quando ele é previsto nos estatutos de direito Internacional ele tem o caráter de Princípio, mas da forma como ele foi inserido pelo legislador constituinte na Constituição de 1988, a norma tem todas as características de regra.

Veja-se, por exemplo, os termos em que está posta a norma na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San Jose da Costa Rica, no item 2 de seu art. 8.: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O legislador constituinte brasileiro optou por forma completamente diversa ao determinar que “Ninguém será considerado culpado”. É uma ordem que não pode ser cumprida de outra forma. Todas as características de norma de natureza regra estão presentes. Não se trata de mandamento de otimização que possa ser cumprido de qualquer forma. Uma vez que alguém seja considerado culpado enquanto não houver ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que não ocorre no sistema processual penal brasileiro enquanto pendente qualquer recurso, mesmo para os Tribunais Superiores, violada está a norma, uma vez que não pode ser cumprida de outra forma. Não paira dúvida sobre o momento do trânsito em julgado, uma vez que somente após o esgotamento também dos recursos aos Tribunais Superiores é que possível a revisão criminal. Logo, o trânsito em julgado depende do julgamento também da decisão nos referidos recursos.

Um dos erros de interpretação sobre o Direito Fundamental à presunção de inocência está em recorrer diretamente à norma da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que a Constituição brasileira regulou de forma diversa e melhor.

Esta a posição, repita-se, que de forma enfática se quer defender nos presente trabalho.

No entanto, somente para efeito de argumento, ainda que se pudesse dizer que a norma que prevê a presunção de inocência fosse norma da espécie Princípio, ainda assim, a limitação imposta pelo Supremo Tribunal Federal não obedeceu à forma de resolução de colisão de princípios acima descrita.

Embora a maioria dos votos ainda não tenha sido publicada, o sitio oficial do Supremo Tribunal Federal noticiou a decisão com um resumo dos argumentos usados pelos Ministros.<sup>31</sup>

O que se verifica do resumo, que corresponde aos argumentos dos votos orais, é que os Ministros que votaram pela possibilidade de antecipação da prisão decorrente de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado não se detiveram na espécie de norma e nem mesmo a ponderaram (ser princípio fosse) com outro princípio constitucional assegurador de outro Direito Fundamental. Toda a argumentação foi de ordem retórica-argumentativa e, em algumas vezes, nem mesmo fundada em princípio dessa ordem, mas contrapondo argumentos da ordem fática.

Dentre os votos publicados, o mais expressivo é o do Ministro Edson Fachin,<sup>32</sup> que, inclusive, abriu a divergência para formar a orientação adotada pela maioria. Neste há uma tentativa, em parte dele, de estabelecer uma espécie de ponderação. Ocorre, no entanto, que a pretensa ponderação se dá entre uma norma que assegura Direito Fundamental, mesmo que o julgador pudesse entender como Princípio-Garantia (norma, portanto), e um princípio retórico-argumentativo, o da

---

<sup>31</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>. Acesso em 24/10/2016.

<sup>32</sup> FACHIN, Edson. Supremo Tribunal Federal.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em 24/10/2016.

proibição de proteção insuficiente. Não é, com o devido respeito, uma ponderação para superar uma colisão de princípios. Os demais argumentos utilizados não passaram nem próximo do debate que seria exigível para a decisão, uma vez que trata do conceito que o Brasil goza diante de outros Estados e de organismos internacionais, o que não pode superar a opção do legislador constituinte.

Não é possível, no âmbito deste trabalho, fazer uma análise de todos os votos. Também não é possível em razão de nem todos terem sido publicados ainda. De qualquer forma, vale o exemplo apresentado e a síntese apresentada oficialmente pelo Supremo Tribunal Federal para concluir-se que ainda que se pudesse entender que a presunção de inocência esteja prevista em norma da espécie princípio, o que efetivamente não corresponde à natureza da norma do artigo 5º, LVII, da Constituição, que é regra, ainda assim o limite estabelecido pela decisão em análise não obedeceu a qualquer das formas de limitação de Direitos Fundamentais possíveis na tradição seguida pelo sistema jurídico brasileiro.

### **Considerações finais.**

O presente artigo teve e tem a pretensão de fixar posição no intenso debate advinda da decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de prisão decorrente de sentença condenatória ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado, por estar(em) pendente(s) recurso(s) perante os Tribunais Superiores.

De outro lado, também há a pretensão de contribuir para o debate sobre as naturezas das normas asseguradoras de Direitos Fundamentais no ordenamento constitucional e o efeito que decorre da opção de o legislador constitucional em prever a assegurar tais direitos em regras ou em princípios. Disso decorre, necessariamente, a posição a respeito da limitação dos Direitos Fundamentais.

No dizer de Alexy, é preciso levar a sério a Constituição e, para isso, é pré-requisito levar a sério a opção do legislador constituinte.



Quando o legislador constituinte opta por consagrar um Direito Fundamental ou uma Garantia na forma de regra, ele ponderou antes e definitivamente por coloca-lo a salvo de qualquer ponderação. Neste caso, o legislador infraconstitucional ou o julgador estão vinculados na feitura da norma infraconstitucional ou da sua aplicação.

De outro lado, quando o Direito Fundamental é assegurado em norma da espécie de princípio, fora das hipóteses de limitação previstas ou autorizadas pela própria norma, somente poderá ser limitado, no momento da aplicação, quando houver outra norma da espécie princípio assegurando igualmente Direito Fundamental e que com aquele colida. Mas, repita-se, somente se o conflito for entre normas da espécie princípios e não qualquer outro princípio estruturante ou que tenha finalidade retórica-argumentativa, como já se disse de forma intencionalmente exaustiva.

A maior preocupação com decisões como a agora sob comentário é o efeito de “escavação interna” no sistema de Direitos Fundamentais que ela poderá gerar se o parâmetro adotado passar a ser observado pelos demais órgãos jurisdicionais.

Resta a esperança de que em breve o entendimento vigente até o julgamento do Habeas Corpus nº 126292 volte a prevalecer.

### **Referências Bibliográficas**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Código de Processo Penal. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm), acesso em 24 de outubro de 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Edson. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em 24/10/2016.

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

SUPREMO

TRIBUNAL

FEDERAL.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>. Acesso em 24/10/2016.