

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL: análise crítica da hermenêutica do Supremo Tribunal Federal no julgamento das medidas cautelares das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44

José Ribeiro dos Santos Neto¹

Christiane de Holanda Camilo²

RESUMO

O presente trabalho almeja tecer uma análise crítica da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal efetivada no âmbito do julgamento das medidas liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. O entendimento adotado pela Corte adveio da aplicação da hermenêutica, por isso refletiu-se se ela atuou dentro de limites razoáveis da interpretação ou não. Para efetivar tal intento, fez-se uma pesquisa qualitativa, baseada em análise hermenêutico-jurisprudencial dos casos envolvidos com a temática e que foram apreciados pelo Supremo. Na primeira seção, foram feitas considerações a respeito da hermenêutica e a exploração de seus métodos. Na segunda, realizou-se uma análise crítica da mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sob uma perspectiva hermenêutico-constitucional direcionada aos Direitos Humanos. Como resultado, obteve-se a confirmação da hipótese de que a Corte Constitucional brasileira extrapolou na sua função interpretativa, tornando possível o paralelo com o Estado de Exceção e uma violação ao direito fundamental.

¹ Especialista em Direito e Processo Constitucional (UFT) e em Direito Constitucional (UniAmérica), bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

² Doutora em Sociologia (UFG), Mestre em Direitos Humanos (UFG), Especialista em Direito Público. Professora Pesquisadora na Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS nas áreas de Direito Constitucional, Processo Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos, Governança e Compliance e Direito Sistêmico. Líder dos Grupos de Pesquisa Direitos Humanos, Violência, Estado e Sociedade (GP DIHVES) e Direito Sistêmico, Consensual e Justiça Restaurativa (GPDS). Pesquisadora membro do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (NECRIVI / UFG).

Palavras-chave: Hermenêutica. Estado de exceção; Direitos humanos; Limites interpretativos; Presunção de inocência.

ABSTRACT

The present work aims to make a critical analysis of the interpretative activity of the Federal Supreme Court carried out within the scope of the judgment of the preliminary injunctions in Declaratory Actions of Constitutionality 43 and 44. The understanding adopted by the Court came from the application of hermeneutics, so it will be reflected whether she acted within reasonable limits of the interpretation or not. To carry out such an attempt, a qualitative research was carried out, based on a hermeneutic-jurisprudential analysis of the cases involved with the theme and which were appreciated by the Supreme Court. In the first chapter, considerations are made regarding hermeneutics and the exploration of its methods. In the second, a critical analysis of the jurisprudential change of the Federal Supreme Court is carried out, from a hermeneutic-constitutional perspective directed to Human Rights. As a result, the hypothesis that the Brazilian Constitutional Court extrapolated in its interpretive function was confirmed, making possible the parallel with the State of Exception and a violation of the fundamental right.

Keywords: Hermeneutics; State of exception; Human rights; Interpretative limits; Presumption of innocence.

Recebido em: 30 de janeiro de 2022

Aceito em: 20 de maio de 2022

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços no campo dos direitos fundamentais e, não por acaso, ela recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã”. Isso porque foram positivados diversos direitos a fim de protegerem o núcleo intangível do ser humano: a dignidade da pessoa humana (BRASIL, [2022a]).

Um dos objetos de preocupação do constituinte originário foi a liberdade, já que, ao se analisar a topografia da Constituição, ela se encontra no *caput* do artigo quinto, que elenca de modo exemplificativo os direitos individuais no Brasil.

Ligado a esse direito de locomoção estão os incisos LVII e LIX, que tratam do princípio da presunção de inocência e do instituto da prisão, respectivamente. O Código de Processo Penal, como não poderia deixar de ser, também trouxe disposições imprescindíveis para traçar os limites de atuação estatal quando se trata desse direito fundamental (BRASIL, [2022a]).

O artigo 283 do referido diploma processual, mais especificamente, traz o momento em que alguém pode ser preso (BRASIL, [2022a]). A leitura isolada do dispositivo sugere não haver maiores discussões, mas a realidade jurídica pode ser bem diferente, principalmente quando ela é debruçada sob um aspecto hermenêutico.

Isso porque há uma dialética incessante quando se trata da interpretação de um dispositivo legal, já que o legislador é quem elabora as leis a serem aplicadas, enquanto o julgador é o responsável por extrair o sentido delas por meio da aplicação de métodos de interpretação.

Assim, é possível vislumbrar, em algumas ocasiões, uma luta política entre os dois poderes. Defende-se que o Legislativo seria o detentor da legítima representação popular, enquanto o Judiciário abarcaria uma atuação objetiva, no sentido de interpretar a lei para concretizar a justiça (CAMARGO, 2003, p. 133), bem como os Direitos Humanos.

O que se viu no julgamento das medidas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 foi justamente esse quadro dialético. O legislador, em 2011, alterou o dispositivo do CPP para se alinhar à mudança jurisprudencial da Corte Suprema brasileira, conforme ressaltado na sessão (BRASIL, 2016). Em seguida, com uma mudança em sua composição, o referido tribunal declarou, liminarmente, a constitucionalidade do dispositivo modificado (o artigo 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11), mas atribuindo uma interpretação diversa do que poderia ser extraído da mera leitura do referido comando legal.

A temática envolve, pois, uma análise crítica da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do julgamento dessas liminares nas referidas ADCs, a fim de refletir se a referida Corte atuou dentro de limites razoáveis da hermenêutica ou não, bem como se o direito fundamental à liberdade teve uma limitação indevida.

De início, tem-se que o julgamento do *Habeas Corpus* 126292 e das medidas urgentes pelo Supremo Tribunal Federal mudou o panorama processual penal em todo o país (BRASIL, 2016), uma vez que o Tribunal Constitucional mudou seu entendimento diversas vezes – e de diferentes modos – a respeito da possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Verifica-se que, em fevereiro de 2016, após 08 (oito) anos de uma jurisprudência no sentido de não se permitir a prisão de um condenado em segundo grau com recursos ainda pendentes, o STF, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 126292, decidiu mudá-la pelo voto da maioria de seus membros (BRASIL, 2016).

Ainda no mesmo ano, o referido Tribunal, no julgamento das medidas cautelares das ADCs 43 e 44, ratificou seu entendimento (BRASIL, 2018), continuando a permitir a execução antecipada da pena, a despeito do fato de que, em 2011, a Lei n. 12.403 havia dado nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), apenas dois anos após a mudança de jurisprudência do STF, sinalizando a possível vontade do legislador.

Assim, este artigo busca entender se a interpretação dada pelo STF ao artigo 283 do CPP, antes do julgamento definitivo das ADCs 43 e 44, pode ser caracterizada como uma extrapolação de sua função interpretativa das leis ou não, tratando-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em análise hermenêutico-jurisprudencial dos casos envolvidos.

A importância de se estudar tal temática exsurge, primeiramente, do fato de o direito à liberdade ser um direito fundamental consagrado no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Objetiva-se, pois, analisar se a atividade interpretativa do STF, no julgamento das medidas cautelares das ADCs 43 e 44, extrapolou os limites impostos pela própria hermenêutica jurídica.

Especificamente, pretende-se entender o que caracteriza um Estado de Exceção e realizar uma análise crítica da guinada jurisprudencial efetivada pelo STF por ocasião do julgamento das medidas cautelares das ADCs 43 e 44, de modo a demonstrar o enfraquecimento do direito fundamental à liberdade pela adoção do entendimento da Corte.

A princípio, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar tais liminares, estava, de fato, incumbido no seu papel de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional com os comandos da Lei Maior.

Ocorre que o resultado do julgamento das referidas cautelares permite levantar uma certa dúvida a respeito dos limites interpretativos do Supremo. Isso porque, no ano de 2009, o mencionado Tribunal havia firmado uma jurisprudência no sentido de não permitir a prisão até o esgotamento do julgamento de todos os recursos interpostos (BRASIL, 2018).

Após esse fato, dois anos depois, em 2011, o Congresso editou a Lei n. 12.403, conferindo nova redação ao artigo 283 do CPP. A antiga redação do artigo previa que a prisão poderia ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, devendo-se respeitar apenas as restrições atinentes à inviolabilidade do domicílio.

Por outro lado, a nova determinação legal previu expressamente que ninguém poderia ser preso se: i) não fosse em flagrante delito; ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; iii) no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 2011).

Assim, esta pesquisa adota a hipótese de que os ministros do Supremo extrapolaram suas atribuições interpretativas ao permitirem a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e enfraqueceram um direito fundamental assegurado.

Tal hipótese provém de uma análise hermenêutica, à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e dos métodos de interpretação infraconstitucionais, aplicando-se qualquer um dos métodos da abordagem histórico-evolutiva de Savigny (FRANÇA, 2001, p. 13) uma vez que a vontade do legislador poderia ser extraída do contexto histórico de edição da Lei n. 12.403.

Para a estruturação desta pesquisa, primeiramente far-se-ão considerações hermenêuticas para, ao fim, proceder à análise crítica da mudança jurisprudencial em apreço, concluindo-se que, de fato, o Judiciário adotou uma postura para além dos limites hermenêuticos esperados, encaixando-se num paralelo com o Estado de Exceção de Agamben (AGAMBEN, 1942, p. 18-19) e restringindo indevidamente um direito fundamental, sendo que, pelo princípio da máxima efetividade, ele deveria contar com máxima amplitude.

2 CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS

Preliminarmente, deve-se ter em mente o contexto em que a hermenêutica constitucional tem se inserido no panorama da realidade do Brasil. Nota-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário tem assumido uma atuação proativa frente à maioria das problemáticas sociais e institucionais – o que ora configura o ativismo judicial, ora a judicialização da política.

O primeiro caracteriza-se por ser “[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Já o último, por sua vez, vem como uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado pelo Brasil, diferenciando-se de um “exercício deliberado de vontade política.” (BARROSO, 2009, p. 21).

Um dos fatores que contribuiu para a assunção da nova postura dos juízes pode ser observado no modo como as Constituições eram vistas em território brasileiro. Conforme assinalado por Santos (2019, p. 521, tradução do autor): “Até a década de 1980, os textos constitucionais tinham importância limitada na cultura jurídica brasileira; eles eram considerados meros textos políticos que desencadeavam as estruturas de poder, mas que careciam de força normativa.”³

Assim, tem-se que, após a década de 1980, a Constituição passou a figurar como a norma de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a impor sua força normativa em todos os aspectos observáveis na sociedade.

Além dessa mudança no modo como a Lei Maior era vista, grande parte desse “papel de destaque” dos magistrados pode ser atribuído à postura absentéista dos Poderes Legislativo e Executivo em relação à elaboração e à efetivação das normas constitucionais destinadas à concretização dos direitos fundamentais prestacionais. Tais direitos se caracterizam pela ação positiva que o Estado deve prestar, de modo a conferir efetividade a um direito constitucionalmente previsto em favor de seus destinatários (CAMARGO, 2015).

³ Original em inglês: Until the 1980s, constitutional texts had limited importance in the Brazilian legal culture; they were considered as mere political texts that set off the power structures but lacked normative strength. The political elites historically had no commitment to maintaining values that reflected the actual aspirations of the constituent power. Successive changes of political control were coupled with successive constitutions (in 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, and 1967). Every new group that controlled the government built its own discipline of power to support its own political convenience. (SANTOS, 2019, p. 521).

Assim, devido ao imenso número de comandos constitucionais atinentes aos direitos prestacionais, os Poderes Executivo e Legislativo, por vezes, adotam uma postura omissa, de modo a fazer com que reste, como *ultima ratio*⁴ ao Judiciário, a solução da referida omissão por meio de sua atividade interpretativa do ordenamento jurídico e jurisdicional perante o Estado e toda a sociedade.

Isso cria um campo fértil para que o ativismo judicial se torne “[...] uma resposta a um contexto institucional formado por uma enorme lacuna entre a constituição transformadora e o fracasso do sistema político em solidificar todo o seu projeto aspiracional.”⁵ (SANTOS, 2019, p. 524, tradução do autor), bem como para que a judicialização da política seja um fato cada vez mais presente no cenário jurídico brasileiro.

Esse estado de coisas, por sua vez, denota o verdadeiro início de um Estado de Exceção – senão a sua efetiva instalação –, uma vez que é observada uma inversão na lógica do ordenamento jurídico; não se trata de algo passageiro, mas, sim, de um fenômeno que tem virado regra (AGAMBEN, 2004, p. 18).

Isso é perceptível em função da perda da força da legislação em detrimento dos atos do “poder soberano”, o *Führer* (AGAMBEN, 2004), que, na análise posta, teria seu papel exercido pelo Judiciário, uma vez que a situação observada pode revelar uma inovação na ordem jurídica por parte de ato perpetrado pelos juízes, de modo a prejudicar os desígnios reais do poder legiferante, desvirtuando-os.

Tal quadro se diferencia do que ocorreria em situações consideradas normais, nas quais a atividade interpretativa dos juízes não seria utilizada com o intuito de deturpar a *ratio* de um comando legislativo ou da própria Constituição. Em tempos de normalidade, vislumbrar-se-ia que a interpretação conferida pelos magistrados seria mera consequência da imanente necessidade que a lei possui de superar seu significado literal.

Ocorre que, agora, os atos praticados pelo Judiciário passam, na verdade, a se sobrepor em relação aos comandos de todo o ordenamento jurídico da nação (ABREU; GONÇALVES, 2013). Por essa razão, o paralelo com o Estado de Exceção encontra espaço, já que uma de suas características consiste na criação de “[...] novas normas (ou de uma nova ordem

⁴ Do latim, *ultima ratio regum* – última razão dos reis.

⁵ No original: “[...] Second, judicial activism seems to be a response to an institutional context formed by a huge gap between the transformative constitution and the failure of the political system in solidifying its whole aspirational project.” (SANTOS, 2019, p. 524).

jurídica)” (AGAMBEN, 2004, p. 44) e, na situação trazida, vê-se que a interpretação dos juízes é capaz de criar – ou deturpar – o sentido das normas editadas pelo Legislativo.

Segundo Santos, uma das explanações possíveis para esse fenômeno pode se dar pela “tese da abordagem estratégica”, proposta por Ran Hirschl. Tal abordagem sugere que os “detentores do poder podem se beneficiar de uma expansão do poder judicial.”⁶ (HIRSCHL, 2009, p. 39 *apud* SANTOS, 2019, p. 528, tradução do autor).

Isso porque, conforme o mencionado autor, a delegação da responsabilidade a respeito da elaboração de políticas públicas para o Judiciário seria um modo de reduzir o custo das tomadas de decisões dos outros Poderes; por outro lado, seria também uma forma de diminuir suas responsabilidades, reduzindo, assim, os riscos para eles e para o aparelho institucional no qual estão inseridos (HIRSCHL, 2009, p. 39 *apud* SANTOS, 2019).

Põe-se a salvo desse quadro, todavia, a situação em que o Legislativo edita lei posterior contrapondo um entendimento jurisprudencial, destituindo a força normativa dos atos do Judiciário até que a nova norma seja submetida à apreciação dos juízes.

Assim, ressaltadas as devidas considerações à conduta atual do jogo de poder entre os Poderes da República e a preponderância da atuação da magistratura (superpondo-se à norma singularmente considerada), serão analisados a seguir os métodos interpretativos indicados pela teoria jurídica contemporânea que instrumentaliza o dever de fundamentação da atividade interpretativa, estabelecendo balizas para o arbítrio e expressão do livre convencimento dos juízes aos casos por eles analisados.

3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

A partir do cenário trazido pelo neoconstitucionalismo, pôde-se perceber uma possibilidade de superação da mera leitura da lei, que tradicionalmente era tomada apenas em seu sentido literal – uma marca do positivismo.

No contexto neoconstitucionalista (que evoluiu para o constitucionalismo latino-americano), abriu-se, de início, espaço para outras formas de interpretação dos dispositivos

⁶ No original: “Then, Hirschl proposes a new explanation, the so-called strategic approach thesis, which suggests that ‘power holders may profit from an expansion of the judicial power,’ since ‘delegating policy-making authority to the courts may be an effective means of reducing the decision-making costs, as well as shifting responsibility and thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate.” (SANTOS, 2019, p. 528).

legais, vislumbrando-se que a norma engloba não só a lei, como também o sentido obtido de sua interpretação (MENDES; BRANCO, 2017), não apenas de forma universalizante –marca do neoconstitucionalismo –, mas de modo a considerar também o contexto fático do caso concreto a partir das realidades locais – fator trazido pelo constitucionalismo latino-americano (BARBOSA; ALLAIN TEIXEIRA, 2017).

Para que a interpretação para além da literalidade normativa seja possível, as Cortes devem recorrer a métodos interpretativos, no intuito de alcançarem, por diferentes meios, o sentido mais adequado da lei no caso submetido à sua apreciação.

Ao explicar os sistemas interpretativos, França (2009) os divide em três, sendo:

- a) o dogmático, exegetico ou jurídico-tradicional;
- b) o histórico-evolutivo;
- c) o da livre pesquisa ou da livre criação do direito.

O primeiro deles é caracterizado, basicamente, pelo entendimento de que a lei é clara, restando ao intérprete apenas a sua explicação e não sua reforma (FRANÇA, 2009).

O segundo, por sua vez, traz “[...] a ideia de que a lei seria uma realidade histórica, que se situava na progressão do tempo.” (RAMOS, 2014, não paginado). Ele traz consigo quatro elementos de interpretação, idealizados por Savigny (2001), sendo eles: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático (FRANÇA, 2009), que serão abordados mais à frente.

O terceiro também tem sua concepção alinhada ao que propõe o método histórico-evolutivo, diferenciando-se deste, porém, devido ao fato de utilizar as “fontes suplementares do direito”, sendo estas, conforme Ramos (2014): o costume, a autoridade e a tradição (trazidas pela jurisprudência e pela doutrina) e a livre investigação.

Além disso, existem diversos métodos que têm aplicações variadas de acordo com o nível de hierarquia legislativa (infraconstitucional ou constitucional). Ambos serão explicados nos dois subtópicos que se seguem.

3.1 A Interpretação em nível infraconstitucional

Para fins deste estudo, faremos o uso do segundo sistema interpretativo, qual seja, o histórico-evolutivo, uma vez que a situação a ser analisada posteriormente clamará por uma

investigação histórica da progressão do sentido da norma posta em destaque. Assim, urge classificar os métodos dos quais dispõe tal sistema.

O primeiro deles é o método gramatical, que:

[...] consiste em uma atividade preliminar da interpretação e se limita a descobrir ou fixar qual deve ou pode ser o sentido de uma frase ou dispositivo, inquinado de obscuridade mediante a indagação do significado literal das palavras, tomadas não só isoladas, mas em sua recíproca conexão. Com efeito, tem-se por escopo a análise de conceitos contidos nas normas e as possibilidades semânticas das palavras que integram o seu conteúdo. (CANFÃO, 2015, p. 14).

Assim, o método gramatical não seria um fim, mas, sim, um meio para se alcançar o sentido da lei, uma vez que ele deve ser utilizado apenas num primeiro momento, para se extrair da construção gramatical do dispositivo o sentido de seus termos.

O método lógico, por outro lado, persegue o intuito do legislador ao elaborar a norma, fazendo-o por meio da busca entre uma relação lógica entre as partes que a compõe. Nesse sentido, Cunha (2009, p. 12), discorre que:

Este vector interpretativo é tratado com muito maior laconismo por Savigny. Por este elemento se procura, no texto, a concatenação, a estruturação do pensamento, a relação lógica entre as suas partes. E será naturalmente aqui que se poderão procurar (e eventualmente encontrar) alguns vícios lógicos da malha textual da norma.

E, ao abordar o método histórico, o autor continua dizendo que:

O vector histórico da interpretação remete para a descoberta da situação, posição, relação jurídica em causa (no seu contexto) no momento da ‘promulgação da lei’ – diz Savigny. Na verdade, poderá ser mais que isso. Poderá a análise histórica recuar a tempos mais recuados da elaboração da lei, e à própria história mais antiga do instituto ou institutos em causa, e mesmo do(s) que o(s) precederam. (CUNHA, 2009, p. 13).

Assim, tem-se que o método supracitado busca entender o contexto histórico de elaboração do comando legislativo, as causas que levaram à edição da lei e, até mesmo, institutos correlatos que a antecederam em legislações pretéritas. O elemento histórico é baseado “na investigação dos antecedentes da lei, seja referente ao histórico do processo legislativo, seja em referência às conjunturas socioculturais, políticas e econômicas subjacentes à elaboração da Lei.” (CANFÃO, 2015, p. 14).

Por fim, o método sistemático interpreta o dispositivo legal de modo a considerar o ordenamento jurídico no qual aquele está inserido, tendo como pressuposto a harmonia deste (CANFÃO, 2015, p. 14), conforme preconiza o ensinamento de Barroso (2009, p. 294 *apud* CANFÃO, 2015, p. 14):

A ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento.

Vê-se, portanto, que esse último método leva em consideração não apenas o texto submetido à análise do intérprete, mas também sua posição dentro de um contexto maior, levando em consideração outros dispositivos legais e os dizeres da Lei Maior.

3.2 A Interpretação em nível constitucional

A relevância da problemática atinente à interpretação constitucional conduziu à elaboração de métodos específicos, pois, no momento da solução de um caso concreto, nem sempre estar-se-á diante de uma resposta direta e imediata (MENDES; BRANCO, 2017, p. 93).

Nesse sentido, este trabalho adota a classificação crítica proposta por Ernst-Wolfgang Böckenförde e que é explicada pela obra de Mendes e Branco (2017, p. 93-95). Portanto, será feita uma distinção entre os três métodos propostos por Böckenförde, sendo eles o hermenêutico-clássico, o tópico e o hermenêutico-concretizador.

O método clássico propõe que a atividade interpretativa constitucional seja feita a partir dos métodos que foram listados e explanados no subtópico antecedente – o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático –, preconizando que, a despeito da importância peculiar conferida à Constituição, sua interpretação não estaria desvinculada desses métodos (MENDES; BRANCO, 2017).

Mendes e Branco (2017, p. 93-94), prosseguem evidenciando o ponto fraco do método clássico, sob a ótica de Böckenförde de:

A fraqueza dessa metodologia estrita está em que, enquanto as normas dos demais ramos do direito ostentam, habitualmente, alto grau de densidade normativa – vale dizer, mais precisa determinação do seu conteúdo –, a Constituição possui disposições de conformação normativo-material fragmentária e fracionada. Seus preceitos contêm no essencial princípios que requerem ser previamente preenchidos e concretizados, para serem realizados no sentido de uma aplicação jurídica.

Assim, a aplicação dos métodos empregados por ocasião da interpretação da legislação infraconstitucional não seria capaz de trazer uma clarificação eficaz ao transmutá-la para o

âmbito constitucional. Isso porque as Cartas Magnas tendem a trazer conceitos mais abertos e conteúdos menos determinados, se comparados com os das leis infraconstitucionais.

Isso seria decorrente do fato de que a Constituição ostenta a característica de “um ordenamento-marco, estipulando parâmetros e procedimentos para a ação política.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 96).

O método tópico, por sua vez, concebe a Constituição como sendo uma norma aberta, fragmentária e indeterminada, de modo sobrepôr, em termos de preferência, a discussão do problema ao sistema (SILVA; QUEIROZ, 1998).

Nele, a Constituição é concebida como um catálogo de diversos princípios, cabendo ao intérprete a escolha do que transfigure como mais adequado ao caso concreto, ou seja, escolhe-se a melhor argumentação (MENDES; BRANCO, 2017, p. 94).

Bulos (1997, p. 28 *apud* SILVA, 1998, p. 31), ao abordar o método tópico, ensina que:

A tópica é, assim, uma técnica aberta de pensar por problemas, podendo servir de recurso interpretativo das normas jurídicas, estabelecendo uma forma de raciocínio, que procede por questionamentos sucessivos, em torno de uma relação pergunta-resposta. Assim quando os meios convencionais para a resolução das questões concretas da vida forem insuficientes, o intérprete poderá valer-se dos *topoi*, isto é, de pontos de vista que facilitam e orientam a sua argumentação.

A crítica que se faz a esse método reside no fato de que ele diminui, de certa forma, a força normativa da Constituição, passando a servir como um mero ponto de vista de interpretação (MENDES; BRANCO, 2017).

Por outro lado, o terceiro e último método listado por Böckenförde, o hermenêutico-concretizador, também considera o problema e o caso concreto importantes, mas não de modo a sobrepô-los sobre o texto constitucional (MENDES; BRANCO, 2017).

Para esse método, deve haver o estabelecimento de uma correlação entre a pré-compreensão do intérprete acerca do enunciado e do problema e o próprio ato de interpretá-los (SILVA; 1998).

Assim, para o método hermenêutico-concretizador, “a Constituição só se concretiza ou se completa no ato de interpretação, de forma que a Constituição estará sempre amoldada à realidade social.” (SILVA, 1998, p. 32).

Explicitados os métodos de interpretação, faz-se mister, agora, analisar a evolução histórica do princípio da presunção de inocência e as discussões teóricas a ele atinentes, de modo a abarcar, inclusive, sua positivação na Constituição brasileira.

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA GUINADA JURISPRUDENCIAL POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES NAS ADCS 43 E 44 E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, conforme destacado por vários Ministros do STF em seus votos (BRASIL, 2018), sabe-se que vários países do mundo adotam a possibilidade de executar a pena após a condenação em segunda instância.

Na França, os direitos individuais, apesar de não previstos na Constituição, possuem força constitucional em decorrência da adoção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como é o caso da presunção de inocência, que é prevista no artigo 9º da referida Declaração (RIBEIRO, 2016).

As leis desse país, porém, trazem expressamente a possibilidade de expedição do mandado de prisão pelo Tribunal, ainda que recursos estejam pendentes, como é o caso do artigo 465 do Código de Processo Penal francês, que, inclusive, já foi objeto de questionamento no Conselho Constitucional e teve sua conformidade com a Constituição declarada (RIBEIRO, 2016).

Na Espanha, a presunção de não culpabilidade também encontra proteção constitucional no artigo 24 da Carta Magna espanhola. A Corte Constitucional espanhola também não exige o trânsito em julgado para a execução da pena trazida por uma sentença condenatória (RIBEIRO, 2016).

De fato, o artigo 983 do Código de Processo Penal do retromencionado país permite a continuidade do encarceramento de réu absolvido em instância inferior e contra a qual tenha havido a interposição de recurso com efeito suspensivo perante uma instância superior (RIBEIRO, 2016).

Na Alemanha, também há a execução provisória da pena. Após uma sentença penal condenatória, os únicos recursos dotados de efeito suspensivo são a apelação e a revisão, de modo que o pedido de restauração da situação anterior, a reclamação e a revisão criminal não possuem o mesmo efeito (RIBEIRO, 2016).

Ao abordar sobre a Inglaterra, Ribeiro (2016, p. 39), afirma que lá vigora “[...] o princípio segundo o qual as sentenças condenatórias têm aplicabilidade imediata” e que “[...]”

a pena é cumprida desde a primeira decisão condenatória, a menos que seja concedida a licença para se recorrer em liberdade, que exige vários requisitos.” (RIBEIRO, 2016, p. 40).

No Canadá, o código que versa sobre os crimes prevê que, após a consideração do acusado como culpado, as Cortes devem, o quanto antes, propiciar a execução da sentença (RIBEIRO, 2016).

A Suprema Corte do referido país, ao julgar o caso *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, conforme Ribeiro (2016, p. 40), aduziu que, após a sentença de primeira instância, “a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança”, desde que os requisitos previstos no Código Criminal de lá estejam preenchidos.

Vê-se, portanto, que, apesar de a execução provisória da pena ser regra em diversos países no mundo e de ter sido objeto de análise pelos seus respectivos tribunais, ela ganha, no Brasil, contornos ligeiramente diferentes, dado o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Ocorre que, no caso do julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, para além da análise dessa colisão entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional do Estado, devia ter havido, no momento de interpretação do artigo 283 do CPP, a aplicação conjunta dos métodos de interpretação lógico e histórico e a observância da efetividade máxima dos direitos tidos como fundamentais.

Isso porque, tendo em mente o sistema interpretativo histórico-evolutivo – que preconiza o caráter da realidade histórica conferido à lei, sendo que esta progride no tempo (RAMOS, 2014) –, além do fato de que o intérprete deve visar a plena realização do direito fundamental (SARLET, 2008, p. 286), vê-se que, no julgamento das medidas cautelares, o STF ignorou a evolução legislativa na seara processual penal, a vontade do legislador e o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A redação original do artigo 283 trazia que “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.” (BRASIL, [2022b], não paginado).

Após a mudança jurisprudencial proporcionada pela Corte Suprema do Brasil (impedindo a prisão após a condenação em segunda instância), sobreveio a Lei nº 12.403 de 2011, que conferiu a seguinte redação ao dispositivo:

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. (BRASIL, 2011, não paginado).

Vê-se, portanto, que o legislador ratificou o entendimento do STF, exigindo o trânsito em julgado para a prisão. No julgamento das cautelares, apesar de a Corte realizar uma interpretação sistemática e uma ponderação de princípios, ela se distanciou da interpretação lógica e histórica porque não foi perseguida a vontade do legislador por ocasião de sua atividade interpretativa e nem as causas históricas que levaram à nova redação do dispositivo.

Dessa forma, inverteu-se a ordem do sistema jurídico, de modo a colocar o ato interpretativo do Judiciário acima da essência do comando do legislador, a despeito de este ter tido sua constitucionalidade declarada.

Até mesmo uma aplicação apenas lógico-sistemática seria capaz de evidenciar a vontade do legislador em não tornar a execução provisória da pena uma realidade brasileira, pois, conforme escólio de Bonavides (2009, p. 445 *apud* ANDRADE JÚNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 109),

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.

O mesmo autor continua o pensamento afirmando que:

É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus, ‘a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos’, até alcançar ‘o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente’. (ANDRADE JÚNIOR; OLIVEIRA, 2012, p. 109).

Ou seja, uma interpretação do artigo 283 do CPP com o resto do ordenamento jurídico considerando a essência da mudança sofrida pelo referido dispositivo demonstraria que a interpretação feita pelo STF nas cautelares estava excedendo, em muito, o papel que lhe cabia.

Destaque-se que, no julgamento definitivo das ADCs 43 e 44 em 2019, o plenário do STF retomou o entendimento de que não poderia ser executada a pena antes do trânsito em julgado (BRASIL, 2019).

Um fator que confirma que a vontade do legislador não era a de permitir a execução provisória da pena após a condenação em segundo grau é a Lei nº 13.964 de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”.

A referida lei, dentre outras inovações ocorridas no decurso desta escrita, conferiu mais uma alteração à redação do artigo 283 do CPP “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” (BRASIL, 2019, não paginado).

Dessa forma, após todas essas decisões judiciais, com ampla divulgação e ciência pela sociedade brasileira, se fosse da vontade dos legisladores trazer ao ordenamento jurídico brasileiro tais designações, eles tê-lo-iam feito, pois, dessa forma, o Legislativo poderia ter aberto a possibilidade de execução provisória da pena, mas não o fez. Pelo contrário, ele reafirmou a necessidade de existir o trânsito em julgado para que alguém pudesse ser preso. Esta foi a opção legislativa.

O paralelo com o Estado de Exceção, sob a perspectiva de Agamben, sustenta-se devido ao fato de que ele é feito tomando como base uma das características desse estado de coisas, que é “[...] a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário [...]” (AGAMBEN, 1942, p. 19). Nesse sentido, Agamben (1942, p. 32), aduz que:

[...] o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. O Parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo.

Vê-se que o autor italiano parte de uma situação de anormalidade perpetrada pelo Poder Executivo – a partir de uma situação em que esse passa a legislar, usurpando uma das funções típicas do Legislativo. Neste trabalho, porém, expõe-se tal quadro a partir da análise de uma postura adotada pelo Poder Judiciário, na qual este Poder da República extrapola sua função como interpretador das leis para inovar indevidamente na ordem jurídica de modo diverso do que pretendia o poder legiferante e em dissonância com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Por consequência, considerando a independência e autonomia dos Poderes da República, a decisão do Legislativo não vincula as decisões do Judiciário, porém a alteração legal promove um avanço no debate sobre tal questão. Isso porque ela traz um posicionamento legal sobre o tema e mais inclinado à proteção dirigida a um direito fundamental – este sim deve ser observado contundentemente pelo Judiciário.

Portanto, não cabe aqui o ativismo judicial como argumento para atuação dos magistrados no caso analisado, já que a margem interpretativa do dispositivo veio a ser reduzida por ato e opção do legislador.

Além disso, a tentativa de enfraquecer o direito fundamental à liberdade, que foi reforçado por medida legislativa, contraria o princípio da máxima efetividade dos Direitos Humanos e revela uma postura indevida do intérprete, que deve zelar por sua concretização (SARLET, 2008, p. 286).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o julgamento das medidas cautelares das ADCs 43 e 44, viu-se a exacerbação da atividade interpretativa, a ponto de ser possível traçar um paralelo com o Estado de Exceção (AGAMBEN, 1942, p. 18-19).

Tal entendimento decorre, como visto, da falta de aplicação do sistema histórico-evolutivo de interpretação, uma vez que a vontade do legislador foi, basicamente, negligenciada pelos julgadores da Corte Suprema brasileira, de modo que foi possível ver uma inovação na ordem jurídica.

Esse panorama revelou a característica do Estado de Exceção, pois vislumbrou-se um esmaecimento dos limites entre os Poderes da República a partir do modo como o Judiciário agiu, inovando na ordem jurídica de modo a tomar para si algo que deveria ter sido feito pelo Legislativo e em detrimento do direito fundamental à liberdade.

Levando-se em conta o histórico de alterações legislativas, a vontade do legislador era clara: não queria que fosse permitida a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, levando a uma maior proteção ao direito fundamental da liberdade. As mudanças apontadas na última seção foram capazes de evidenciar esse ponto.

O Legislativo poderia ter editado norma contendo determinação expressa para que esse tipo de prisão fosse possível, mas não o fez. Em 2019, inclusive, alterou o dispositivo questionado nas ADCs – o artigo 283 do CPP – de modo a não incluir a possibilidade de alguém ser preso quando pendentes recursos às instâncias superiores.

Apesar de ter feito diversas vezes, no julgamento final das ADCs 43 e 44, o STF, felizmente, mudou de novo seu posicionamento a respeito do tema, alinhando-se ao que o

Poder legiferante pretendia, bem como aos postulados de Direitos Humanos. Isso torna ainda mais evidente a postura exacerbada da Corte por ocasião do julgamento das medidas liminares nas referidas ações.

Portanto, tendo em mente toda a exposição feita no decorrer deste artigo, vê-se que o modo como o STF quis impor o entendimento de que a prisão após a condenação em segunda instância não seria uma aniquilação do princípio da presunção de inocência foi feito de modo questionável e criticável, além de limitar a amplitude do direito à liberdade.

Assim, tendo em vista que a mais recente redação não prejudica os direitos fundamentais dos indivíduos – pelo contrário, confere a eles uma amplitude maior – verifica-se que o Judiciário interferiu indevidamente na opção do legislador, ainda mais quando se leva em consideração as alterações perpetradas pelo legislador após importantes julgamentos levados à Corte Constitucional em relação ao tema, além de enfraquecer o alcance do direito fundamental à liberdade consagrado constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ivy de Souza; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. O Estado de exceção e as decisões do supremo tribunal federal nas questões morais: uma análise das teorias de Agamben e Dworkin. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 41, p. 395-407, dez./2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200012&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 31 jan. 2022.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletí. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares Brasília, DF: Presidência da República, 2011. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016, Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 17 maio 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>. Acesso em 31 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 6 de março de 2018, Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 7 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313832408&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de maio de 2021. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade**. Relator: Min. Marco Aurélio, 5 de outubro de 2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 07 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

CAMARGO, Rodrigo Dal Forno de. Implementação de políticas públicas pelo STF: judicialização política ou ativismo judicial. *In*: CURI, Ivan Guérios; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (orgs.). **Considerações sobre as teorias da decisão jurídica na perspectiva atual do supremo tribunal federal**: implementação de políticas públicas pelo STF: Judicialização política ou ativismo judicial? UNIVALI, Itajaí, 2015. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20CONSIDERAÇÕES%20SOBRE%20AS%20TEORIAS%20DA%20DECISÃO%20JURÍDICA%20NA%20PERSPECTIVA%20ATUAL%20DO%20SUPREMO%20TRIBUNAL%20FEDERAL.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

CANFÃO, Olívio Albino. Interdisciplinaridade: um enfoque referente à produção e à interpretação do saber jurídico objetivo. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 207, 2017.

Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/5047/3216>. Acesso em: 31 jan. 2022.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: SUMMERS, Robert (org.). **Essays in legal philosophy**. Berkeley: University of California Press, 1968.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 8, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Chiara. Os principais sistemas interpretativos da hermenêutica jurídica clássica. Da escola da exegese ao direito livre. **Revista Jus Navegandi**, jun./2014. não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29348/os-principais-sistemas-interpretativos-da-hermeneutica-juridica-classica>. Acesso em: 31 jan. 2022.

RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O Princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. 2016. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Sociais e Aplicada, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/24047>. Acesso em: 31 jan. 2022.

SANTOS, P. F. D. O. Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to Control the Mis-enforcement of Socioeconomic Rights. **Washington University Global Studies Law Review**, Washington, v. 18, n. 3, p. 496-558, dez. 2019. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol18/iss3/12/. Acesso em: 31 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Interpretação constitucional**. 1998. 52f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Sociais e Aplicada, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.oocities.org/br/nec_uniceub/MonografiaInterpretacaoConstitucional.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.