

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LEONARDO MARQUES MACEDO DA ROCHA
MATHEUS DE FREITAS FANJAS

**O JULGAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, ARTIGO 283 DO CPP SEGUNDO A VISÃO DE HART**

BELÉM
2020

LEONARDO MARQUES MACEDO DA ROCHA
MATHEUS DE FREITAS FANJAS

**O JULGAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, ARTIGO 283 DO CPP SEGUNDO A VISÃO DE HART**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Me. Klelton Mamed de Farias

BELÉM
2020

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

R672j Rocha, Leonardo Marques Macedo da.

O julgamento da presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal, artigo 283 do CPP segundo a visão de Hart / Leonardo Marques Macedo da Rocha, Matheus de Freitas Fanjas. - Belém, 2020.

31 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2020.
Orientador: Prof. Me. Klelton Mamed de Farias.

1. Presunção de inocência. 2. Prisão preventiva. I. Fanjas, Matheus de Freitas. II. Farias, Klelton Mamed de (orient.). III. Título.

CDD 341.5

LEONARDO MARQUES MACEDO DA ROCHA
MATHEUS DE FREITAS FANJAS

**O JULGAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, ARTIGO 283 DO CPP SEGUNDO A VISÃO DE HART**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Me. Klelton Mamed de Farias

Data de aprovação: ____/____/____

Conceito:

Banca Examinadora:

Prof. Me. Klelton Mamed de Farias - Orientador
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Nome com titulação
Instituição a que pertence

Nome com titulação
Instituição a que pertence

O JULGAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ARTIGO 283 DO CPP SEGUNDO A VISÃO DE HART

THE JUDGMENT OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE SUPREME FEDERAL COURT, ARTICLE 283 OF THE CPP

Leonardo Marques Macedo da Rocha¹

Matheus de Freitas Fanjas²

Klelton Mamed de Farias³

Resumo: Com o advento da **Constituição Federal de 1988, o art. 5º, LVII** (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) consagra-se enquanto direito constitucional individual, o princípio da Presunção de Inocência. **De 1988 a 2009, decidia-se conforme o caso concreto.** O entendimento do STF firmou-se, **impedindo a prisão após o julgamento de 2º grau, em 2009.** A Corte máxima do Brasil em 2016 declarou a possibilidade de prisão após a decisão de 2º grau. A decisão inflamou o polêmico tema e motivou declarações das principais instituições jurídicas brasileiras. Em novembro de 2019, por 6 votos a 5, o STF declarou a constitucionalidade do dispositivo do Código de Processo Penal que declara que ninguém pode ser preso antes do fim do processo (o chamado trânsito em julgado). Isso significa que condenação em segunda instância sozinha não é mais suficiente para que se prenda alguém antes se esgotem as possibilidades recursais. Celebrado em todas as constituições do mundo moderno, afamado nos principais Tribunais jurídicos internacionais, a presunção de inocência transborda suas raízes desde a época do Iluminismo e se apresenta como um dos vitais direitos fundamentais da nossa Constituição de 1988. Neste artigo de Conclusão de Curso, pretende-se expor de maneira crítica a normatização dessa garantia constitucional, bem como sua compreensão pela Corte Constitucional Brasileira. Para tanto, analisaremos a garantia da presunção da inocência com o Código de Processo Penal, valendo-nos ainda da análise na consequência sistemática dos recursos da legislação processual pátria.

Palavras-chave: julgamento STF. presunção de inocência. trânsito em Julgado. prisão em segunda instância. prisão provisória. prisão permanente. direito positivista.

Abstract: With the advent of the 1988 Federal Constitution, art. 5º, LVII (“no one will be found guilty until a convicting criminal sentence is passed”) enshrines the principle of the Presumption of Innocence as an individual constitutional right. From 1988 to 2009, it was decided according to the specific case. The STF's understanding was established, preventing the arrest after the second degree trial in 2009. The Brazilian Supreme Court in 2016 declared the possibility of arrest after the second degree decision. The decision ignited the controversial issue and prompted statements by the main Brazilian legal institutions. In November 2019, by 6 votes to 5, the Supreme Court declared the constitutionality of the

¹ Acadêmico de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Graduado em Licenciatura Plena Matemática pela UEPa, Graduado em Licenciatura Plena em Física UFPA, Pós-Graduação em Ensino de Física pela FINOM – MG;

² Acadêmico de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA;

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor Orientador.

provision of the Code of Criminal Procedure which states that no one can be arrested before the end of the process (the so-called unappealable transit). This means that second-level conviction alone is no longer sufficient to arrest someone before the appeals possibilities are exhausted. Celebrated in all the constitutions of the modern world, renowned in the main international juridical courts, the presumption of innocence has overflowed its roots since the time of the Enlightenment and presents itself as one of the vital fundamental rights of our 1988 Constitution. It is intended to critically expose the normatization of this constitutional guarantee, as well as its understanding by the Brazilian Constitutional Court. To this end, we will analyze the guarantee of the presumption of innocence with the Code of Criminal Procedure, also using the analysis of the systematic consequence of the appeals of the domestic procedural legislation.

Keywords: STF trial. presumption of innocence, transit in court. second instance arrest. provisional arrest. permanent arrest. positivist right.

1. INTRODUÇÃO

Após mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, cumpre avaliar os efeitos das mudanças da Carta Magna do Brasil no que tange ao tema do princípio da presunção de inocência, estabelecido como direito fundamental do cidadão brasileiro, e, portanto, cláusula pétrea constitucional.

O julgamento da prisão em segunda instância que aconteceu na Suprema Corte no Brasil, em novembro de 2019, definiu que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse período, houve embate jurídico que dividiu o país, porque, dependendo do conteúdo da decisão do STF, poderia servir de fundamento para a concessão de *habeas corpus* em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, então preso há 580 dias, mas não vamos nos concentrar na análise deste artigo conforme viés político desse julgamento. A decisão acima referida, no início deste parágrafo, modificou o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade, cuja última decisão a respeito do tema foi em fevereiro de 2016, ocasião em que muitos foram os argumentos lançados pela maioria dos ministros favoráveis à flexibilização da interpretação do conteúdo do princípio da presunção de inocência, insculpido na Carta Magna de 1988 no art. 5º, LVII. Após um longo período de diversos debates calorosos no meio jurídico, na sessão de julgamento do dia 10 de abril de 2019, surgiu a oportunidade de serem julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, apresentadas no mês de maio de 2016, além da ADC 54, distribuída em dezembro de 2018. Pode-se dizer que esse julgamento veio restabelecer o que o legislador de 1988 procurou defender na nossa Carta Magna. Somente poderá ser preso aquele que tiver contra

si uma sentença penal condenatória definitiva, salvo a hipótese de prisão cautelar. No rito do Processo Penal, aquele indivíduo que o Estado considera *atentatório à ordem pública*, poderá ser recolhido mediante decisão fundamentada, então isso não muda! Era um desatino a facilidade com que se executavam decisões penais, provisoriamente, sendo que um grande percentual dessas poderiam ser revistas pelo Tribunal Superior. Diminui-se, assim, o número de pessoas indevidamente presas, por decisões indevidas.

2. FASE HISTÓRICA DO JULGAMENTO NO STF

Para se entender melhor o que ocorreu no julgamento de 2019, vale voltar ao julgamento de 2016, em que maioria do Pleno do STF, negou o Habeas Corpus (HC) 126292. O Plenário do STF entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofendia o princípio constitucional da presunção da inocência. O relator do caso, Ministro Teori Zavascki, defendeu que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerrava a análise dos fatos e das provas que assentavam a culpa do condenado, autorizando, pois, o início da execução provisória da pena.

A decisão indicou mudança no entendimento da Suprema Corte, que desde 2009, quando julgou o HC 84078, vinha condicionando a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. O Superior Tribunal Federal, naquele ano de 2009, entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. O *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia indeferido o pedido de liminar em HC lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

O caso envolvia um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição do mandado de prisão. O advogado do Réu entendeu que a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do STF e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). (BRASIL, 1988).

O ex-ministro Teori Zavascki, relator do processo à época, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Porém, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até

porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Com esse argumento, o ex-ministro relator do processo, votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Passados quase 10 anos, foram ajuizadas 3 (três) ações, respectivamente, pelos Partido Ecológico Nacional - PEN (atual Patriota), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) pedindo que o STF condicionasse o início do cumprimento da pena ao esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da sentença penal condenatória). A Suprema Corte do Brasil julgou, no dia 17 de novembro de 2019, o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54. Sendo relator, nessas ADCs, o Ministro Marco Aurélio.

O tema de fundo das ações consistia no chamado princípio da presunção de inocência. De acordo com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, destacado nas ações, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

As ADCs movidas tem a sua constitucionalidade a partir da decisão no HC 126292. O Patriota e a OAB ajuizaram em maio do mesmo ano as ADCs 43 e 44. O tema central dessas ações foi o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), com redação introduzida, em 2011, pela Lei nº. 12.403. Segundo o 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’.

O partido Patriota, na ADC 43, sustentou que a jurisprudência de 2016 era incompatível com a norma do CPP e que, para admitir que a condenação fosse objeto de execução provisória, o Plenário teria de ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo, o que não ocorreu. No mesmo sentido, a OAB sustentou na ADC 44 que, apesar de a decisão no HC 126292 não ter efeito vinculante, os tribunais de todo o país passaram a seguir esse posicionamento sem que o STF tivesse se pronunciado sobre a constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

A ADC 54 foi ajuizada em abril de 2018 pelo PCdoB. Embora o objeto fosse o mesmo daquele das ADCs 43 e 44, o partido argumentou que, desde então, as prisões após a confirmação da condenação em segunda instância se tornaram automáticas e imediatas. Nas três ações, o pedido principal foi no sentido de que o STF declarasse a constitucionalidade do artigo 283 do CPP com efeito vinculante, ou seja, de observância obrigatória em todas as instâncias.

Vale ressaltar que as medidas cautelares pedidas pelo Patriota e pela OAB nas ADCs 43 e 44 pretendiam a suspensão das execuções provisórias de penas de prisão e a libertação das pessoas presas antes do trânsito em julgado da condenação. A liminar, nesse julgamento, foi indeferida pela maioria, em outubro de 2016. Ficou vencida a corrente do relator, Ministro Marco Aurélio, favorável à concessão das cautelares.

Após a leitura do relatório (resumo do caso) pelo relator Ministro Marco Aurélio, a dinâmica do julgamento das três ações no dia 17 previu a manifestação dos representantes das partes processuais, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União. Houve sustentações de entidades interessadas (*amici curiae*) admitidas pelo relator: Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Defensoria Pública da União (DPU), Instituto Ibero Americano de Direito Público (IADP), Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), Associação dos Advogados de São Paulo, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), Instituto de Garantias Penais (IGP), Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e Conectas Direitos Humanos.

Em seguida, foram colhidos os votos, a começar pelo voto do relator. A ordem de votação seguiu do ministro mais recente da Corte (Ministro Alexandre de Moraes) ao mais antigo (Ministro Celso de Mello). O presidente do STF foi o último a proferir seu voto. O resultado da votação foi o seguinte, conforme a tabela abaixo:

Quadro 1 – VOTO DE CADA MINISTRO NO JULGAMENTO ADC 43.

COMO VOTARAM OS MINISTROS	
A FAVOR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA SEGUNDA INSTÂNCIA	CONTRA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA SEGUNDA INSTÂNCIA
Alexandre de Moraes	Marco Aurélio de Melo
Edson Fachin	Rosa Weber
Luiz Roberto Barroso	Ricardo Lewandowski
Luiz Fux	Gilmar Mendes
Cármem Lúcia	Celso de Mello
	Dias Tofolli

Fonte: Autores (2020).⁴

Na sessão do dia 23 de outubro de 2019, o Relator Ministro Marco Aurélio votou pela constitucionalidade do dispositivo do CPP e, como consequência, pela suspensão da execução provisória de penas que tenham sido determinadas antes do trânsito em julgado, com a libertação dos que tivessem sido presos após o julgamento de apelação.

⁴ Baseado nos dados coletados de STF (2019).

Segundo o Ministro Relator, a literalidade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação. A exceção à prisão após o esgotamento de recursos, ressaltou o relator, se dá em situações individualizadas, quando se concluir pela aplicação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do CPP.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, uma decisão condenatória de segunda instância fundamentada, que tenha observado o devido processo legal, afasta o princípio constitucional da presunção de inocência e autoriza a execução da pena. O Ministro considera que o juízo natural para a análise da culpabilidade do acusado são as chamadas instâncias ordinárias (primeiro e segundo graus), às quais compete o exame dos fatos e das provas.

O Ministro Alexandre de Moraes também frisou a necessidade de dar efetividade à atuação dessas instâncias e argumentou que, em caso de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade, existe a possibilidade de concessão de *habeas corpus* ou de medida cautelar para que o sentenciado aguarde em liberdade o exame da questão pelos tribunais superiores. “Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, fundamentada e dada com respeito ao devido processo legal e ao princípio da presunção de inocência, é enfraquecer as instâncias ordinárias” (MORAES, 2019, p. 21).

Para o Ministro Edson Fachin, é coerente com a Constituição Federal o início da execução da pena quando houver confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, salvo quando for expressamente atribuído efeito suspensivo ao recurso cabível. No seu entendimento, a possibilidade não afasta a vigência plena das garantias relacionadas ao princípio constitucional da presunção de inocência. “É inviável sustentar que toda e qualquer prisão só pode ter seu cumprimento iniciado quando o último recurso da última corte constitucional tenha sido examinado”, ressaltou. (FACHIN, 2019, p. 23).

O Ministro Fachin afirmou não desconsiderar que o atual sistema prisional brasileiro ‘constitui um verdadeiro estado de coisas inconstitucional’, mas observou que essa inconstitucionalidade não diz respeito apenas à prisão para o cumprimento da sentença, como também a toda e qualquer modalidade de encarceramento. Ressaltou ainda que a jurisprudência da Corte Interamericana e da Corte Europeia considera delimitado, pois desses precedentes é possível extrair duas conclusões. A primeira é a de que os direitos formais que caracterizam a presunção de inocência perduram até o julgamento final do processo, vale dizer, até a última decisão proferida, até o trânsito em julgado. A segunda é a de que, dentre esses direitos, não está o de não ser preso até que o trânsito em julgado ocorra. Por isso, o

tratamento processual do acusado não se confunde com a possibilidade de se realizar sua prisão, cautelar ou para o cumprimento da pena. (FACHIN, 2019).

Ao acompanhar a divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou que os fundamentos contra a possibilidade de execução provisória “não resistem ao teste da realidade”. Segundo o Ministro, dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) demonstram que o índice de encarceramento no Brasil e o percentual de prisões provisórias diminuiu após 2016, quando o STF assentou a atual jurisprudência sobre a matéria.

O Ministro ressaltou que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, enquanto o dispositivo que trata da possibilidade de prisão é o inciso LXI do mesmo artigo, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito, logo Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.

Conclui, assim, o Ministro afirmando que o requisito para a decretação da prisão no sistema brasileiro é a ordem escrita e fundamentada proferida pela autoridade competente, e não é o trânsito em julgado. No mais, pontuou que o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado incentiva a interposição de recursos protelatórios e contribui para a impunidade.

O Ministro Luiz Fux começou seu voto apontando casos em que os réus, segundo ele, ainda estariam soltos se não fosse a prisão após a segunda instância. Mencionou tanto homicídios (como os casos Nardoni, Roberto Aparecido ‘Champinha’ e o assassinato de Eliza Samudio) quanto casos de corrupção (‘Anões do Orçamento’, Banestado e juiz Nicolau dos Santos Neto). (SHALDERS, 2019).

Fux argumentou de forma parecida com o voto de Luís Roberto Barroso: o direito, disse Fux, não pode existir descolado da realidade, e os juízes precisam considerar os efeitos práticos de suas decisões. Citando um antigo ministro do STF, Fux disse que o país tem uma ‘espantosa e extravagante prodigalidade (excesso) de recursos’ (SHALDERS, 2019).

A Ministra Cármen Lúcia proferiu seu voto deixando claro que mantinha seu posicionamento histórico no tema: a favor da prisão já depois da segunda instância. A Ministra manteve a mesma posição desde que o STF tratou do assunto pela primeira vez, em 2009. Para ela, os advogados de ambos os lados apresentaram bons argumentos na tribuna do Supremo, mas não chegaram a alterar seu entendimento da questão.

Segundo Cármen Lúcia, a impossibilidade da chamada execução antecipada da pena gera 'crença da impunidade', principalmente para os réus com mais recursos para explorar o "intrincado sistema de recursos" da Justiça brasileira. 'Punição incerta, alimenta mais crimes, enfraquece o sistema de direito' (SHALDERS, 2019).

Para os Ministros que votaram em sentido contrário à decretação da prisão de condenados após julgamento em segunda instância, alguns acompanharam o voto proferido pelo Relator Ministro Marco Aurélio, acrescentando outros argumentos. Por exemplo, a Ministra Rosa Weber começou falando da aprovação do trecho sobre presunção de inocência na atual Constituição Brasileira. A Assembleia Constituinte, frisou ela, optou por deixar expresso que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado.

Weber (2019) construiu um apanhado histórico acerca das decisões da Corte sobre a temática em questão. Destacou, assim, durante o exercício de sua atividade jurisdicional, primou por observar a jurisprudência daquele Tribunal, ressalvadas as hipóteses em que era verificada a necessidade de realizar a devida atualização; e, assim, o fazia em homenagem ao princípio da colegialidade e à segurança jurídica enquanto valor inerente à democracia e ao estado de direito, além do próprio conceito de Justiça.

A Ministra ratificou a escolha político-civilizatória emanada do Poder Constituinte e materializada na redação do artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna e, pontou que, a mudança do entendimento ali esposado afrontaria em reescrever o texto constitucional, incompatível, pois, com a própria função do Supremo Tribunal Federal, que é seu respectivo guardião.

Nesse sentido, a Ministra destacou que "A vontade (do intérprete) não é absoluta, mas deve render reverência ao texto (da lei) como realidade absoluta". E complementou: "Não há como o leitor ignorar o valor dos símbolos marcados com tinta sobre o papel." (WEBER, 2019, p. 47).

Ricardo Lewandowski proferiu um voto incomumente rápido, apenas um pouco mais de 15 minutos. Seu voto foi similar, na essência, ao de Marco Aurélio: a Constituição e o CPP são claros, e o STF não pode transigir ao interpretá-los. Foram estas as palavras de Lewandowski (2019, p. 7):

A Constituição não é mera folha de papel, que possa ser rasgada quando contraria forças políticas do momento. Ao contrário, possui força normativa para fazer com que seus preceitos sejam cabalmente observados. Ainda que (contra) anseios momentâneos, mesmo tidos como prioritários, a exemplo do combate à corrupção, o qual o setor mais politicamente mobilizado da população hoje reclama com estridência.

O Ministro Gilmar Mendes (2019), em seu voto, disse que o ‘fator fundamental’ para a sua mudança de orientação foi a forma como os tribunais de instâncias inferiores passaram a entender a decisão do STF de 2016. O entendimento então esposado pela corte constitucional referia-se à ‘possibilidade’ de decretação de prisão em segunda instância, para fins de início do processo de execução da pena. Contudo, não se refletia em uma obrigatoriedade a ser decretada pelo julgador.

Nesse viés, o Ministro ainda estabeleceu uma crítica aos Tribunais, os quais, a partir da jurisprudência formada em 2016, passaram a decretar prisões após o respectivo julgamento em segunda instância, sem nenhuma análise sobre a necessidade da mesma.

No voto, Gilmar Mendes contestou o voto da Ministra Cármen Lúcia de que a proibição da prisão antes do fim do processo favorece os mais ricos. Ele disse que defensores públicos ‘desmistificaram esse discurso’ mostrando que pessoas pobres também conseguem reverter condenações de segunda instância. (SHALDERS, 2019).

No começo de seu voto, o Ministro Celso Mello destacou que a mudança no entendimento do STF não significava o fim completo da prisão antes do trânsito em julgado. Pessoas que cometerem crimes violentos, por exemplo, continuariam sendo presas preventivamente, antes mesmo de condenadas.

"Portanto, não é correto afirmar que apenas depois do esgotamento de todas as vias recursais se admitirá o encarceramento", argumentou. O Ministro ressaltou ainda que o julgamento tratava de uma "cláusula fundamental" da Constituição, destacando, assim, que o texto constitucional traz o trânsito em julgado como requisito para o início do cumprimento da pena (MELLO, 2019, p. 38).

Celso de Mello fez ainda uma longa digressão sobre a importância do processo penal para a proteção dos indivíduos "contra o abuso de poder eventualmente perpetrado por agentes estatais". Pontou o decano que, a Corte Constitucional mantém isenção e neutralidade em seus julgamentos, não levando em consideração para tanto a qualidade das pessoas ou a respectiva condição econômica, social, política ou funcional (MELLO, 2019, p. 16).

Por fim o Ministro Dias Toffoli, presidente da Corte e voto final, afirmou que o debate no STF dizia respeito à validade de trecho do artigo 283 do Código de Processo Penal, que prevê que a prisão só pode ocorrer após trânsito em julgado do processo, quando não couber mais recursos. Em seu voto, ele considerou o trecho válido.

Toffoli afirmou que quando a legislação penal diz que ninguém será preso antes do trânsito em julgado deixa patente a "vontade expressa do Parlamento brasileiro", mas, em

ressalva, opinou que casos do tribunal do júri (que julgam crimes de sangue, contra a vida) não devem ser tratados da mesma forma. (TOFFOLI, 2019, p.10).

Em coletiva após o voto, ele afirmou defender a prisão imediata de condenados em tribunais de júri, sem esperar o trânsito em julgado, e opinou que presos considerados violentos não poderão se beneficiar dessa decisão do STF.

Vale ressaltar que essa decisão do STF, sobre a prisão logo na decisão do julgado por um juiz de primeira instância, não diz respeito a todas as pessoas com pena privativa de liberdade. A discussão diz respeito apenas aos casos em que foi determinado o início da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Logo ela não alcança, portanto, pessoas presas preventivamente, na forma da legislação processual penal (artigo 312 do Código de Processo Penal – CPP). (STF, 2019).

Para evitar mal entendidos a respeito desse julgamento pelo STF, vale a pena mostrar a diferença entre execução provisória da pena e prisão preventiva. Na execução provisória da pena, admitida após a segunda instância, já houve a confirmação da sentença condenatória. Nesses casos, em tese, ainda são possíveis recursos ao STJ e ao STF para tratar de questões legais ou constitucionais. A prisão preventiva, por sua vez, pode ser decretada em qualquer fase do processo, desde que preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP. A medida se aplica, por exemplo, a pessoas com alto grau de periculosidade ou com comprovado risco de fuga.

3. A PRESUNÇÃO INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CPP

A Constituição Federal de 1988 consagrou a presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII, determinando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BARBAGALO, 2015).

Importante ressaltar para o debate que ocorre na Suprema Corte, que historicamente suas origens remetem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do séc. XVIII, que, em seu art. 9º, previa: "*Tout homme étant présumé innocent jusqu'a ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur Qui ne serait nécessaire pour s'assurer de as personne, doit être sévèrement reprimée par la loi*"¹; e, posteriormente, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, que diz o seguinte: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

Ligando-se às demais garantias constitucionais, o princípio da inocência garante um julgamento justo ao acusado pela prática de uma infração penal, conforme o espírito de um Estado Democrático de Direito.

A nossa Carta Magna apresenta, de forma positivada e clara, o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos e garantias constitucionais, como observado no art. 5º, inc. LVII.

Nesse mesmo contexto, o legislador pátrio, ao editar o art. 283 do Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 12.403/2011, concretizou na esfera processual penal a garantia explícita na Carta da República de 1988 determinando que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

A fórmula adotada pelo constituinte brasileiro para a presunção de inocência segue os moldes do art. 27.2, da Constituição Italiana: “O imputado não é considerado culpado senão até a condenação definitiva”. No Brasil, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença pena condenatória (BARBAGALO, 2015, p. 55).

A expressão “inocência” não foi utilizada para designar a garantia processual. Para alguns poucos autores, a Constituição não reconheceu expressamente uma presunção de inocência, mas sim, uma presunção de não culpabilidade (BARBAGALO, 2015).

Bonfim (2009) leciona a respeito dos precedentes históricos do princípio da presunção de inocência, informando que tal dispositivo se positivou pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789, inspirado na razão iluminista de intelectuais como Voltaire e Rousseau. Posteriormente foi reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, em 22 de maio de 1948, e ainda no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

O princípio da presunção de inocência reporta-se ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789, a qual possui origem no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Trata-se de um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que a perda da liberdade já é uma pena, está só deve preceder a condenação na medida em que a necessidade faz sua exigência. (TOURINHO FILHO, 2009).

Eis o princípio: “enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 29-30).

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, que é permeável a valores jurídicos supra-positivos, na qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Deve-se lembrar que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a aplicação e interpretação de regras. No entanto, modernamente, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, em que as regras desempenham um papel referente à segurança jurídica (BARROSO, 2010).

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, 1991, (apud BARBAGALO, 2015), a presunção de inocência do acusado mereceu destaque dos clássicos. Acrescenta que, para Carrara, seria “pressuposto da ciência penal, na parte em que contempla o procedimento”. Já para Carmignani, o fato é que, “como mais frequentemente acontece que os homens se abstenham de delinquir, a lei consagra a todos os cidadãos a presunção de inocência”.

Magalhães Gomes Filho, 1994, (apud BARBAGALO, 2015) afirma que, em algumas constituições e nas declarações internacionais de direitos humanos, o princípio da presunção de inocência vem expresso em termos de “presunção”, enquanto em outras obras priorizam a referência ao *status* do acusado durante o processo penal, qual seja, o estado de inocência ou o de não culpabilidade.

Ademais, Zanoide (2010, apud BARBAGALO, 2015, p. 66) explica o porquê de o princípio da presunção de inocência ser, na realidade, um “estado de inocência”. Vejamos:

Ao não se demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele ‘continua’ inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende por que se deve dizer que há um ‘estado de inocência’ que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes.

O estado de inocência é uma garantia ao réu de direito público e subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado até o trânsito em julgado da condenação (CERNICCHIARO, 1990: PACELLI, 2008, apud BARBAGALO, 2015).

Aury Lopes Jr. afirma que podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construída em contraditório, orientando-se o processo,

portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento, rechaçando a figura do juiz-inquisidor, munido de poderes instrutórios e investigatórios, consagrando a figura do juiz de garantias (LOPES JR., 2019).

Partindo de uma análise constitucional e do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, Vegas Torres, 1993, (apud LOPES JR., 2019), há três principais manifestações da presunção de inocência, quais sejam, a de que é um princípio fundante, em torno do qual é constituído todo o processo penal liberal, determinando garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal. Posteriormente, relaciona-se ao tratamento do imputado durante o processo penal, partindo-se da ideia de que é inocente, devendo reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se a fase pré-processual). Por fim, trata-se de uma regra referida ao juízo do fato que faz a sentença penal. Essa regra incide no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é ônus da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar demonstrada.

A presunção de inocência, para Aury Lopes Jr. (2019), diz respeito a imposição de um dever de tratamento, eis que exige que o réu seja tratado como inocente, tendo uma atuação em duas dimensões, interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, trata-se de um dever de tratamento imposto ao juiz determinando que o ônus da prova seja inteiramente do acusador (pois se o réu é inocente, nada precisa provar) e que a dúvida conduza à absolvição (*in dubio pro reo*) (LOPES JR., 2019).

Em se tratando da dimensão externa, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, diante do dever de trata-lo como inocente. Ou seja, a presunção de inocência e as demais garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade, devem ser utilizadas como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo penal (LOPES JR., 2019).

A Carta Magna de 1988, seguindo certa tendência, foi redigida de modo a reger todos os assuntos de forma minuciosa, com exceção daqueles que não obtiveram algum consenso, os quais foram remetidos para a legislação ordinária. Tematicamente, a Constituição Federal coloca, em ordem de precedência, os princípios fundamentais da República e os direitos e deveres individuais e coletivos. E pela primeira vez aparece nas constituições a presunção de inocência. Embora ainda não se mencione a expressão tradicional “presunção de inocência”, haja vista ter sido adotado a linguagem inversa, qual

seja, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ninguém será culpado. (BATISTI, 2009).

A presunção de inocência, como regra de julgamento, impõe que a absolvição seja critério pragmático de resolução da dívida judicial, por meio do *in dubio pro reo*. Trata-se da condução a uma pré-ocupação dos espaços mentais decisórios do juiz, que gera uma preocupação a este, em assim tratar o acusado até que a acusação derrube a presunção, comprovando a autoria e a materialidade do crime. (LOPES JR., 2019).

Sobre a evolução dos direitos e garantias da norma penal leciona Silva (2018, online):

As funções do Direito Penal, assim, podem ser sintetizadas como, por um lado, o controle social, através de mecanismos simbólicos de prevenção. Por outro lado, paralela e paradoxalmente, a garantia do indivíduo frente ao Estado e suas pretensões de intervir sobre a liberdade individual. É no contraponto entre essas duas faces da esfera penal que se pode destacar que o Direito Penal contemporâneo caminha para ser uma esfera jurídica centrada no enaltecimento do ser humano como referência e razão principal das relações sociais.

Então, percebe-se que o Direito é muito dinâmico, vem sempre evoluindo conforme as necessidades da sociedade. Todavia em um Estado Democrático de Direito, jamais podem ser deixados de lado os direitos inerentes à personalidade do homem junto a sua presunção de inocência, autor e possuidor da proteção oriunda do ordenamento jurídico, que por sua vez são a inspiração da norma jurídica.

4. A VISÃO DO JUIZ HARTIANO NO JULGAMENTO DO STF

A linguagem é uma das ferramentas essenciais para fins de comunicação desenvolvida pela humanidade. Entretanto, diante da infinitude de suas funções, é possível que da linguagem decorra situações de imprecisão e, nessa perspectiva, atinge também conceitos e normas jurídicas, tornado, pois, imprescindível ao operador do Direito a utilização da hermenêutica jurídica e, sobretudo, da filosofia do Direito.

Dentre as principais correntes filosóficas sobre a concepção do Direito, destaca-se a do autor inglês Herbert L.A. Hart, cuja obra enfoca o caráter moderado de sua concepção positivista acerca do Direito, isto é, a normatividade não se resume à formalidade jurídica, devendo, pois, estar inserida na própria sociedade.

Hart observou que, diante da indeterminação da linguagem natural somada à impossibilidade humana de estabelecer regras específicas prévias para todas as situações

possíveis, decorre a necessidade de que juízes ou outras autoridades competentes exerçam seu poder discricionário para dizer o direito, balizado na proporcionalidade daquilo que já é preexistente.

Assim, o autor, em sua teoria da textura aberta do direito, tenta explicar a existência de casos difíceis, como ocorreu nesse julgamento de novembro de 2019, em que a autoridade competente deve ser um poder discricionário para criar o direito, usando a cautela da proporcionalidade do julgamento.

Sua teoria possui três aspectos: o ponto de vista descritivo; a regra de reconhecimento; textura aberta do direito e o poder discricionário do juiz.

No aspecto descritivo, o autor se compromete com a realização de uma investigação científica moralmente neutra, descomprometida com a justificação dessa ou daquela concepção de direito, o que não impede de registrar as motivações morais que levam os agentes a acatar os preceitos das regras jurídicas. (HART, 2007).

A regra de reconhecimento, traça como premissa a chancela de concepções de direito vinculadas a ideia de coação e de imposição por parte de autoridade soberana, eis que é substituída pela ideia de direito como conjunto de normas primárias e secundárias. (HART, 2007).

Regras primárias são encontradas nos aspectos de convivência social, possuem formação lenta, prescrevem regras de direito que são elementares, caracterizadas por suas formas peculiares, que serão aceitas ou não por outro grupo. Por sua vez, as regras secundárias originam-se da necessidade de correção as imperfeições e lacunas das regras primárias, as tornando precisas e aplicadas. (HART, 2007).

Ademais, as regras secundárias enquadram-se em três espécies, quais sejam, as regras de reconhecimento, que identificam as regras primárias; regras de alteração, que possibilitam a introdução de novas regras primárias; e regras de julgamento, que definem os procedimentos e os responsáveis por decidir sobre controvérsias advindas da não observação de regras primárias. (HART, 2007).

As regras de reconhecimento encontram-se ligadas à validade do direito, abstendo-se de vincular-se exclusivamente a formas procedimentais, mas também aos princípios morais e outros juízos de valor. (HART, 2007).

Segundo Hart, as regras, que contem texturas abertas, se dividem em dois momentos filosóficos, zona de foco e zona de penumbra. A zona de foco se refere aos casos fáceis que o juiz hartiano julga de maneira consciente e é sólida à luz da justiça, pois a aplicação da regra é certa e consensual. Entretanto a zona de penumbra diz respeito aos casos difíceis e com maior

relevância, casos em que a aplicação da regra é incerta e controversa. Trata-se de uma situação em que verifica no ordenamento jurídico a ausência de norma clara e precisa acerca de qual decisão tomar. Nesta hipóteses, o julgador exerce poder discricionário para criar o direito ao caso concreto, dentro das limitações já traçadas, em que a ponderação dos princípios conflitantes e a busca de uma solução capaz de conciliar as posições segundo um critério de proporcionalidade deve levar em consideração o interesse social preponderante. (HART, 2007).

Este conceito, por sua vez, não tem conteúdos fixos, e sim, móveis, eis que, um caso que antes era tratado como zona de foco, pode passar à zona de penumbra, e vice-versa. Isto ocorre em razão porque o Direito possui o que Hart chama de 'textura aberta', que é a capacidade das regras de enquadrarem-se ou não situações jurídicas ao longo do tempo, conforme as mudanças na linguagem e na sociedade que venham a alterar seu âmbito de aplicação. (HART, 2007).

A não completude e a indeterminação do Direito, possibilitam a afirmação de Hart de que o sistema normativo possui uma textura aberta. No caso concreto, quando verificada a indeterminação de regras jurídicas, cabe aos juízes e outras autoridades competentes fazer o uso de seu poder discricionário, visando criar o direito. Destaca-se que, a textura aberta se deve a dois fatores, a indeterminação da própria linguagem natural e a impossibilidade humana de estabelecer regras específicas prévias para todas as situações possíveis. Esta limitação advém da própria natureza da linguagem humana, que está sujeita a alterações e variações, o que se estende a linguagem jurídica. (HART, 2007).

Visto assim no julgamento da Corte Suprema do Brasil, em que foi decidido, por 6 votos a 5, que o artigo 283 do Código de Processo Penal (que declara que ninguém pode ser preso antes do fim do processo) está de acordo pleno com o texto da Constituição Federal de 1998, a saber: o inciso LVII do artigo 5º diz que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É o princípio da presunção de inocência. Isso significa que condenação em segunda instância sozinha não é mais suficiente para que se prenda alguém antes que acabem todas as possibilidades de recursos.

Então, tanto no art. 5º, inciso LVII, da CF/88 quanto no art. 283 do CPP, quanto mais acepções a palavra tem, mais difícil é determinar o significado dela, mas o que traz a dificuldade de determinar o significado da palavra é sobretudo o contexto em que ela se apresenta. O que torna a zona de foco (fácil de interpretar) ou de penumbra (difícil de interpretar) é o contexto do caso em si, ou seja, o que torna uma situação difícil de resolver são as circunstâncias do caso concreto.

Importante para hermenêutica jurídica é lembrar que o que foi decidido nesse julgamento pelo STF foi o artigo 283 do CPP — que declara que ninguém pode ser preso antes do fim do processo a não ser que haja prisão em flagrante delito ou mediante cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária.

Nesse julgamento, a Corte Constitucional estava diante de uma nítida zona de penumbra, em que foi imperioso debater acerca de uma situação de fronteira entre duas opções igualmente possíveis, mas que deveriam estar harmonizadas com os ditames da Carta Magna, emanadas do poder constituinte originário.

Assim, não bastava apenas aos Ministros demonstrar a norma e o conceito dos diversos tipos de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Mas, acima de tudo, estavam sendo chamados a buscar o melhor sentido da regra (prisão após o julgamento em segunda instância *versus* prisão após o trânsito em julgado) no interior de uma concepção ética de sociedade, isto é, objetivando torná-la válida não por mero pressuposto, mas porque aceita, realizando, então, a melhor adaptação à realidade.

Resta assim nítido, pois, que o caso em análise se enquadra na perspectiva de um julgamento difícil, segundo a teoria hartiana, eis que se tornou necessário apreciar as regras de reconhecimento e, conseqüentemente, a validade do direito.

Nesse sentido, o STF declarou e corroborou foi que o artigo 283 do CPP está de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, em que diz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", ou seja, que ninguém será considerado culpado até o fim do processo, quando não há mais possibilidade de recursos.

Em Hart (1994), a validade jurídica é consequência da conformidade da regra à regra de reconhecimento. Mais: é essa conformidade que outorga à regra a condição de regra jurídica, retirando-a daquele vasto campo de meros hábitos de comportamento ou regras sociais e conferindo à conduta que ela impõe o “status” de obrigação jurídica (ou, por outro lado, de poder ou competência juridicamente reconhecidos). Assim é que “dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (HART, 2007, p. 114).

Na órbita do Direito anglo-saxão, referencial de Hart, os padrões gerais de conduta são comunicados através dos precedentes e da legislação. Fazem-no, respectivamente, com um uso máximo e um uso mínimo de palavras. (HART, 2007, p. 138.)

O precedente constitui-se, por assim dizer, em exemplos dotados de autoridade. Essa comunicação de padrões de conduta através do precedente traz consigo uma grande zona de imprecisão, no tocante aos sujeitos atingidos e às condutas pretendidas. Ao contrário,

aparentemente, a regra de conduta comunicada através da lei (usando formas explícitas de linguagem) seria, nas palavras de Hart, “clara, certa e segura” (HART, 2007, p. 138.).

Ainda dentro do pensamento hartiano, o que determinaria essa deficiência na comunicação dos padrões gerais de conduta seria a combinação de duas desvantagens: “[a] primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de fato; [b] a segunda, a nossa relativa indeterminação de finalidade” (HART, 2007, p. 141.).

Ao problema da textura aberta do Direito reconhecendo um poder discricionário aos juízes, responde Hart (2007, p. 141):

[a] textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.

Logo, Hart interpretaria dois possíveis sentidos para regra no princípio da presunção de inocência, quando falamos do que está estabelecido nos artigo 5º da Constituição Federal, inc. LVII, e 283 do CPP, é óbvio que a prisão em segunda instância nesse contexto seria a zona de foco, tendo em vista que existiu um consenso entre os juristas constitucionalistas que é uma norma que pode ser debatida ou discutida, visto que anteriormente foi permitida tal prisão.

Mas quando nos referimos à presunção de inocência como cláusula pétrea constitucional, que são direitos fundamentais, já estaria na zona da penumbra, pois não haveria um consenso, visto que 5 (cinco) dos 11 (onze) Ministros da Corte Suprema Brasileira votaram a favor da prisão. Fato que um juiz hartiano chamaria de um caso difícil, eis que aludidos casos se dividiriam em dois tipos para Hart: casos em que não existe lei sobre o assunto, e casos que existem lei sobre o assunto, porém ela tem múltiplas interpretações.

Para Hart, o juiz vai tomar uma atitude diferente em cada um desses casos. Se não houver lei, o juiz agirá como se fosse legislador naquele caso concreto, isto é, o juiz terá de tomar uma decisão como se estivesse criando uma lei. E se ela tem múltiplas interpretações, o juiz escolhe a interpretação que se mostrará mais pertinente para o caso sob exame.

Lênio Streck, autor de uma das ações que foram avaliadas pelo STF, afirma: "Declarar o artigo 283 inconstitucional seria um absurdo, porque ele é uma espécie de espelho do artigo 5º da Constituição" (MORI, 2019, online).

Para Maurício Dieter, a decisão do STF traz “um reforço da segurança jurídica, afinal reconhece que o que está escrito é o que está escrito”. Seu entendimento é o mesmo da

maioria da Corte, não há espaço para interpretar que o artigo 238 fere a Constituição. “Você não pode alterar o significado óbvio do que está na lei”, (MORI, 2019, online).

Gustavo Badaró, da Universidade de São Paulo, coaduna com o mesmo posicionamento ao se pronunciar da seguinte forma: “A decisão é correta, é muito coerente (...). O ganho fundamental é o respeito à Constituição. O Supremo pode muito, pode interpretar a Constituição, mas não pode alterá-la” (MORI, 2019, online).

Lamentavelmente o ponto fulcral nesse debate da prisão em segunda instância é levantado por algumas opiniões, em boa parte não técnicas, sobre a probabilidade de soltura em massa de presos (em tese, todos de altíssima periculosidade) tão-somente em virtude da referida decisão do STF.

Todavia, trata-se de evidente falácia, haja vista a possibilidade de se decretar a prisão preventiva, de acordo com os requisitos e fundamentos previstos nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal Brasileiro. Assim, somente aqueles que não se amoldam às referidas regras, é que serão, de fato, beneficiados com o novo posicionamento adotado pela Suprema Corte.

Não foi a primeira vez que o STF decidiu sobre a temática, eis que em 2009, foi firmado o entendimento impedindo a prisão após o julgamento de 2º grau. E dessa data até do julgamento de novembro de 2019, nada se alterou: o país não viveu uma fase horrível de impunidade e solturas de presos de grande periculosidade. Vimos que tudo “foi muito bem”, porque o instrumento da prisão cautelar foi devidamente preservado, sendo, portanto, adotado pelos magistrados quando de sua necessidade.

A partir do século XX, a filosofia do Direito vem provocando rupturas com a já ultrapassada dicotomia de pensamento entre positivismo e jusnaturalismo. Várias correntes filosófico-jurídicas vêm sendo formadas em busca de uma resposta à inquietante indagação: *o que é o direito?* A textura aberta do direito, de Hart, é uma teoria que defende que, em certas situações da vida real e nos chamados casos difíceis, em razão da indeterminação natural da linguagem e da impossibilidade de prever todas as situações futuras em regras específicas, o direito mostra lacunas, texturas abertas, em que a autoridade competente deve exercer um poder discricionário para criar o direito, balizado pela proporcionalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência, unido aos demais princípios constitucionais, visa garantir um julgamento justo ao condenado pelas infrações penais que este cometeu, o que remonta ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, o Estado deve garantir o respeito as

liberdades civis, os Direitos Humanos e as garantias fundamentais, por meio do estabelecimento de normas eminentemente protetivas.

No sistema jurídico brasileiro, a referida garantia concretizou-se por meio do art. 283 do Código Processual Penal, o qual assegura a determinação da Constituição Federal de 1988, de que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

A formação do convencimento de um magistrado deve ser elaborada em contraditório, devendo o processo penal orientar-se pela estrutura dialética, cancelando a figura do juiz-inquisidor, que possui poderes instrutórios e investigatórios.

Trata-se, portanto, de um dever de tratamento, o qual impõe que o réu seja tratado como inocente em duas dimensões: interna, que impõe ao juiz um dever de tratamento, determinando que o ônus da prova seja inteiramente do acusador; externa, que faz a exigência de uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, diante do dever de trata-lo como inocente.

Depreende-se que, mesmo que a presunção de inocência seja um princípio constitucional, é possível verificar situações de imprecisão, as quais atingem seus conceitos e disposição normativa. Logo, se faz necessário a utilização da Filosofia do Direito.

Hart verificou que a indeterminação da linguagem aliada a impossibilidade de estabelecer normas prévias para todas as situações possíveis, possibilita que autoridades judiciárias exerçam poder discricionário para dizer o direito, tendo como base o senso de razoabilidade do que já existe.

Portanto, em sua teoria da textura aberta do direito, visa esclarecer a existência de casos difíceis, dos quais as autoridades usam de seu poder discricionário para criar o direito.

De acordo com a teoria de Hart, o autor realizará uma investigação científica neutra, que não terá compromisso como qualquer concepção de direito. Ademais, serão canceladas as convicções de direito que estão vinculadas a ideia de imposição por parte de autoridade soberana, pois está será substituída pela noção de direito como conjunto de regras primárias e secundárias.

As regras primárias, serão encontradas nos aspectos de convivência social. Ademais, as regras originam-se das imperfeições e brechas das regras primárias, as tornadas precisas.

Para Hart, as regras possuem texturas abertas. Estas, por sua vez, dividem-se em zona de foco e zona de penumbra. Zona de foco diz respeito a casos fáceis, em que a

aplicação da norma para julgamento se dá de maneira consciente. Zona de penumbra diz respeito a casos difíceis e que possuem maior relevância. Nestes, a aplicação da norma é incerta e possui controvérsias a serem sanadas pelo julgador através do seu poder discricionário. Com isso, a autoridade judiciária irá exercer poder discricionário para criar o direito no caso concreto, levando em consideração a ponderação de princípios que possuem conflito, buscando uma solução capaz de conciliar opiniões em um critério de razoabilidade, considerando o interesse social.

A textura aberta torna então indispensável a existência no sistema das normas secundárias, as quais vão possibilitar o concreto entendimento das normas primárias de obrigação. Então em Hart, tem-se uma análise estrutural do Direito; a união das normas primárias e secundárias reflete a essência do sistema. O sistema jurídico é, então, constituído por enunciados interrelacionados, logo há uma interação recíproca entre as diferentes normas que constituem o sistema.

É fato que até alcançar a conformação atual nesse julgamento da Suprema Corte, o princípio da presunção de inocência passou por um longo processo histórico de formatação, amadurecimento e concretização, ao custo, infelizmente, de milhares de vidas injustamente apenadas. A presunção de inocência atualmente é compreendida como o princípio chave do processo penal, e, mais do que isso, como princípio chave de todo o sistema penal.

Configurando como um dos primeiros elos da corrente que se forma contra o dogmatismo jurídico, o juiz hartiano procura dar uma nova roupagem para o positivismo, dotando o ordenamento jurídico de fundamento ético.

A análise do último julgamento sobre esse tema da prisão em segunda instância e a presunção de inocência, afirma-se que o supremo tribunal tem a palavra final ao dizer o que é direito, e mesmo que alguém negue esse fato, a negação torna-se inválida. O direito é o que os tribunais dizem que é, suas decisões são, portanto, definitivas e infalíveis. Principalmente quando se trata de cláusula pétrea da Carta Magna.

Então é verdade que a ação dos tribunais no espaço deixado em aberto pela textura aberta do direito é grande, sendo todas as suas decisões mantidas a não ser quando modificadas pela legislação, que, será também interpretada pelos tribunais tendo esse a palavra final, como já afirmado aqui anteriormente. Ainda assim, continua existindo uma distinção entre uma constituição que dita normas a serem seguidas pelos tribunais, como uma constituição moderna do século XX, e uma que permite aos tribunais fazer o que quer que seja que desejem.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBAGALO , Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. [S. l.: s. n.], 2015.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBAGALO , Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. [S. l.: s. n.], 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COELHO, Edihermes Marques. As funções do Direito Penal. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 4, n. 146. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>. Acesso em: 17 mar 2011.

HART. Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad.: A Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KHALED JUNIOR, Salah. Me ne frego: **a presunção de inocência apunhalada pelo STF**. Boletim do IBCCRIM, ano 24, n. 281, p. 5, abr., 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR. , Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª . ed. [S. l.: s. n.], 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORI, Letícia, Decisão do STF pelo fim da prisão após condenação em 2ª instância divide meio jurídico. **BBC News**. Brasília. 8 de nov 2019, Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50340708>. Data de acesso: 28 de junho 2020.

SHALDER, André, Com placar de 4 a 3, STF mantém suspense sobre prisão em 2ª instância. **BBC News**. Brasília. 24 out 2019, Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50340699>. Data de acesso: 20 de junho 2020.

SILVA, João Fernando Vieira da. Notas sobre presunção de inocência, direitos fundamentais e a indevida mitigação de salvaguardas constitucionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5300, 4 jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63187>. Acesso em: 27 de maio. 2020.

STF, STF julga nesta quinta (17) ações sobre prisão após condenação em segunda instância, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=426931&ori=1>. Data de acesso: 16 de maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Apenso Principal: ADC43 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=4986729>>. Acesso em: 20 nov. 2019.