

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ARTE E LITERATURA

REGINA VERA VILLAS BOAS

MARCELO CAMPOS GALUPPO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, arte e literatura [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcelo Campos Galuppo; Regina Vera Villas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-034-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ARTE E LITERATURA

Apresentação

Nos momentos de crise, não é o conhecimento especializado, mas o interdisciplinar (como um gênero que envolve também o multidisciplinar, o transdisciplinar e até o indisciplinar) que tem encontrado respostas para nossos problemas, pois é nas margens, não no centro da ciência normal, que encontramos tanto o sentido quanto o ímpeto para a mudança de paradigmas. Essa ideia, por si só, justificaria a existência de um Grupo de Trabalho de Direito, Arte e Literatura no CONPEDI, mas, como mostram as contribuições aqui reunidas, a pesquisa e produção bibliográfica neste campo tem alcançado uma diversidade de temas e de métodos, e, apesar disso, uma tal unidade epistemológica, que, cada vez mais, pesquisadores de outros campos têm sido atraídos para esta temática.

Os trabalhos aqui reunidos articulam-se em torno de três temáticas: o problema da interdisciplinaridade do saber jurídico, e do recurso a obras de arte, cinema e literatura para elucidar o campo do Direito; o uso da teoria literária, em especial da teoria da narrativa, como metateoria para o conhecimento jurídico; e o uso de uma perspectiva hermenêutica que visa à construção do entendimento (que se caracteriza sobretudo como mediação no Direito, e como o problema do significado da obra literária e da obra de arte).

Em sua pesquisa, Othoniel Ceneceu Ramos Júnior e Jorge Vieira da Rocha Júnior usam como exemplo da transdisciplinaridade a dificuldade para o Direito de determinar quando se inicia a vida humana sem lançar mão de outros saberes, que aponta, de um lado, para o uso da literatura enquanto prática interpretativa após o giro linguístico do século XX e a crise do Positivismo Jurídico, como analisada por Aline Mariane Ladeia Silva, e de outro, para os problemas inerentes à coerência, essencial para a proteção judicial de grupos estigmatizados, como demonstra Rogério Borba.

Eduardo Aleixo Monteiro analisa o desenvolvimento do movimento Direito e Literatura no Brasil, classificando seus autores em três períodos, a que chama de “Pais fundadores”, “Movimento” e “Empreendimento” (marcado, este último, pela criação a Rede Brasileira de Direito e Literatura – RDL). Aliás, a Literatura de Língua portuguesa é usada de modo privilegiado pelos autores aqui reunidos para desenvolver suas teses: Sofia Alves Valle Ornelas analisa o romance *Inocência*, de Taunay, para demonstrar como a criminalização do charlatanismo se dá por um discurso normativo de profundas consequências econômicas; Laís da Silva Lopes Furtado analisa a mudança na visão da crítica literária sobre a

personagem Capitu, do romance *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, para questionar a imparcialidade do próprio Direito; Lorena Roberta Barbosa Castro e Helena de Machado estudam o romance *Helena*, também de Machado de Assis, para verificar os avanços e retrocessos na construção de direitos, sobretudo das mulheres, na sociedade brasileira; Amanda Greff Escobar e Flávia Moreira Guimarães Pessoa apresentam, a partir de um poema de Carlos Drummond de Andrade, o processo de construção da empatia na mediação; Gisleule Maria Menezes Souto também lança mão de Carlos Drummond, bem como da hermenêutica heideggeriana, para analisar o que é, afinal, o homem; e Ellen Carina Mattias Sartori e Audrey do Nascimento Sabbatini Martins estudam, em obras como *Os Lusíadas*, de Camões, e *Os Maias*, de Eça de Queirós, o papel do afeto como fundamento no casamento.

A análise de obras literárias não se restringiu àquelas da literatura de língua portuguesa. Fabiana Marion Spengler estuda a comédia *As Vespas*, de Aristófanes, e os mecanismos de resolução de conflitos; Luciana Gonçalves Dias e Regina Vera Villas Bôas investigaram a patologia fantástica em *Cem Anos de Solidão*, de Garcia Marques, e *Ensaio sobre a Cegueira*, de Saramago para enfatizar a importância da força jurídico-constitucional do direito à saúde; Fernanda Leontsinis Carvalho Branco utiliza-se de *A morte de Ivan Ilitch*, de Tolstói, para analisar as diretivas antecipadas da vontade no Biodireito; e Edloy Menezes estuda o totalitarismo a partir da obra de Hannah Arendt.

Além disso, alguns trabalhos aqui reunidos analisam o cinema e sua importância para a compreensão do Direito. Sérgio Leandro Carmo Dobarro e João Henrique Pickcius Celant exploram o filme *O Pianista* para demonstrarem o papel do cinema no despertar da visão humanística dos alunos (e profissionais) de Direito; Mara Regina de Oliveira e Marcelo Brasil de Souza Moura comparam os filmes *Abril Despedaçado* e *Bacurau* para denunciar as consequências da omissão do Estado em contextos sociais; Lícia Chaves Leite estuda o HC 126.292 e a presunção de inocência à luz do filme *The Blue Thin Line*; e Leandra Chaves Tiago e Carina Barbosa da Costa Silva analisam a vulnerabilidade de profissionais do sexo à luz do filme *Dangerous Beauty (A luta pelo amor)*.

Esta coletânea se encerra com uma pesquisa sobre o quadro *The Rock*, de Peter Blume, para compreender a dialética entre destruição e reconstrução e com uma pesquisa sobre os Direitos Autorais para marcar a diferença entre concepções e seu impacto no problema da pirataria na internet.

Todas essas contribuições demonstram ao mesmo tempo a interesse que o tema desperta e o compromisso metodológico desses autores.

Marcelo Campos Galuppo

Regina Vera Villas Bôas

Coordenadores

23 de junho de 2020, ano da Pandemia (Covid-19)

Nota técnica: O artigo intitulado “História em quadrinhos e histórias de vida de professoras trans: emergências temáticas no CONPEDI” do autor Renato Duro Dias foi apresentado no GT Gênero, Sexualidades e Direito I.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Arte e Literatura apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Arte e Literatura. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E “THE BLUE THIN LINE”: UMA
RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ARTE**

**RIGHT TO THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE BLUE THIN LINE:
A RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND ART**

**Lívia Chaves Leite
Thiago Sampaio Elias**

Resumo

A presente pesquisa visará analisar, a partir de uma prévia exposição da relação entre Direito e Arte, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292-SP, se a flexibilização do princípio da presunção de inocência pode ser caracterizada como uma violação ao ordenamento jurídico. É qualitativa, baseada em fonte bibliográfica e documental, recorrendo ao filme “The Thin Blue Line” como referencial documental, bem como à jurisprudência do STF. Conclui-se ser uma interpretação que afronta uma garantia individual, indo de encontro à axiologia constitucional e dignidade daqueles inocentes presos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência, Efetividade da prestação jurisdicional, Garantia constitucional, The thin blue line, Direito e arte

Abstract/Resumen/Résumé

This research analyze, based on analysis of the relationship between Law and Art, the decision handed down by the Supreme Court at Habeas Corpus 126.292-SP, if the flexibilization of the principle of the presumption of innocence characterized a violation of the law. It is qualitative, based on a bibliographic and documentary source, using the film “The Thin Blue Line” as a reference and the jurisprudence of the STF. It is concluded that it's an interpretation that confronts an individual guarantee, going against the constitutional axiology and dignity of those innocent prisoners before the final sentence of the condemnatory criminal sentence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of the presumption of innocence, Effectiveness of jurisdictional provision, Constitutional guarantee, The thin blue line, Law and art

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surge em um cenário de redemocratização, com a conseqüente positivação de um amplo número de direitos e garantias. Esses se encontram positivados principalmente em seu título II¹, artigo 5^o², o qual, diante de sua importância, passou a integrar o “núcleo duro” constitucional, ou seu rol de cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, §4^o, IV³. Dentre esses direitos e garantias encontra-se o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, conforme Mendes e Branco (2014), previsto no artigo 5^o, inciso LVII⁴, que diz que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse contexto de redemocratização do País, o Supremo Tribunal Federal se destacou no cenário jurídico-político brasileiro, no qual os cidadãos passaram a acionar com maior frequência o Judiciário para obter a satisfação de seus direitos e garantias. Diante disso, viu-se uma prática crescente de decisões por parte da Corte, sendo, muitas delas, bastante polêmicas.

Assim é que se passa a analisar o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, que significou uma virada de jurisprudência do Supremo acerca da possibilidade da execução provisória da pena a partir de decisão condenatória em segunda instância, matéria que já foi objeto de mutação constitucional por três vezes pela Corte, uma em 2009, com o 84.078-MG, outra em 2016, quando firmou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, e, mais recentemente, em 2019, quando reverteu o seu entendimento favorável à tese.

Examina-se os argumentos favoráveis à relativização utilizados pelos ministros, analisando o sopesamento realizado entre princípios, quais sejam, o da presunção de inocência e o da efetividade da prestação jurisdicional, e em que medida o menor peso atribuído àquele compromete e mitiga garantias e direitos fundamentais, violando, conseqüentemente, a ordem constitucional. Logo, exatamente pelos motivos acima expostos, escolheu-se para ilustrar a temática do presente artigo o filme “The Thin Blue Line” (em português, “A Tênia Linha da

¹ “Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais”

² “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

³ “Art. 60 § 4^o Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

⁴ “Art. 5^o LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Morte”), que retrata a realidade um indivíduo chamado Randall Adams, condenado pelo homicídio de um policial, e que aguarda sua execução em uma penitenciária estadual. Alternando depoimentos dos envolvidos no caso e reconstituições, Errol Morris busca reconstruir o que aconteceu na noite do assassinato. Ao fim, Morris desconstrói o processo e o julgamento, revelando a contaminação da Justiça por interesses políticos e preconceitos culturais, o que levou à anulação da condenação de Adams (COUTO, 2007). Ou seja, ao final, viu-se ser, Randall Adams inocente, mesmo após sua condenação em última instância.

Isto posto, parte-se do seguinte questionamento de pesquisa: a flexibilização do princípio da presunção de inocência viola garantias fundamentais? Dentro desse contexto, levando-se em consideração problema acima exposto, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a possibilidade ou não de execução da pena a partir de decisão condenatória em segunda instância, tendo como instrumento ilustrativo a obra cinematográfica já mencionada.

Para alcançar tal intento, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental do tipo pura, baseada em estudos de artigos de periódicos, livros de doutrina, notícias, Constituição Federal da República Federativa do Brasil, bem como do filme referido, tudo com o intuito de ampliar o conhecimento sobre a matéria e fomentar o debate sobre o assunto. Trata-se de pesquisa qualitativa, exploratória, explicativa e descritiva.

2 UMA BREVE RESENHA DO FILME “THE THIN BLUE LINE” E A IMPORTÂNCIA DA ARTE COMO VIA DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Tratando-se de arte, é possível que a sétima arte seja a de maior alcance social para contar histórias. Essas histórias, de alguma maneira, influenciam nossas impressões acerca do mundo. E mesmo que o cinema possua esse poder de nos mudar e causar sentimentos, os filmes que acabam tornando-se canônicos pela crítica, em geral, são aqueles que, além de contar boas histórias, apresentam alguma proposta no que diz respeito à forma narrativa ou técnica de filmagem.

Assim, os filmes podem ser considerados importantes seja pela sua forma, seja pelos sentimentos e ideias que despertam. No caso do filme “The Thin Blue Line” (“A Tênuê Linha da Morte”, em português), existe ainda um outro motivo. O que fez com que esse filme fosse tão importante foi o fato de que ele influenciou diretamente no futuro do personagem Randall Adams. Ele havia sido condenado à morte, e já estava à espera de sua execução há mais de um ano.

Após o filme ser lançado, e pela consequente repercussão do caso, a sentença de Adams foi revista e ele foi considerado inocente. E uma vida é mais importante do que qualquer proposta artística formal, sentimento que o filme pode causar ou ideia que ele transmite. Esta é uma outra forma pela qual um filme pode ser considerado importante: quando ele afeta diretamente a realidade em que estamos inseridos. O filme salvou uma vida (MURAKAMI, 2019).

A película do cineasta investigativo Errol Morris traz à tona uma relação entre linguagem e realidade. Tendo trabalhado como detetive particular, expressa um talento para concatenar informações e evidências diante do cometimento de um assassinato à sangue frio de um policial em Dallas. “The Thin Blue Line” é um filme paradigmático. Em 1985, Morris estava em busca de informações sobre um polêmico psiquiatra da polícia do Texas, nos Estados Unidos, quando se deparou com um caso criminal que lhe pareceu um equívoco judicial.

Basta dizer que o documentário de Errol Morris salvou um homem da cadeira elétrica. Randall Adams foi condenado à prisão perpétua acusado de assassinar um policial a sangue frio quando este abordou seu carro e pediu para ver os documentos. Detido, David Harris, menor de idade que estava ao volante do carro, acusou Randall Adams, a quem estava dando carona, de ter realizado os disparos. Como ele chegou ali? Ele apenas estava vagando por Dallas em busca de emprego quando acabou ficando sem gasolina. David Harris então o ajudou e passou o dia com ele no cinema, bebendo e se divertindo. Quando o policial é morto, poucas pistas surgem e a pressão para encontrar um culpado cresce descomunalmente porque a maioria dos casos de policiais assassinados é resolvida rapidamente.

Em que pese não houvesse evidências consistentes contra Adams, foi acusado e condenado à pena de morte pela Justiça de Dallas. A justiça encontra em Randall um suspeito perfeito para uma rápida condenação, diferentemente de Harris, ainda menor de idade, para o qual não caberia semelhante pena. Randall Adams afirma que ele estava dormindo em um quarto de hotel com seu irmão no momento do assassinato. David Harris afirma que Adams matou o policial enquanto ele, Harris, estava sentado como passageiro no carro. A polícia de Dallas avalia as evidências e decide que Randall Adams apertou o gatilho. Eles o julgam, o condenam e o sentenciam ao corredor da morte. Randall Adams ainda mantém sua inocência.

A partir disso, Morris decide conversar com todas as pessoas envolvidas na condenação de Adams: investigadores, policiais, testemunhas, advogados. Constrói, então, um enorme dossiê, com entrevistas, prontuários da justiça, recortes de jornal, mapas, álbuns de família, relatórios forenses e reconstituições. O filme é resultado desse processo, construído como uma espiral movendo-se em torno de si mesma. Morris parece querer tingir nossa

percepção da realidade com um colorido paranóico, nos contaminar pela mente de um detetive obcecado pelas inúmeras conexões entre fatos isolados, dando voz a um ponto de vista que, embora tácito e indireto, fica difícil de ignorar. Ele defende claramente a inocência de um homem condenado.

Mais de uma década depois, Randall Adams, condenado pelo crime, aguarda sua execução em uma penitenciária estadual. Alternando depoimentos dos envolvidos no caso e reconstituições, Errol Morris apresenta uma investigação absorvente e imprevisível com uma conclusão surpreendente e controversa. Ao mesmo tempo em que tenta reconstruir o que aconteceu na noite do assassinato, Morris desconstrói o processo e o julgamento, revelando a contaminação da Justiça por interesses políticos e preconceitos culturais (COUTO, 2007).

Mas, enfim, qual foi o grande sucesso de “The Thin Blue Line”? Um ano depois de seu lançamento, que expôs a tragédia controversa de Randall Adams, ele teve sua sentença de prisão perpétua anulada. Sim, um filme fez a diferença no mundo e diretamente no futuro de uma pessoa, que poderia ter morrido na cadeia em anonimato. São obras-primas como essa que inspiram a chegar mais longe com a arte (BOGONI, 2018).

A interdisciplinaridade entre Direito e Arte é inegável, uma vez que ambos constituem lentes pelas quais se interpreta a sociedade. François Ost, no prólogo de sua obra “Contar a Lei: as Fontes do Imaginário Jurídico” (2009, p. 7), afirma que o jurista é o poeta por excelência, sendo sua maneira de fazer poesia: a narração dos fatos. O jurista é, portanto, um empírico por formação e um literato por vocação. Trindade e Bernsts (2017, p. 246) enfatizam a importância da pesquisa interdisciplinar entre as searas jurídica e artística.

O Direito é, portanto, uma criação contínua, um romance cujo enredo não possui um final único e sim um último “contador”, como menciona Dworkin (2017, p. 237). Nessa perspectiva, Warat (2004, p. 187) aduz que juntar o Direito à poesia é um protesto contra a mediocridade da mentalidade erudita, é recriar o homem provocando-o para que procure pertencer-se por inteiro, para que sinta aversão à uma racionalidade puramente objetivista.

Por meio da arte, os horizontes de sentido, abordados por Gadamer (2003, p. 243), possibilitam que o indivíduo se utilize de seus conteúdos de consciência, de suas experiências na estruturação e na significação que juntos resultam na sua atuação como expectador, pressupondo compreensão e interpretação de todo o contexto sociocultural ao seu redor, concretizando-se no eixo da intersubjetividade. Nesse sentido, a arte serve como meio de exposição de críticas e debates acerca de temas sociais e culturais sensíveis ao Direito (XEREZ; PINTO, 2018, p. 7). Por isso, recorreu-se ao filme em comento para fundamentar a análise sobre direito à presunção de inocência, levando-se em consideração o ordenamento jurídico brasileiro

e a discussão acerca da possibilidade de execução da pena a partir da confirmação de sentença penal condenatória em segunda instância.

Além disso, a relação entre a arte e o direito se dão nas perspectivas de Direito da arte, Direito como arte e Direito na arte. Nesta, o direito é retratado por meio da obra de arte, e, no caso da presente pesquisa, a cinematográfica. Escolheu-se a obra “The Thin Blue Line” justamente por representar situações do cotidiano que inspiram indagações e reflexões acerca dos direitos subjetivos (XEREZ, 2014, p. 234), notadamente os relativos à garantia a ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Portanto, a abordagem da película ocorre com objetivo de refletir acerca da flexibilização do princípio da presunção de inocência por parte da Suprema Corte, e como isso pode afetar as garantias e a vida de um indivíduo, o que se fará a partir da análise do *Habeas Corpus* 126.292-SP a seguir.

3 CONTEXTO FÁTICO E JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292-SP

Na data de 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 126.292-SP, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, promovendo uma mudança de paradigma em seu entendimento. Tratava-se o caso da possibilidade de execução provisória da pena com a confirmação da condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado. Este tema se encontrava adormecido desde 2009, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078-MG, no qual se havia entendido que a execução da pena estaria condicionada ao trânsito em julgado da condenação, ressalvadas as prisões cautelares.

Ao julgar o *writ*, a maioria dos ministros da Corte entendeu cabível relativizar o princípio da presunção de inocência, denegando a ordem e fixando a seguinte tese: “a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”⁵.

O *Habeas Corpus* nº 126.292-SP foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, presidente do Superior Tribunal de Justiça, o qual indeferiu o pedido de liminar no *Habeas Corpus* 313.021-SP, em favor de um indivíduo acusado pelo crime de roubo agravado pelo uso de arma de fogo e concurso de pessoas, previsto no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal Brasileiro. O réu foi condenado em primeira instância a uma pena de cinco

⁵ (BRASIL, STF, HC nº 126.292-SP, Relator: Ministro Teori Zavascki, DJ de 10/02/2015, p. 54).

anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. Destarte, inconformado com a decisão, apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso, ordenando, pois, a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Contra a ordem de prisão, foi impetrado Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, o qual teve o seu pedido de liminar indeferido pelo Ministro Presidente.

Desse modo, o paciente impetrou *Habeas Corpus* consecutivos, inicialmente perante o Superior Tribunal de Justiça, posteriormente perante o Supremo Tribunal Federal. O impetrante alegou a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal, uma vez que restavam ausentes as motivações pertinentes para a decretação de sua prisão, já que o próprio magistrado de primeiro grau previu a possibilidade de que pudesse recorrer em liberdade.

Alegou, portanto, que o Tribunal de Justiça de São Paulo decretou a segregação do réu sem justificar que estivessem presentes quaisquer dos requisitos ensejadores de uma prisão cautelar, configurando uma afronta à jurisprudência da Suprema Corte e ao princípio da não culpabilidade expresso no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse contexto, o que se observa é uma série de mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação de tal texto normativo, utilizando-se do fenômeno da mutação constitucional. No período compreendido entre 1988 e 2009, o STF possuía o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário e especial.

Já em fevereiro de 2009, com a apreciação do Habeas Corpus nº 84.078-MG, passou a interpretar o artigo 5º, inciso LVII, como uma regra de caráter absoluto, a qual impede a execução provisória da pena. Ao denegar o *Habeas Corpus* nº 126.292-SP, alterou novamente sua jurisprudência, dessa vez entendendo ser possível, sem que, com isso, haja desrespeito à Constituição. Convém apontar que em 2011 o artigo 283⁶ do Código de Processo Penal, com a nova redação estabelecida pela Lei 12.403/2011, prevê a necessidade do trânsito em julgado, o que ensejou o ajuizamento de Ações Declaratórias de Constitucionalidade pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), buscando o reconhecimento da legitimidade constitucional da nova redação do artigo 283 do CPP ante o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. O fato é que a mudança de

⁶ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve vasta repercussão nas esferas jurídica, política e social, dando ensejo aos mais diversos debates e críticas, principalmente diante dos processos advindos da operação Lava Jato.

4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA FLEXIBILIZAÇÃO POSSÍVEL?

O princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade se trata de uma proteção ao *jus libertatis* do indivíduo frente ao arbítrio do Estado na aplicação de seu *jus puniendi*. Tal princípio visa estabelecer uma série de garantias, mormente no âmbito do processo penal, evitando que o indivíduo sofra restrições à sua liberdade sem que os fatos a ele imputados sejam comprovados pelo órgão acusatório, pois, não os sendo, a absolvição é de rigor. Nesse sentido:

La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir (ALCALÁ, 2005, p. 1).

Cesare Beccaria, em “*Dos Delitos e das Penas*”, previu que um homem não poderia ser dito culpado antes de o juiz proferir a sentença, bem como asseverou que a sociedade apenas lhe poderia retirar a proteção pública depois de decidido que ele tenha, de fato, violado as normas em que tal proteção foi dada (BECCARIA, 2001, p. 22). Com efeito, o princípio da presunção de inocência assegura que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Trata-se de uma projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório e ampla defesa, do *favor libertatis*, do *in dubio pro reu*, dentre outros (BULOS, 2014, p. 353).

É uma das garantias mais importantes ao indivíduo que se submete à *persecutio criminis*, o qual passa a ter sua inocência presumida (*iuris tantum*), caso o órgão acusador não consiga contra ele imputar o cometimento do fato, sendo sujeito possuidor de direitos e garantias que evitam que tal presunção seja mitigada, como o princípio do *in dubio pro reu*. Com isso, parece evidente que uma execução antecipada, em matéria penal, iria contra a própria

ideia de dignidade da pessoa humana, permitindo que o ser humano se convale em objeto da ação estatal (MENDES; BRANCO, 2012, p. 748).

Dentre os onze ministros do Supremo Tribunal Federal, sete apresentaram argumentos favoráveis à relativização do princípio da presunção de inocência, em prol da possibilidade de execução provisória da pena ante uma confirmação de condenação em segundo grau, sendo eles os ministros Teori Zavaski, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Carmen Lúcia. Vencidos, portanto, os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Consoante se extrai da argumentação dos ministros favoráveis, o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância não fere o preceito constitucional, posto que não se pode interpretá-lo como uma regra absoluta e inflexível, uma vez que, ao ser decidida a condenação em segundo grau, a análise do acervo fático-probatório se encerra, sendo a culpa do réu suficientemente fundamentada, já que os recursos às instâncias extraordinárias não gozam de uma ampla devolutividade, autorizando, assim, a execução provisória da pena.

Nesse sentido, o relator, Ministro Teori Zavaski, entende que o duplo grau de jurisdição se realiza em seu sentido genuíno na revisão do caso pela segunda instância, e que as instâncias extraordinárias não buscam analisar a justiça das decisões no caso *in concreto*, mas se destinam a preservar a higidez do sistema normativo. Assim, diante de tal cenário, entende que se justifica inteiramente a relativização do princípio da não culpabilidade e, até mesmo, a sua própria inversão. Além disso, aduz que a impossibilidade de cumprimento da pena enquanto não houver trânsito em julgado tem servido de incentivo às indevidas e sucessivas interposições de recursos, com propósitos meramente protelatórios, visando à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória, representando um instrumento inibidor de uma efetiva jurisdição penal.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, justificou seu voto sob o argumento de que nenhuma norma, mormente as de caráter principiológico, pode ser interpretada como um superprincípio, devendo ser inserida no contexto das normas constitucionais como um todo, sem que ofusque a eficácia de outras normas da Lei Fundamental. Assim, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado à luz das demais normas constitucionais, como o princípio da razoável duração do processo, previsto em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, bem como do inciso LXI do art. 5º da CF/88. Também ressalta a soberania das instâncias ordinárias quanto à avaliação do acervo fático-probatório, não sendo papel das instâncias extraordinárias revisar a justiça ou injustiça da decisão. O Ministro Luís Roberto Barroso destacou, em seu voto, as consequências negativas para a justiça criminal decorrentes da impossibilidade de

execução da pena após exaurimento das instâncias ordinárias. Dessa forma, dividiu essas consequências em três, conforme será visto adiante.

Em primeiro lugar, o Ministro alega que essa impossibilidade dá ensejo à interposição indiscriminada de recursos com caráter meramente protelatório, movimentando a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e recursos escassos, sem que haja um real proveito para a efetivação da justiça (BRASIL, STF, HC nº 126.292-SP, Relator: Ministro Teori Zavascki, DJ de 10/02/2015). Aduz, em segundo lugar, que a procrastinação obtida por meio de interposição de sucessivos recursos aproveita principalmente aos abastados, cuja situação financeira propicia a contratação de bons advogados, o que lhes possibilita recorrer em liberdade. Tal situação não se verifica com os réus pobres, tanto pela falta de recursos financeiros, quanto pela falta de estrutura das Defensorias Públicas, o que reforça a seletividade do sistema penal. Exemplifica, o Ministro, dizendo que “não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária” (BRASIL, STF, HC nº 126.292-SP, Relator: Ministro Teori Zavascki, DJ de 10/02/2015, p.33-34).

Em terceiro lugar, expõe que a compreensão no sentido de impossibilitar a execução provisória da pena ensejou um descrédito do sistema de justiça penal ante a sociedade, uma vez que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado dos recursos extraordinários acaba por conduzir à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Outrossim, o lapso temporal entre o cometimento do crime e o julgamento definitivo acaba gerando a sensação de ineficiência e ineficácia do sistema de justiça penal, o qual se torna desacreditado.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, defende que a expectativa da sociedade para o que seja o princípio da presunção de não culpabilidade não é o que se observa amiúde, quando um indivíduo é condenado em primeiro grau, tem sua condenação confirmada em sede de apelação, é novamente condenado no STJ e acaba ingressando presumidamente inocente no STF. A presunção de inocência esperada pela sociedade seria aquela prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, na qual a presunção de inocência permanece até que sua culpabilidade tenha sido provada, e não até o trânsito em julgado.

A ministra Carmén Lúcia, em seu breve voto, considerou já haver votado anteriormente no sentido de flexibilizar o princípio da presunção de inocência, tendo sido voto vencido, entendendo que “o sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado” (BRASIL, STF, HC nº 126.292-SP, Relator: Ministro Teori Zavascki, DJ de 10/02/2015, p.62).

O ministro Gilmar Mendes, por seu turno, trouxe em seu voto uma observação acerca da repercussão internacional da jurisdição penal do país, defendendo a existência de uma gradação quanto à incidência do princípio da não culpabilidade. Defendeu ser natural que a presunção de inocência evolua consoante o estágio procedimental em que se encontre. Dessa forma, o tratamento gradualmente mais gravoso é admissível, conquanto não se atinja o núcleo essencial do princípio. Esvaídas, então, as instâncias ordinárias, com decisão condenatória, ter-se-ia uma declaração com relevante impacto de que o réu é culpado e a sua prisão necessária, sendo coadunável com a presunção de inocência determinar a execução da pena.

Encerrava suas considerações propondo uma reflexão de que é necessário que se perceba a presunção de não culpabilidade como um princípio imprescindível para a ordem jurídica, mormente sob a ótica constitucional, mas passível de conformação, tendo em vista as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal, não devendo, portanto, a execução provisória da pena após a decisão do tribunal de segunda instância ser considerada contraventora do princípio, pois, em havendo quaisquer tipos de abusos ou irregularidades na decisão, disporá, o condenado, de todos os remédios constitucionais, bem como do excepcional efeito suspensivo aplicável ao recurso extraordinário, não ficando desamparado.

Diante das argumentações expostas, percebe-se que se utiliza de interpretações que visam dar respostas aos anseios sociais e ao descrédito do sistema de justiça penal, havendo uma clara ponderação entre os princípios da eficácia da prestação jurisdicional e o da presunção de inocência. Quando se fala em restrições a direitos fundamentais, há que se observar o que fora dito por Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, acerca de princípios e de suas colisões.

Alexy caracteriza os princípios como mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, mas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Quando se trata das possibilidades jurídicas, afirma, em sua lei de colisão, que, no caso concreto, os princípios têm pesos distintos, já que a antinomia ocorre na dimensão do peso e não da validade (ALEXY, 2017, p. 96). Ou seja, numa relação de tensão entre ambos os princípios, não se pode estabelecer uma precedência absoluta de um sobre o outro, e aí se corrobora com o defendido pelo ministro Edson Fachin sobre a impossibilidade de um “superprincípio”. Abstratamente, a presunção de inocência e a eficácia da prestação jurisdicional estão no mesmo nível. Resta saber, no caso concreto, quais as condições que fazem com que um apresente maior peso do que o outro.

Desse modo, a lei de colisão apresenta que “(P1PP2)C → R” (ALEXY, 2017, p. 99), sendo P1 o princípio que tem precedência sobre o P2, sob as condições C, decorrendo disso a

consequência jurídica R, considerada uma norma de direito fundamental atribuída. Trazendo essa relação para o caso em comento, seguem algumas condições que geram uma precedência ao princípio da presunção de inocência.

Em primeiro lugar, ressalta-se a importância histórico-constitucional da presunção de inocência, que representa não só uma garantia individual fundamental arrolada dentre as cláusulas pétreas do artigo 60, §4º, IV da CRFB/88, mas uma conquista histórica do cidadão, uma antítese às arbitrariedades do Estado, principalmente no cenário de redemocratização da Constituição de 1988, conforme defendido também no voto do ministro Celso de Mello.

Em segundo lugar, a interpretação constitucional dada ao artigo 5º, LVII, expressa uma mutação constitucional, ou seja, a alteração do alcance, sentido ou significado da norma, sem a alteração de sua literalidade. Os limites à mutação constitucional são um problema pouco enfrentado pelos autores. A causa desse pouco empreendimento é explicada por Konrad Hesse (2009, p. 109) que mostra que é impossível determinar com exatidão os limites às mutações constitucionais.

Hesse (2009, p. 110-111) desenvolve a ideia de que para estabelecer uma teoria jurídica sobre os limites à mutação constitucional seria necessário um sacrifício de um dos pressupostos metódicos básicos do positivismo, ou seja, uma separação do “Direito” da “Realidade”, porém o próprio autor reconhece que só se separar o Direito da realidade acaba por se encontrar um problema extrajurídico. Apesar disso, chega a uma conclusão de que o único limite, e esse sendo absoluto, à mutação constitucional é o próprio texto constitucional (2009, p. 118).

Na contramão de Hesse, Müller (2010), na sua Teoria Estruturante do Direito, supera a ideia de separação entre norma e realidade, visto que norma jurídica não é um juízo hipotético isolado do seu âmbito de regulamentação ou, ainda, não é nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade. Conforme a metódica estruturante, norma jurídica deve ser entendida como aquilo que resulta de um modelo estruturado, cujo texto é (apenas) o dado inicial, ou seja, a “ponta do iceberg” do processo de aplicação do direito e, por conta disso, apresenta-se em um conceito complexo e deve ser produzida por meio de uma atividade de concretização em cada processo individual de decisão jurídica (MÜLLER, 2010, p. 81).

Assim, para ele, Direito não é tão somente um complexo de proposições lógicas, mas um sistema normativo que tende a direcionar a sociedade sendo, também, moldado por esta. Logo, a mutação constitucional encontra amplo respaldo na teoria de Müller. Todavia, defende que, em caso de conflito, o texto da norma é o ponto de referência hierarquicamente precedente da concretização, enquanto determinação do limite das possibilidades decisórias admissíveis.

O teor literal não é a lei, mas a forma da lei. É, contudo, o teor literal que formula – em que pese qualquer inconclusividade da implementação linguística – o programa da norma vinculante como diretriz material bem como limite normativo (MÜLLER, 2010, p. 95).

Nesse sentido, em consonância com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, não há como ir além da taxatividade do dispositivo constitucional, sendo o texto claro quanto à necessidade do trânsito em julgado. O texto literal, que é fixado como o limite intransponível da interpretação, é abertamente negligenciado. Existem, além disso, alguns limites que devem ser observados, a fim de que essas alterações por via difusa não configurem verdadeiras afrontas ao conjunto axiológico da Constituição, rompendo com seus princípios, figurando como mutações inconstitucionais.

Isto posto, entende-se que há matérias vitais para a existência e continuidade de uma constituição, sendo tais matérias limitadoras da atividade de alteração informal. Matérias diretamente ligadas ao Estado Democrático de Direito, ao Poder Constituinte, a direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, por exemplo, caso sofressem a tentativa de serem subvertidas, seria como atentar contra a própria sobrevivência da Carta Magna. Estabelecer-se-iam, assim, limites axiológicos, fixando-se, *a priori*, a impossibilidade de modificá-los. Nesse sentido, importante mencionar as considerações trazidas por Paula (2012, p. 9-10):

Não se pode permitir que a mutação constitucional viesse atingir a essência da norma, e nem seja realizada de forma indiscriminada a ponto de ser banalizada a nossa Carta Magna. Por isso, qualquer violação ou extrapolação a este limite, concretizaria uma mutação inconstitucional, assim, ao se tentar modificar uma Constituição deve-se ter como parâmetro o enquadramento a que a própria norma impõe, tendo em vista análise conjunta de todo o ordenamento constitucional.

As mutações que afrontarem a Constituição devem ser, de pronto, rejeitadas pelos Poderes competentes e pelo povo, sob pena de se criarem uma situação anômala, na qual o fato se sobrepõe ao Direito. Se essas disfunções persistirem, ensejarão a falta de normatividade da Carta Magna, a usurpação de poder ou um quadro revolucionário (BARROSO, 2018, p. 165).

Em terceiro lugar, o próprio STF declarou, não há muito, na ADPF nº 347/DF e no RE nº 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro está vivendo um estado de coisas inconstitucional, estando completamente desajustado, e, mesmo assim, decidem facilitar o ingresso de pessoas nas penitenciárias falidas. Não é coerente. Menos ainda o é o argumento do ministro Fux, o qual aduz que a presunção de inocência esperada pela sociedade é a prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que prevê que o indivíduo será

presumidamente inocente até que se prove sua culpabilidade. O ministro parece esquecer que a presunção de inocência que jurou garantir foi a da Constituição federal de 1988.

Lewandowski alerta ainda que o indivíduo que for privado de sua liberdade por anos a fio e, no fim das contas, for absolvido na instância extraordinária, não terá como ver restituído o tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições de miséria. Afinal, quanto vale a liberdade de um indivíduo que, condenado indevidamente, perde anos de sua liberdade num sistema prisional precário?

Randall Adams, em “The Thin Blue Line”, tem algo a mostrar a respeito. E, no seu caso, foi levado à última instância, sendo, mesmo assim, condenado injustamente. Isso nos leva à reflexão, então, a respeito daqueles que nem tiveram a chance de reavaliar seus casos em última instância e já tiveram a execução de sua pena decretada. E dificilmente haverá quem tenha um Errol Morris disposto a investigar quaisquer eventuais injustiças.

Em quarto lugar, seguindo-se a argumentação, não se pode considerar ilegítima a pretensão daqueles que clamam pela possibilidade de execução da pena em segunda instância sob os holofotes do fim das impunidades. Mas a Corte olvida a sua precípua função de garantidora da Carta Constitucional e de sua função contramajoritária, devendo conter os ânimos das maiorias circunstanciais que, nem sempre, carregam consigo a verdade, mas, muitas vezes, um senso comum que pode afrontar as garantias constitucionais em detrimento de minorias, vilipendiando seus direitos fundamentais. Nesse sentido, Streck, Barretto e Oliveira (2009, p. 82):

afinal, duzentos anos de constitucionalismo deveriam nos ensinar o preço da regra contramajoritária. Ulisses, no comando do seu barco, sabia do perigo do canto das sereias...! Ah, os fatos sociais...; nada mais, nada menos, que o retorno ao velho positivismo fático; enfim, em pleno Estado Democrático de Direito, a volta ao velho ‘realismo jurídico’. E, numa palavra final: quando a Constituição não diz o que gente quer, não podemos “alterá-la” ou “esticá-la” a partir de princípios construídos *ad hoc*.

Além disso, o ordenamento jurídico já prevê a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. Prevê as prisões em flagrante (artigo 301 do CPP), temporária (Lei 7980/89) e preventiva (artigo 312 do CPP). Será que é necessário a Suprema Corte inovar com uma quarta possibilidade para que se possa assim findar uma sensação de impunidade? Ademais, o artigo 283⁷ do CPP também prevê a necessidade do trânsito em julgado. Resta clara que a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar, é a intenção do legislador.

⁷ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Os limites semânticos do texto são claros, a literalidade não permite que se vá além. Abusa-se da hermenêutica para satisfazer interesses que fogem à proteção do texto constitucional. Esse tipo de atuação da Suprema Corte imprime novos desafios ao Direito, contribuindo para legitimar uma crise de efetividade do programa jurídico-político dos direitos humanos e fundamentais (SARLET, 1999, p. 140). Convém lembrar que a Constituição não é mera folha de papel que possa ser rasgada sempre que contrariar forças políticas momentâneas.

A falta de efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos leva a uma crescente desvalorização de sua força normativa e à falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais. O Estado, em vez de proteger os direitos dos indivíduos expressamente previstos, aparece como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais (SARLET, 2000, p. 118). Nesse sentido, Bazán aduz que:

Es preciso reiterar que el Estado contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo contexto la Constitución ocupa un lugar central en el sistema jurídico (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la de la Carta Fundamental) y ostenta fuerza normativa (BAZÁN, 2007, p. 144).

É indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, mesmo onde a dignidade não esteja referenciada expressamente, na condição de valor informador da ordem jurídica. Essa decisão afronta a dignidade e se aplicará indefinidamente em casos vindouros, numa contínua afronta constitucional, esvaziando a força normativa da Constituição, como nos *Habeas Corpus* 149120-AgR/PI⁸ e 138.890-AgR/PE⁹, em 2017, e no *Habeas Corpus* 152752-PR¹⁰.

Diante desses argumentos contrários, não se está dando precedência absoluta ao princípio da presunção de inocência e nem se pretende fazê-lo, até mesmo porque tal pretensão já fora refutada por Alexy. Estabelecem-se condições sob as quais o princípio da presunção de inocência, colidindo com o princípio da eficácia da prestação jurisdicional, tem uma relação de precedência, sendo esse o sopesamento mais apropriado diante do caso concreto. Alexy entende que o direito necessariamente deve ter uma “pretensão de correção”, no sentido de se aproximar de uma ideia de justiça, e essa pretensão se manifesta justamente por meio dos

⁸ Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 149120 AgR/PI, sentença em 1º de dezembro de 2017.

⁹ Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 138890 AgR/PE, sentença em 7 de março de 2017.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 152752/PR, sentença em 7 de março de 2017.

direitos fundamentais. Nenhum ato será de acordo com o direito se for incompatível com direitos fundamentais (ALEXY, 2006, p. 20).

A discussão persiste. Em outubro de 2019, o tema entrou novamente em pauta no Supremo para julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que versavam acerca da constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Corroborando com os argumentos ora expostos, foi o momento de o STF rever sua decisão. Dessa forma, em 7 de novembro de 2019, por seis votos a cinco, reverteu (novamente) sua jurisprudência, derrubando a possibilidade de prisão a partir de condenação em segunda instância. Reconhecendo, portanto, o desacerto ocorrido em 2016. Votaram, dessa vez, a favor da tese, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Votando de modo contrário, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, em contraponto a seu voto favorável em 2016, Celso de Mello, e por fim, o então presidente Dias Toffoli.

Conforme bem apontado pela ministra Rosa Weber, em um momento tão delicado da situação político-social do país, em que sobeja a desconfiança do povo em relação a seus representantes e em que há um verdadeiro descrédito da atividade política, é tentador posicionar-se favorável a uma interpretação do texto constitucional que subtraia garantias e proteções. Atitudes como essas, em prol de intenções validadas socialmente na busca de alcançar um “bem maior”, encontram precedentes na história universal que não podem ser ignorados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, infere-se que a flexibilização do princípio da presunção de inocência diante da efetividade da prestação jurisdicional no Brasil não só não pode ser aceita sob um viés legal, posto que a CRFB/88 prevê a presunção de inocência como parte de seu núcleo intangível, como também axiológico, indo de encontro aos valores garantistas constitucionais. Diante das condições concretas na realização do sopesamento de ambos os princípios, atribuiu-se, a partir de diversos argumentos, condições de precedência à presunção de inocência. Desse sopesamento, portanto, não pode surgir como regra jurídica a possibilidade de execução provisória da pena a partir de condenação em segunda instância.

O filme, “The Thin Blue Lune” é capaz de gerar essa reflexão sobre a possibilidade de haver falhas na apuração da culpabilidade, e sobre a possibilidade de, por isso, acabar-se condenando inocentes, principalmente diante da realidade do judiciário brasileiro sobrecarregado de processos. Se essas condenações ocorrem, e é o caso exemplificado no filme,

mesmo após perpassar pela última instância, o que se dirá daqueles em que já se executam a pena de prisão ainda em segunda instância. E não há como se reaver a liberdade perdida em um cárcere que, declaradamente, vive um estado de coisas inconstitucionais.

E na esteira desse entendimento, o próprio STF, em 7 de novembro de 2019, reviu sua decisão e reconheceu sua inconstitucionalidade ao julgar as ADCs 43, 44 e 54. Com efeito, a presunção de inocência não é absoluta, não é um “superprincípio”, mas é uma cláusula pétrea, uma garantia constitucional e processual que, se não evita, ao menos reduz as chances de um indivíduo inocente vir a cumprir pena, sem poder, se adiante absolvido, ter a liberdade e a própria dignidade restituídas.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, H. N. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Revista Ius et Praxis**, Talca, v. 11, n. 1, p. 221-241, 2005. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100008&script=sci_arttext. Acesso em: 26 maio 2018.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 26 maio 2018.

BOGONI, Caio. **The thin blue line (a ténue linha da morte)**: análise e impressões. 12 ago. 2018. Disponível em: <https://cinegrandiose.com/2018/08/12/the-thin-blue-line-analise-e-impressoes/>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade, n. 43**. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade, n. 44**. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade, n. 54**. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Habeas Corpus: HC 84.078/MG**. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada “Execução antecipada da pena”. Aty.5º, LVII, da

Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. art. 1º, III, da constituição do Brasil. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticia-Stf/anexo/ementa84078.pdf> . Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Habeas Corpus: HC 126.292/SP**. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 138890 Pernambuco**. Agravo regimental no Habeas Corpus. Penal e processual penal. Crimes de apropriação indébita, de estelionato e de supressão de documento [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 07 de março de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12618049>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 149120 AgR/PI**. Agravo regimental no habeas corpus. Impetração contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça. Não esgotamento de jurisdição. Crime de estupro de vulnerável. Execução provisória da pena. Possibilidade. Relatora: Min. Rosa Weber, 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14212409>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n º 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n º 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152752/PR**. Habeas Corpus. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 04 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. STF suspende julgamento com 4 votos a favor e 3 contra prisão após condenação em 2ª instância. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 24 de out. de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428003&ori=1>. Acesso em: 11 de nov. 2019.

BULOS, U. L. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

COUTO, José Geraldo. Crítica/"A Tênuê Linha da Morte": documentário salvou condenado da morte. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 dez. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq3012200718.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CURRY, R.R. Errol Morris' Construction of Innocence in *The Thin Blue Line*. **Rocky Mountain Review of Language and Literature**, Baltimore, v.49, n.2, p. 153-167, 1995. Disponível em: <https://www.muse.jhu.edu/article/459621>. Acesso em: 11 nov. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris: Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade y método**. Tradução: Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003. v. 1

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MURAKAMI, Rodrigo. A tênuê linha da morte. **Na Furquilha**, [S.l.], 03 jul. 2019. Disponível em: <https://www.nafurquilha.com/blog/a-tenue-linha-da-morte>. Acesso em: 11 nov. 2019.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

PAULA, C. T. de. Mutação constitucional: interpretação constitucional como técnica no processo de mutação constitucional no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, São Paulo: FAEF, a.1, n. 2, 2012. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/YTHXTV7X9h72Nxe_2013-12-4-17-39-51.pdf. Acesso em: 02 jun. 2019.

PINTO, H. C.; XEREZ, Rafael Marcílio. A (in)dignidade nos direitos à vida e à morte em caso de doenças terminou ou pacientes em coma a partir do filme 'Bella Addormentata'. **PRIM@ FACIE**, João Pessoa, v. 17, n. 36, p. 01-26, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/39184/21058>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; XEREZ, Rafael Marcílio; NOTTINGHAM, A. B. As razões epistemológicas para inadmissibilidade da pena de morte: um ensaio a partir do filme 'A vida de David Gale'. **Revista Jurídica- Unicuritiba**, Curitiba, v. 3, n. 48, p. 388-410, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2186>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n.2, p. 75-83, jul-dez./2009.

THE THIN Blue Line. Direção: Errol Morris. Produção: Mark Lipson. Intérpretes: Randall Adams e David Ray Harris. Roteiro: Errol Morris. [S.l.]: Miramax Films, 1988. DVD (103 min).

TRINDADE, André Karam; BERNSTIS, Luiza. O estudo do “direito e literatura” no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**, n. 3, v. 1, p. 225-257, 2017.

WARAT, Luis Alberto *et al.* **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.