



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

ELEN CRISTINA ARAÚJO ALMEIDA

**UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE N.º 43**

**CAMPINA GRANDE/PB
2023**

ELEN CRISTINA ARAÚJO ALMEIDA

**UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE N.º 43**

Trabalho de Conclusão de Programa de Pós-Graduação em prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a Escola Superior da Magistratura na Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Direito Público;

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Costa
Ferreira.

CAMPINA GRANDE/PB

2023

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A447a Almeida, Elen Cristina Araújo.

Uma análise hermenêutica da ação declaratória de constitucionalidade N.º 43 [manuscrito] / Elen Cristina Araújo Almeida. - 2020.

46 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2023.

"Orientação : Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira, Coordenação do Curso de Direito - CCJ. "

1. Hermenêutica constitucional. 2. Ação declaratória de constitucionalidade. 3. Jurisdição constitucional. I. Título

21. ed. CDD 342

ELEN CRISTINA ARAÚJO ALMEIDA

**UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE N.º 43**

Trabalho de Conclusão de Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba e, parceria com a Escola Superior da Magistratura na Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em prática judicante.

Área de concentração: Direito Público;

Aprovada em: 17 de Novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba e Universidade Federal do Rio Grande do Norte



Prof.ª Dr.ª Milena Barbosa de Melo
Universidade Estadual da Paraíba

Sergio Cabral dos Reis
Reis:101278001

Assinado de forma digital por Sergio
Cabral dos Reis:101278001
Dados: 2023.11.14 20:29:23 -03'00'

Prof. Dr. Sérgio Cabral dos Reis
Instituto Federal da Paraíba

À minha mãe - Cristiana - mulher forte e de coração generoso, pelo amor e incentivo de sempre, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Meu coração está cheio de gratidão por ter concluído este trabalho e, sobretudo, por toda a experiência que a ESMA me proporcionou. Das aulas à residência, cada hora foi fundamental para este momento e para o meu crescimento profissional.

Quero agradecer, em especial, ao orientador Prf. Dr. Rodrigo por não ter me abandonado, mesmo diante das minhas limitações, a Prf. Dra. Rosimeire Leite pela maestria ao coordenar a ESMA – junto com o amor e o apoio de Ana e Vera.

A todos os amigos, amigas, familiares e a minha preceptora da residência, Paula Miranda, por serem fonte de inspiração e amor.

E, por último, mas o alfa de todas as coisas - a DEUS por sua graça e misericórdia.

RESUMO

O presente trabalho aborda a hermenêutica constitucional como a arte da interpretação, destacando a construção de sentidos e significados por meio de métodos e princípios específicos. A pesquisa parte dos conceitos preambulares da hermenêutica até a análise dos métodos aplicados na ação declaratória de constitucionalidade n.º 43, que redefiniu o entendimento sobre presunção de inocência e execução provisória da pena. O estudo pretende analisar os votos dos ministros na ação declaratória de constitucionalidade e compreender a aplicação dos métodos hermenêuticos constitucionais nesta ação de controle de constitucionalidade, além de identificar os métodos e também a forma como cada ministro os aplica para a construção de sua interpretação e exercício da jurisdição constitucional. Buscou-se alcançar os objetivos e questões suscitadas por meio de uma pesquisa exploratória, com método analítico e dedutivo, bem como dialético, além de um procedimento de revisão bibliográfica. É possível notar que cada ministro, mesmo ao utilizar-se de métodos semelhantes acabou por suscitar divergentes argumentos e até fundamentos, o que ressalta ainda mais o caráter da construção da interpretação. Além disso, observa-se que as mudanças de entendimento na Suprema Corte coincidem com as alterações em sua composição. Ainda, foi possível perceber que os ministros se valeram de vários métodos e princípios constitucionais hermenêuticos, ou seja, não há uma preponderância de um método pelo Supremo Tribunal Federal, mas uma conjunção de métodos e princípios para construir coletivamente um sentido interpretativo para a norma.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Métodos. Princípios. Ação declaratória de constitucionalidade.

ABSTRACT

This work addresses constitutional hermeneutics as the art of interpretation, highlighting the construction of meanings and meanings through specific methods and principles. The research starts from the preliminary concepts of hermeneutics to the analysis of the methods applied in the declaratory action of constitutionality n. 43, which redefined the understanding of presumption of innocence and provisional execution of the sentence. The study intends to analyze the votes of the ministers in the declaratory action of constitutionality and to understand the application of the constitutional hermeneutic methods in this action of control of constitutionality, besides identifying the methods and also the way each minister applies them for the construction of his interpretation and exercise of constitutional jurisdiction. The objectives and questions raised were achieved through an exploratory research, with analytical and deductive method, as well as dialectical, in addition to a bibliographic review procedure. It is possible to notice that each minister, even when using similar methods, ended up raising divergent arguments and even foundations, which further emphasizes the character of the construction of the interpretation. In addition, it is observed that the changes in understanding in the Supreme Court coincide with the changes in its composition. Furthermore, it was possible to perceive that the ministers used various methods and constitutional hermeneutic principles, that is, there is no predominance of a method by the Supreme Federal Court, but a conjunction of methods and principles to collectively construct an interpretive meaning for the norm.

Keywords: constitutional hermeneutics. Methods. Principles. Declaratory constitutionality action.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1- HC 84.078/MG.....	31
Tabela 2 – HC 126.292/SP.....	31
Tabela 3- ADC 43.....	32
Tabela 4- Comparativo	43

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

ART.- ARTIGO

HC – HABEAS CORPUS

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MIN.- MINISTRO

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil PEN –
Partido Ecológico Nacional

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. QUADRO TEÓRICO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	12
2.1. Interpretação constitucional	12
2.2. Métodos Clássicos aplicados à hermenêutica constitucional	14
2.3. Métodos hermenêuticos constitucionais	16
2.4. Princípios Hermenêuticos Constitucionais	19
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	20
3.1. Jurisdição Constitucional no Brasil	23
4. ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N.º 43	24
4.1. Contexto jurídico anterior a ação declaratória de constitucionalidade	25
4.2. Resumo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44	26
4.3. Voto do Ministro Marco Aurélio	30
4.4. Voto do Ministro Alexandre de Moraes	31
4.5. Voto do Ministro Edson Fachin	34
4.6. Voto do Ministro Celso de Mello	35
4.7. Voto da Ministra Rosa Weber	36
4.8. Ministro Luís Roberto Barroso	37
4.9. Voto da Ministra Cármen Lúcia	38
4.10. Voto do Ministro Gilmar Mendes	38
4.11. Voto do Ministro Dias Toffoli	38
4.12. Voto do Ministro Luiz Fux	38
4.13. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	38
5. CONCLUSÃO.	39
REFERÊNCIAS	42

1. INTRODUÇÃO

A hermenêutica Constitucional é uma arte útil ao jurista para a construção da interpretação das normas constitucionais, bem como a delimitação da interpretação das demais normas em conformidade com a constituição, oferecendo, para tanto, métodos e princípios que possibilitem a construção do sentido ou significado.

Dentro dos diversos aspectos que envolvem a hermenêutica constitucional, merece especial relevância inicialmente o fato de que, embora aplicáveis os métodos clássicos, a hermenêutica constitucional necessita de parâmetros mais específicos, isso dado a natureza jurídica da constituição, a qual comporta termos concretos e abstratos, além de possuir uma conexão latente com a própria política.

Nessa perspectiva, o objetivo da presente pesquisa é identificar os métodos e os princípios hermenêuticos utilizados pela Suprema Corte do país no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade n.º 43.

Em um primeiro momento, faz-se necessário conhecer alguns dos principais conceitos, expoentes, métodos e princípios da hermenêutica, tanto aqueles aplicáveis à interpretação das normas ordinárias e constitucionais, como aqueles aplicáveis em casos específicos da jurisdição constitucional. Estes conceitos vão desde a etimologia da palavra hermenêutica até a compreensão dos métodos e dos princípios utilizados no caso concreto e no exercício da jurisdição constitucional.

Após a compreensão dos métodos, das escolas e dos princípios, é o momento de tornar prática as ponderações acerca da jurisdição constitucional.

Após, compreendido quais os métodos, de que modo podem ser utilizados e por quem, chegaremos até a decisão referente à ação declaratória de constitucionalidade n.º 43, a qual foi julgada em conjunto com as de n.º 44 e 54.

Expostos os votos e identificados os métodos utilizados pelo STF, cabe agora o compilado para melhor compreensão acerca deste.

Outrossim, o objetivo da pesquisa é fazer uma análise crítica dos principais argumentos trazidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar mais uma mudança de entendimento em poucos anos desde a última guinada.

Quanto à metodologia, tem-se que a pesquisa, para compreender os votos dos Ministros na ADC n.º 43 à Luz da hermenêutica constitucional, empregou-se o método dedutivo e, por vezes, o dialético, uma vez que há também a apresentação de teses e antíteses tanto a respeito dos elementos de interpretação quanto em relação aos votos dos Ministros.

Ainda, o estudo norteia-se pelo método analítico-dedutivo, seguindo como procedimento metodológico a revisão bibliográfica, obtendo, para tanto, as informações em livros, artigos, revistas e julgados.

Assim, para o fim que se propõe, o presente estudo é dividido em capítulos, o capítulo dois que trata somente sobre hermenêutica e sobre hermenêutica constitucional, o capítulo terceiro que consiste na compreensão da jurisdição constitucional e o último capítulo de conteúdo propriamente dito que trata justamente sobre a análise dos votos à luz da hermenêutica e seus métodos.

O trabalho ainda conta com a conclusão e tabelas comparativas para melhor esclarecer o voto dos ministros, as mudanças jurisprudenciais acerca do mesmo tema e os métodos suscitados, além da composição da Suprema Corte.

2. QUADRO TEÓRICO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional tem por escopo a interpretação constitucional. Mas, antes de partirmos para o processo interpretativo constitucional propriamente dito, faz-se necessário lembrarmos alguns conceitos básicos do próprio Direito Constitucional.

Preleciona Anna Ferraz (2015) que a interpretação constitucional perpassa por dois conceitos prévios necessários- o de interpretação e o de constituição.

A interpretação, nas palavras de Barroso (2010), é o ato de atribuir ou revelar um sentido. Além dessa premissa básica da interpretação, Barroso (2010) ainda completa que:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra. (BARROSO, 2010, p. 309).

O conceito de Constituição, por sua vez, pode ser compreendido de vários modos, dada a sua ampla abrangência, mas a nós importa compreendermos as duas formas básicas -a primeira com relação ao que é materialmente constituição e a segunda o que é formalmente constituição.

Em seu sentido material, a constituição é “tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política (...)” (Bonavides, 2008, pág.80), ou seja, está ligada à distribuição de competência, da forma de Estado e de governo, da organização do Poder estatal e outros.

Já sob a perspectiva formal, é constituição aquilo que está enxertado em seu corpo (Bonavides, 2008). A título de exemplo, a Constituição Federal do Brasil de 1988 é formal, pois consideram-se constitucionais todas as normas que compõem o corpo positivo e codificado, ainda que não sejam materialmente de teor constitucional.

Além disso, quando se trata da interpretação da constituição, estamos partindo da ideia de uma constituição formal, rígida e escrita (Anna Ferraz, 2015).

Compreendidos os conceitos básicos de interpretação jurídica e de constituição, passaremos a compreender o que seria a interpretação da constituição.

2.1. Interpretação constitucional

Anna Ferraz (2015, p. 22), aponta que “interpretar a Constituição é conhecê-la, não apenas em sua letra, mas também, em seu espírito, em seus significados mais profundos e em seu verdadeiro alcance”, isso porque o texto constitucional positiva regras, valores e princípios que exigem esforço para a sua adequada compreensão, o que possibilita ao

intérprete – seja ele o jurista ou a sociedade como um todo- respeito às normas constitucionais.

Ainda, Canotilho (1993) leciona que a interpretação constitucional consiste em atribuir significado aos símbolos linguísticos com a finalidade de ter uma resolução para problemas práticos e, por isso, existiriam para a interpretação constitucional três dimensões. A primeira dimensão é a de procurar o direito que está incutido na norma constitucional; a segunda dimensão consiste em investigar o direito resultando em uma atividade de acrescentar ao texto um significado; e, a terceira dimensão que representa o produto da ação interpretativa, ou seja, o significado aplicado (Canotilho, 1993).

Entretanto, após o giro linguístico a ideia de que o sentido da norma está incutido na própria norma foi superado, sendo certo que ao intérprete cabe a construção do sentido e significado a partir de métodos, princípios e premissas.

Com efeito, é denominador comum que a interpretação constitucional visa determinar ou atribuir sentido ou significado ao texto constitucional, recaindo a controvérsia doutrinária sobre o que seria sentido ou significado do texto ou das disposições constitucionais, todavia, este debate doutrinário não tem relevância para o nosso estudo.

Outrossim, a interpretação constitucional possui particularidades, embora seja uma modalidade de interpretação jurídica (Barroso, 2010). Assim, além dos métodos clássicos de interpretação, para a interpretação constitucional devem ser-lhe aplicados também os métodos próprios à matéria.

Essa necessidade de aplicação específica de métodos se dá pela própria posição hierárquica da Constituição, sua linguagem, a matéria sobre a qual versa e, sobretudo, pelo seu alcance político.

Desse modo, a maior distinção entre a interpretação jurídica e a interpretação constitucional ocorre justamente pelo elemento político que cerca o corpo da constituição e a tipologia das normas constitucionais (Anna Ferraz, 2015).

Nas palavras de Gilmar Mendes (2018), a interpretação constitucional envolve-se de características distintas daquelas inerentes à interpretação de um ato normativo ordinário, pois atribuir sentido à preceito constitucional é também desenvolver uma atividade potencialmente influenciadora da ordem jurídica sob seus mais variados aspectos.

Nesse sentido, segundo Barroso (2010), a atual interpretação constitucional ultrapassa os limites outrora conhecidos da dimensão positivista pura da filosofia jurídica para abarcar argumentos da filosofia da moral e da política.

Por fim, para adentrarmos na compreensão dos métodos aplicados à interpretação constitucional, vale mencionar os ensinamentos de Canotilho (2003), vejamos:

A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares” (CANOTILHO, 2003, p. 1210).

Passaremos, pois, aos estudos dos métodos.

2.2. Métodos Clássicos aplicados à hermenêutica constitucional

Aponta Canotilho (1993, p. 213) que “a constituição é, para todos os efeitos, uma lei” e, por esta razão, para que seja descoberto o sentido da norma constitucional devem ser utilizados os métodos tradicionais ou clássicos da hermenêutica.

Vale salientar que, Canotilho (1993) ao referir-se aos métodos chamados de elementos interpretativos, compilando todos como método jurídico, pois referem-se à hermenêutica clássica e a interpretação jurídica como um todo. Assim, para os fins desta pesquisa, métodos e elementos equivalem aos elementos de interpretação como um todo.

Assim, ao interpretar o texto e as disposições constitucionais devem ser utilizados os elementos de interpretação, quais sejam: i) o elemento filológico ou gramatical – no qual o intérprete deve atentar-se para a estrutura gramatical (sintaxe e semântica das palavras); ii) elemento lógico – é a interpretação do texto considerando a lógica que compõe o próprio sistema, ou seja, deve o intérprete buscar atribuir sentido de forma coerente e harmônica daquele texto com os demais textos normativos que compõem o Estado de Direito; iii) elemento histórico – no qual o intérprete atenta-se também aos elementos que resultaram naquele texto ou naquela disposição, é a investigação da história que formou e da história também para os fins da aplicação; iv) elemento teleológico- trata-se da racionalização para os fins da norma constitucional; e v) o elemento genético –o qual busca compreender o significado originário da expressão utilizada no texto, ou seja, a gênese do termo (Canotilho, 1993).

Antes de tratarmos a respeito dos métodos, cumpre esclarecer que, embora Canotilho (1993) trabalhe o elemento genético no mesmo momento que os elementos da hermenêutica clássica, o elemento genético é, na verdade, uma criação posterior da doutrina e não estava inserida no contexto inicialmente clássico da interpretação.

Os elementos clássicos de interpretação tratados por Canotilho (1993) também podem ser chamados de forma compilada de método jurídico ou mesmo hermenêutico clássico, e partem essencialmente dos pensadores também clássicos Friedrich Carl Von Savigny e Ernst Forsthoff (Martins, 2019).

A interpretação gramatical consiste na compreensão do sentido a partir dos elementos gramaticais do texto legal, levando em consideração a pontuação, o significado das palavras empregadas e outros aspectos inerentes à letra fria da lei (Martins, 2019).

Nas palavras de Barroso (2018), a interpretação gramatical tem por base os conceitos que compõem a norma e todas as possibilidades semânticas que cabem no texto.

Ainda que a interpretação gramatical seja a primeira executada pelo intérprete, apenas ela não é suficiente para revelar o sentido da norma constitucional (Martins, 2019).

O elemento histórico consiste em uma interpretação consubstanciada na perspectiva histórica da norma, ou seja, deve o intérprete atentar-se para os antecedentes históricos da norma constitucional, considerando os trabalhos preparatórios, a cultura, movimentos sociais e demais circunstâncias históricas (Moraes, 2018).

Mazotti (2010) pondera que o método histórico fundamenta-se no pensamento de Savigny, para o qual o direito deve ser percebido a partir do contexto histórico que constitui o seu povo e o Estado.

O método genético ou também elemento genético pode ser compreendido como uma espécie do elemento histórico, mas vincula-se não a todos os elementos históricos que circundam a produção legislativa, mas sim especialmente ao desenvolvimento do processo legislativo (Martins, 2019).

Barroso (2018), ao tratar sobre o método histórico já abarca também o método genético, uma vez que considera que, além dos fatores históricos e da vontade do legislador, deve considerar, sobretudo, os fatos inerentes ao próprio processo criador da norma, nesse caso os debates que originaram a norma constitucional pelo Poder Constituinte.

A interpretação por meio da lógica, por sua vez, considera que a constituição não pode ser interpretada sem que haja um raciocínio lógico a respeito dela e do sistema em que está inserida a fim de evitar interpretações fora da concordância normativa (Moraes, 2018).

A lógica, nessa perspectiva, tem influência na matemática, na física e na própria lógica formal, como aponta Costa (2018). Assim, o raciocínio lógico, grosso modo, pode ser compreendido como a manipulação de um dado conjunto de informações utilizando-se um processo de inferência e organização das ideias para, a partir delas, alcançar outras ideias.

O elemento sistemático parte da ideia de que, ao interpretar a norma, deve o intérprete considerar o sistema em que ela está inserida.

Inevitavelmente, o método lógico e o sistemático comunicam-se, isso porque para que haja a interpretação lógica é preciso que seja observado o sistema, tanto é que há doutrinadores que classificam o método como lógico-sistemático, como pontua Dantas (2018).

O último elemento interpretativo é o teleológico, o qual considera a finalidade, o propósito da norma, ou seja, qual o fim que a norma pretende. Assim, o intérprete deve buscar

o fim da norma não estando limitado necessariamente ao conteúdo literal do texto (Martins, 2019).

Estes métodos também são utilizados na interpretação constitucional associados aos métodos próprios da hermenêutica constitucional, que passaremos a analisar.

2.3. Métodos hermenêuticos constitucionais

Como ressaltado anteriormente, a hermenêutica constitucional não descarta os métodos clássicos, mas, por suas particularidades, possui métodos específicos para a interpretação constitucional. Esse tratamento diferenciado justifica-se em razão das peculiaridades da própria constituição e – além das citadas no tópico anterior- devem ser destacados como justificadores a superioridade hierárquica da constituição, a linguagem principiológica e abstrata e o caráter político da Constituição, tal conclusão pode ser extraída das ideias de Hermann Heller e Konrad Hesse, bem como de pensadores igualmente notáveis da área a exemplo de Martin Heidegger e Ronald Dworkin.

Sendo assim, são métodos hermenêuticos constitucionais os métodos tópico-problemático; hermenêutico- concretizador, científico- espiritual, normativo estruturante e o método da comparação constitucional. Estes, por sua vez, têm estreita relação com os métodos contemporâneos da hermenêutica e da interpretação, já na perspectiva da hermenêutica como filosofia universal da interpretação e também da teoria da argumentação jurídica, temas em que se destaca Hans-Georg Gadamer.

O método tópico-problemático surgiu na década de 1950, com principal expoente Theodor Viehweg, autor do clássico livro *Topik und Jurisprudenz*.

Para o método tópico-problemático o intérprete partirá essencialmente de um problema para a partir dele alcançar a norma (Martins, 2019).

Assim, na contra mão dos métodos hermenêuticos clássicos, a tópica- problemática não se detém apenas à norma ou ao sistema, buscando, por outro lado, uma lógica razoável que construirá uma solução focada essencialmente no problema (Barroso, 2018).

Bonavides (2008), ao tratar sobre a interpretação tópica com Theodor, afirma que este foi o resultado da insuficiência do método científico.

De forma sintética, o método tópico-problemático fundamenta-se na própria tópica, segunda a qual a interpretação deve orientar-se pela busca da melhor solução para o problema, ou seja, primeiro busca-se a solução e, após, fundamenta-se a decisão com base no sistema, mas não restringindo-se apenas ao sistema.

Segundo Canotilho (1993), o método tópico, na seara da interpretação constitucional, deve partir de três principais premissas, quais sejam:

(a) caráter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; (3) preferência pela discussão do problema em virtude da open texture (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução substantiva a partir delas mesmo. (CANOTILHO, 1993, p. 213).

Assim, a interpretação volta-se para o caráter mais prático com o fim de discutir e resolver problemas concretos, tendo em vista o caráter aberto da Constituição.

A Constituição, como preleciona Bonavides (2008), é também um ato político, que possui normas abertas, abstratas e gerais, além de todo o conteúdo político de organização de Estado. Desse modo, embora as normas devam ser naturalmente gerais, a Constituição por sua natureza é ainda mais ampla, voltando-se de forma política para a sociedade e da sociedade.

Diferente do que ocorre com a tópica, no qual o pensamento está voltado para o problema, para o método hermenêutico-concretizador a primazia é do texto, e não do problema, assim, ao invés de partir do problema, parte-se da constituição para o problema.

O expoente deste método é também Alemão- o pensador Konrad Hesse, mas, como se vê, parte de um sentido divergente ao adotado por Theodor, uma vez que para o método concretizador a interpretação não será uma via de mão única.

Ainda, Hesse preleciona que antes do problema ou da busca da solução à luz da norma constitucional, há no intérprete a chamada pré-compreensão da norma constitucional.

A pré-compreensão diz respeito tanto ao sistema normativo quanto aos conhecimentos prévios do intérprete, ou seja, é a compreensão a partir de uma estrutura prévia.

Como bem aponta Canotilho (1993, p.237), o hermenêutico-concretizador “se orienta não para um pensamento axiomático, mas para um pensamento problematicamente orientado”. Nesse caso, utilizam-se também os pressupostos interpretativos, que são- segundo Canotilho (2003) – os pressupostos subjetivos, os pressupostos objetivos e, por fim, a relação entre texto e contexto.

O pressuposto subjetivo refere-se à pré- compreensão do próprio intérprete ao buscar o sentido da norma. O pressuposto objetivo é a atividade do intérprete ao unir a norma constitucional ao caso concreto contextualizando-o. O terceiro pressuposto também pode ser compreendido apenas como círculo hermenêutico, pois refere-se a relação entre o texto e o contexto, ou seja, o pressuposto subjetivo atuando em conjunto com o pressuposto objetivo, o que resulta em um movimento de ir e vir da norma constitucional ao caso concreto (Canotilho, 1993).

Nesse contexto, Barroso (2018, p.320) afirma que a função do intérprete é “compreender esse condicionamento recíproco, produzindo a melhor solução possível para o caso concreto, dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento.”

O método científico-espiritual, também chamado de valorativo ou sociológico, nasceu com o jurista alemão Rodolf Smend e busca, essencialmente, os valores da Constituição, sobretudo aqueles que possuem cunho sociológico (Martins, 2019).

Assim, a constituição passa a ser analisada como um instrumento de integração do ponto de vista jurídico-formal, e também do ponto de vista sociológico.

Quanto a este método, preleciona Canotilho (1993) que, deve o intérprete – ao atribuir sentido à norma constitucional- atuar de modo a lhe conceder elasticidade e flexibilidade frente ao dinamismo do Estado, isso em razão da própria dinâmica social. Ainda, Canotilho (1993) estabelece três premissas básicas para que o intérprete atente em sua atividade, vejamos:

(i) As bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do processo de integração. O recurso à ordem de valores obriga a uma << captação espiritual>> do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os valores, com a realidade existencial do Estado). (CANOTILHO, 1993, p. 215)

Desse modo, da perspectiva jurídico-formal, a constituição - como instrumento de integração - dá validade ao ordenamento jurídico e, enquanto elemento sociológico, funciona como instrumento de regulação de conflitos.

O método normativo-estruturante – de Friedrich Muller – fundamenta-se na divergência de identidade entre a norma jurídica e o texto normativo (Moraes, 2018)

Canotilho (2003) explica que, para este método, a norma é tida como integrada à realidade social, sendo, portanto, a norma mais abrangente do que o próprio texto à medida que se remete também à forma como se insere socialmente. Do texto extraem-se os limites ao intérprete e ao aplicador, que partindo deles, podem construir e exteriorizar a norma para a realidade.

Assim, para que a norma se concretize deve atentar-se à interpretação do texto – por meio do elemento literal ou do método hermenêutico jurídico clássico- e à investigação do domínio a que se refere a norma (Canotilho, 1993).

Por último, o método da comparação constitucional já traz em seu próprio nome uma noção clara do que se trata, uma vez que parte da comparação entre ordenamentos jurídicos e entre constituições, possibilitando uma comunicação entre elas. Esta comunicação, por sua

vez, concretiza-se por meio de outros quatro métodos – aqueles desenvolvidos por Savigny- o gramatical, lógico, histórico e sistemático.

2.4. Princípios Hermenêuticos Constitucionais

Os métodos hermenêuticos constitucionais têm como escopo nortear a atividade do intérprete, mas, principalmente por tratar-se de interpretação de norma abrangente como é a constituição, faz-se necessário no processo interpretativo respeitar também os princípios constitucionais.

Ao tratar dos princípios constitucionais aplicáveis à interpretação constitucional, Canotilho (2003) divide-os por categorias, sendo estas: os princípios de interpretação constitucional, os princípios de interpretação da lei conforme a constituição; e o princípio de interpretação do direito interno em face do direito comunitário. A nós, importa os princípios de interpretação da constituição.

Nesse sentido, são princípios da interpretação constitucional os quais passaremos a analisar: princípio da unidade da constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da justeza, princípio da harmonização, princípio da força normativa, princípio de interpretação conforme a constituição e princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Mas, antes de iniciarmos os estudos dos princípios enquanto postulados da interpretação constitucional, vale pontuar que, os princípios e os métodos não devem ser confundidos, isso porque o intérprete deve seguir os princípios para compreender a norma e os métodos serão utilizados quando existir uma dúvida ou um conflito. Sendo assim, a atividade do intérprete deve atentar-se aos princípios e aos métodos, este último em casos concretos de decisões.

O primeiro princípio que trataremos é o da unidade da constituição, segundo o qual a constituição deve ser interpretada com observância de todo o conjunto das normas constitucionais, pois trata-se de um conjunto global integralizado e, portanto, não é cabível uma interpretação que gere contradição, antinomias ou antagonismos com o resto do corpo constitucional (Canotilho, 1993).

Segundo Barroso (2018), o princípio da unidade da constituição é uma ramificação da interpretação sistemática, já que impõe ao intérprete o dever de harmonizar as interpretações conforme o sistema normativo constitucional.

O princípio do efeito integrador, por sua vez, está naturalmente associado ao princípio da unidade da constituição, posto que busca resolver as questões de modo a favorecer a unidade da constituição, ou seja, quando uma das soluções interpretativas for mais integrativa à unidade da constituição é esta que deve ser utilizada, isso para integralizar a constituição.

Quanto ao princípio da máxima efetividade – por vezes chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva- diz respeito à amplitude das normas constitucionais frente à sociedade. Nesse sentido, Canotilho (1993) preleciona que, deve ser dado à norma constitucional o sentido que lhe conceda maior efetividade, a título de exemplo, se houver dúvida quanto à aplicação de um dado direito fundamental, o intérprete deve dar àquele direito uma interpretação que lhe conceda efetividade.

A justeza ou conformidade funcional é um princípio que possui relação com a estrutura do Estado tratada materialmente pela constituição, a esta organização o intérprete não pode lhe atribuir um sentido que mude sua estrutura ou forma, como por exemplo, não cabe ao intérprete alterar a repartição de funções ou formas de governo. Assim, a interpretação deve sempre respeitar a conformidade funcional da própria constituição, como bem aponta Canotilho (1993).

O princípio da concordância prática ou também da harmonização anda lado a lado com os princípios supracitados e visa, primordialmente, orientar o intérprete para que – ao atuar em um conflito- busque sempre aplicar as normas constitucionais de modo a não aniquilar- no caso concreto- nenhum dos fatores constitucionais (Canotilho, 1993). Este, naturalmente, é um princípio conhecido por aqueles que atuam no campo dos direitos fundamentais, pois é justamente ele que conduz o intérprete na resolução da colisão entre direitos fundamentais.

O último princípio da divisão de Canotilho (1993) é o princípio da força normativa da constituição, segundo o qual a solução do hermeneuta não deve ser dissociada dos pressupostos constitucionais e da historicidade da estrutura constitucional (Canotilho, 1993).

Ainda, além dos princípios apontados por Canotilho (1993), importa tecer considerações também sobre os princípios da interpretação conforme a constituição e da soberania da constituição.

O princípio da interpretação conforme a constituição é uma orientação à interpretação de normas infraconstitucionais, a qual parte do postulado da soberania da constituição. Nesse caso, o intérprete deve interpretar as leis observando as disposições constitucionais. A soberania da constituição refere-se, pois, à hierarquia da constituição, que figura como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (Kelsen, 1990).

Estes são, segundo a doutrina majoritária, os princípios – ditos postulados – que também devem nortear a atividade interpretativa da constituição.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A priori, cumpre esclarecer que, a jurisdição, nas palavras de Nader (2014), é um dos três aspectos fundamentais sobre os quais se centraliza o direito processual. Assim, enquanto

no direito civil a jurisdição é estudada no âmbito do processo civil, no direito constitucional, a jurisdição constitucional é parte do processo constitucional. Todavia, como bem aponta Tavares (2012), o termo processo constitucional ainda não integra o vocabulário usual jurídico, embora o processo constitucional tenha tanta relevância quanto os demais ramos processuais

Nesse sentido, Tavares (2012, p. 264), conceitua o direito processual constitucional como sendo “o conjunto de regras procedimentais fundamentadoras da prática jurisdicional, autônomo ou não, da constitucionalidade do comportamento estatal.”

Assim, o direito processual tem a missão de auxiliar na concretização do direito material constitucional (Tavares, 2012).

Ultrapassando a introdução quanto à localização da jurisdição constitucional, faz-se necessário relembrar o conceito de jurisdição. Jurisdição- do latim *iurisdictio*- representa a ação de dizer o direito (Nader, 2014). Chiovenda (apud Tavares, 2012), por sua vez, conceitua jurisdição como a atuação da lei por meio de uma substituição da atividade por um órgão à atividade de outros.

Em resumo, a jurisdição pode ser compreendida como a delimitação da premissa legal ao caso concreto.

Por outro lado, a jurisdição constitucional é comumente utilizada para indicar a “sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo como parâmetro a constituição” (TAVARES, 2012, p. 267).

Assim, a jurisdição constitucional pode ser compreendida como um controle a partir da constituição para as atividades do próprio Poder Público. E, é neste contexto que a fiscalização do cumprimento da norma constitucional, aliás - da integralidade da constituição, se revela um pressuposto de proteção ao regime constitucional.

Cumprindo ainda destacar que, a jurisdição constitucional tem sua expansão marcada pela virada da supremacia do legislador para a supremacia da constituição.

Hans Kelsen (2003), ao tratar de jurisdição constitucional, dispõe que esta se revela como uma garantia jurisdicional da constituição consubstanciada por elementos técnicos que têm como finalidade garantir que as regras e as normas subordinadas à constituição a respeitem, ou seja, é assegurar que as leis sejam constitucionais.

Ainda, Kelsen (2003) aponta que o maior instrumento de garantia da constitucionalidade é a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a anulação de normas porventura inconstitucionais.

Com efeito, a jurisdição constitucional é o controle, mediante a própria força normativa da constituição, das normas infraconstitucionais e daquelas que – pelo poder constituinte derivado – serão inseridas no corpo da constituição.

Nesse sentido, quem deve exercer a jurisdição constitucional? Via de regra, uma norma somente será revogada por outro, mas, no caso da garantia jurisdicional da constituição, como aponta Kelsen (2003), seria uma tentação e um contrassenso permitir que aquele que elabora as leis também seja aquele que detém a competência de revogá-las e anula-las. Aliás, se o controle de constitucionalidade da norma fosse exercido pelo próprio criador da norma estaríamos diante de um legislativo com excesso de poder e, naturalmente, preponderante sobre as demais funções do estado.

A respeito do exercício da jurisdição constitucional vale transcrever as palavras de Kelsen:

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais - isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional. (HANS KELSEN, 2003, p. 150).

Kelsen (2003) também trata da composição do órgão que exercerá a jurisdição constitucional, lecionando que cada Constituição comportará características específicas quanto à garantia jurisdicional da constituição, todavia, revela quais seriam os aspectos gerais e necessários à composição e à formação do órgão constitucional jurisdicional, vejamos:

O número de seus membros não deverá ser elevado, pois é sobre questões de direito que ela é chamada a se pronunciar, e ela deve cumprir uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição. Entre os modos de recrutamento particularmente típicos, não poderíamos preconizar sem reservas nem a simples eleição pelo Parlamento, nem a nomeação exclusiva pelo Chefe de Estado ou pelo Governo. Talvez fosse possível combinar ambas, por exemplo com o Parlamento elegendo juizes apresentados pelo governo, que deveria designar vários candidatos para cada uma das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa. É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira. (HANS KELSEN, 2003, p. 154).

Ademais, o controle exercido pela jurisdição constitucional, segundo Kelsen (2003), não deve se limitar apenas às leis em sentido estrito, mas também a atos como decretos normativos, isso porque qualquer violação à constituição é um atentado ao limite entre os Poderes e suas funções (KELSEN, 2003).

Por fim, vale ressaltar que tanto o conteúdo quanto à forma deve passar pelo crivo da jurisdição constitucional.

Canotilho (1993), ao tratar sobre o Tribunal Constitucional – aquele que detém a competência jurisdicional constitucional, afirma que além do papel naturalmente jurídico, o Tribunal também desempenha um papel político, não se trata aqui de revisão de atos

discricionários políticos, mas sim de problemas especialmente sensíveis de cunho social e políticos expressamente tratados pela Constituição.

Por sua vez, Barroso (2012), em breve síntese, traduz jurisdição constitucional como “a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”.

3.1. Jurisdição Constitucional no Brasil

Nas palavras de Barroso (2012), no Brasil, embora o Supremo Tribunal Federal seja o Tribunal Constitucional em essência e de maior grau, a jurisdição constitucional também é exercida por juízes que integram os demais tribunais.

Ainda, segundo Barroso (2018), a jurisdição constitucional no Brasil expandiu-se consideravelmente a partir da Constituição de 1988, isso porque ampliou-se significativamente a legitimidade para debater em juízo, de forma concreta ou abstrata, a constitucionalidade das normas, além da adequação das normas aos ditos preceitos fundamentais.

Como pontuado anteriormente, um dos expoentes da jurisdição constitucional é justamente a possibilidade de anulação de leis consideradas inconstitucionais. No Brasil, esse controle ou possibilidade de anulação é perpetrada por meio do controle de constitucionalidade.

A esse respeito, Streck (2018) pontua que a Constituição de 1988, além de manter em sua estrutura o controle misto- exercido de forma direta, concreta, abstrata ou incidental- acrescentou as ações de inconstitucionalidade por omissão, a declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No mesmo sentido, Barroso (2012), afirma que a Constituição Federal de 1988 possui um sistema de controle que combina a via incidental e difusa com o controle pela via principal e concentrada.

O controle incidental e difuso ocorre de forma paralela ao processo, no qual os juízes que exercem jurisdição e competência no caso concreto atuam para resolver a controvérsia posta, de modo que podem decidir acerca da arguição incidental de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou seja, é um meio para atingir o objetivo de direito pretendido na ação.

Já no controle pela via principal e abstrata temos um mecanismo previsto constitucionalmente para que haja o exercício no mais alto nível da garantia jurisdicional da Constituição, este controle é desempenhado, necessariamente, pela Corte Suprema – responsável por guardar a Constituição. Neste caso, a norma judicial posta não versa sobre um caso concreto apenas, mas atinge a coletividade, posto que uma de suas principais características é que pode ser oponível contra todos.

No controle incidental e difuso não há uma regra de legitimidade específica, sendo legítimas as partes que originaram aquele incidente e somente contra elas possui efeitos. Já no controle concentrado, a Constituição Federal cuidou de estabelecer critérios específicos, principalmente de legitimidade.

Nesse sentido, temos as seguintes ações como expoentes do controle concentrado de constitucionalidade: i) ação direta de inconstitucionalidade – disciplinada no artigo 102, I, alínea a da Constituição Federal de 1988; ii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – disciplinada no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988; iii) ação declaratória de constitucionalidade – artigo 102, I, alínea a da Constituição Federal; iv) ação direta interventiva – artigo 36, III também da Constituição Federal; v) arguição de descumprimento de preceito fundamental – artigo 102, § 1º da Constituição Federal.

O artigo 103 da Constituição Federal da República de 1988 expõe quem são as pessoas legitimadas para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional, embora essencialmente saia da constituição para exercer controle sobre atos que lhe são subordinados, para o seu exercício o intérprete desempenhará a função de atribuir sentido e revelar significados, assim, ao analisar uma norma infraconstitucional, há também uma interpretação sobre o conteúdo da norma constitucional.

No presente estudo, busca-se justamente analisar uma ação declaratória que para o controle da norma infraconstitucional, o Tribunal Constitucional necessitou traçar caminhos hermenêuticos para compreensão do princípio da presunção de inocência.

Assim, compreendida a jurisdição constitucional e associando-a às notas iniciais acerca dos métodos e princípios hermenêuticos constitucionais, passaremos a analisar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.43 e os mais variados argumentos aventados pela Corte naquele exercício da garantia jurisdicional da constituição.

4. ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N.º 43

Compreendidos os métodos e princípios que norteiam a interpretação da constituição, bem como das normas infraconstitucionais conforme a constituição, passaremos à análise da ação declaratória de constitucionalidade n.º 43.

Antes, porém, faz-se necessário esclarecer que o presente trabalho não pretende debater diretamente o mérito daquela ação constitucional, mas sim analisar os votos à luz da hermenêutica constitucional.

4.1. Contexto jurídico anterior a ação declaratória de constitucionalidade

O Direito e, sobretudo, a jurisdição constitucional são naturalmente afetadas pelas questões sociais e políticas, pois estas questões revertem-se, via de regra, em conflitos que necessitam ou necessitarão de uma resposta jurisdicional com o fim de pacificação social.

Nesse contexto é que o Supremo Tribunal Federal – por mais de uma vez, no exercício da jurisdição constitucional, precisou debruçar-se acerca da execução provisória da pena.

A grande controvérsia jurídica na avaliação do cumprimento provisório da pena versa, em breve síntese, sobre a sua possibilidade ou não de execução antecipada, isso em face do princípio constitucional da presunção de inocência.

A esse respeito, há três marcos interpretativos e de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o primeiro deles é o divisor de águas do Habeas Corpus – caso paradigmático n.º 84.078/MG, de Relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 2009, o qual modificou o posicionamento da Suprema Corte quanto à possibilidade de execução provisória da pena.

Naquela ocasião, como aponta Streck (2018), o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento que anteriormente possibilitava a antecipação da pena, mesmo que ainda estivessem pendentes recursos especiais e extraordinário, gerando um selo de garantia em favor da presunção de inocência.

A mudança de entendimento ocasionou também a edição da Lei n.º 12.403/2011, a qual modificou a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, fazendo constar que:

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

Em 2009, quando do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, a Suprema Corte Brasileira era composta pelos Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Grace.

Sendo que os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes votaram pela concessão da ordem do referido HC e, conseqüentemente, pela inviabilidade da antecipação da pena. Os Ministros vencidos foram: Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Grace.

Cerca de 07 (sete) anos após a virada jurisprudencial do STF e aproximadamente 05 (cinco) anos da modificação legislativa no Código de Processo Penal, o debate em relação à antecipação da pena retornou ao Supremo, desta vez com um clamor social intenso – dado os escândalos de corrupção que começavam a explodir pelo Brasil.

A temática foi mais uma vez enfrentada pelo Supremo por meio de uma Habeas Corpus, caso paradigma de São Paulo – HC n.º 126.292/SP, julgado pela corte em 2016.

Nesta ocasião, o STF era composto pelos Ministros Teori Zavascki, Luíz Roberto Barroso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Após cerca de sete anos e seis ministros diferentes, o Supremo Tribunal Federal deu uma nova interpretação ao princípio da presunção de inocência, retrocedendo ao entendimento que vigorava antes de 2009 e, portanto, passando a viabilizar a execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância.

No julgamento do HC n.º 126.291/SP, podemos citar como principais fundamentos que foram utilizados para justificar a execução provisória da pena os seguintes:

(i) a matéria fática se exaure com a decisão de segundo grau de jurisdição, sendo o momento em que se tem a certeza da materialidade e autoria do crime, o que é contraditório com o próprio conceito de trânsito em julgado; (ii) outros países notadamente democráticos permitem a execução da pena antes do trânsito em julgado, comparação inadequada em razão da particularidade da Constituição brasileira; (iii) trata-se de princípio², não sendo absoluto (é nesse sentido que se autoriza a prisão preventiva, mas não a prisão antecipada); (iv) a adoção novamente desse velho entendimento diminuirá a tentação dos juízes prenderem o investigado logo no início do processo (o que é manifestamente ilegal, pois os juízes só podem autorizar a prisão mediante decisão devidamente fundamentada em requisitos previstos em lei). (PRISCILA MIWA KUMOD, 2016, pág.55).

Efetuada a contextualização jurídica que antecedeu o julgamento da Ação declaratória de constitucionalidade n.º 43, passaremos a síntese ADC sob análise.

4.2. Resumo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44

Com o giro jurisprudencial, o Partido Ecológico Nacional – PEN- ingressou com ação declaratória de constitucionalidade (n.º 43), com o fim de ser declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil também ingressou com ADC, esta de número 44 e com o objetivo principal, a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do *codex* processual penal.

Na ação declaratória de constitucionalidade de n.º 43, pretendia o PEN a declaração de constitucionalidade, em definitivo, do art. 283 do Código de Processo Penal. E, de forma sucessiva, que o preceito do referido dispositivo seja considerado compatível com a Constituição enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucionais no sistema carcerário brasileiro (Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 347). Buscava, também de forma sucessiva, a interpretação conforme à constituição para que a prisão fosse

² Embora a autora coloque como princípio, vale ressaltar que a presunção de inocência também é compreendida como uma regra.

substituída por medidas cautelares, ao menos até a preclusão e durante o tempo em que perdurar o estado de coisa inconstitucional.

Por fim, o PEN ainda requereu que, caso fosse declarado inconstitucional, que somente afetasse as decisões após o caso paradigma de São Paulo, assim como após a análise do recurso especial, e não do recurso de apelação, como fixou-se no HC 126.292/SP.

A seu turno, a Ação declaratória de n.º 44, de autoria da OAB, buscou igualmente a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, argumentando, nas palavras do relator Ministro Marco Aurélio:

(...) que, para o cabimento da ação declaratória de constitucionalidade, surge necessário aferir-se a controvérsia judicial relevante com base em critério qualitativo. Diz da configuração do requisito presente o entendimento adotado pelo Supremo na apreciação do habeas corpus n.º 126.292. Sustenta que o preceito controvertido permanece válido, devendo ser aplicado pelos Tribunais estaduais e federais, porquanto não afastado expressamente pelo Pleno no exame do referido habeas. Alega mostrarem-se nulos os pronunciamentos judiciais que, sem a declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, implicam a execução provisória de decisão condenatória, ante a inobservância do artigo 97 do Texto Maior. Destaca a necessidade de o Supremo consignar, em sede de controle concentrado, a conformidade ou não do dispositivo com a Lei Fundamental. Assevera a validade da norma penal, com alicerce na tese da constitucionalidade espelhada, segundo a qual se reconhece a compatibilidade de dispositivo infraconstitucional no que reproduz a ordem da Carta Federal. Consoante aduz, o preceito em jogo não apenas é compatível com a Lei Maior, mas também replica o texto. Enfatiza que este Tribunal, ao analisar o habeas corpus n.º 126.292, esvaziou o artigo 5º, inciso LVII, do Diploma Básico, efetuando mutilação inconstitucional. (BRASIL – STF, 2019).

Assim, a OAB, na ADC n.º 44, postulou liminarmente a suspensão da execução provisória e, no mérito, requereu a declaração da constitucionalidade do dispositivo do *códex* processual penal.

Com efeito, ante a coincidência de objetos, as ADCS foram reunidas para julgamento conjunto.

Ainda em 2016, no dia 05 de outubro, o STF apreciou as cautelares das referidas ADCS, o que resultou no indeferimento destas, manifestando-se a corte constitucional pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, todavia, com interpretação segundo a constituição, ao passo que manteve a possibilidade de antecipação da pena após a condenação em segundo grau, exceto nos casos em que houver concessão expressa de efeito suspensivo no recurso especial e seguintes.

Quando do indeferimento das cautelares, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Participaram da sessão de julgamento das cautelares os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa

Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia.

Após o julgamento das cautelares referentes às ADCS 43 e 44, o Partido Comunista do Brasil –Pcdob ajuizou a Ação declaratória de constitucionalidade sob o n.º 54, tendo o mesmo objeto das duas primeiras ações declaratória, aventando, ainda, que desde a confirmação da possibilidade de prisão em segunda instância esta angariou uma forma absoluta, resultando na execução imediata da pena em todo território nacional.

No dia 07 de novembro de 2019, o STF, por maioria, julgou o mérito das ações declaratórias de constitucionalidade em conjunto, assentando o que segue:

O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. (BRASIL – STF, 2019).

Desta feita, participaram do julgamento os Senhores Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Marco Aurélio.

Realizado um apanhado do conteúdo das Ações declaratórias, passaremos a compreender os votos de cada um dos Ministros, isto à luz da hermenêutica constitucional.

Por último, apresento o quadro comparativo entre as decisões proferidas em 2009, 2016 e 2019, constando o resumo do voto, os nomes dos Ministros e o processo referência, possibilitando, assim, a compreensão quanto às mudanças e à composição da Suprema Corte em cada uma delas, vejamos:

TABELA 1 –HC 84.078/MG - 2009

HABEAS CORPUS 84.078/MG – 2009	
MINISTROS	VOTO
EROS GRAU	CONTRA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
CELSE DE MELLO	CONTRA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
CARLOS BRITTO	CONTRA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
CEZAR PELUSO	CONTRA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
MARCO AURÉLIO	CONTRA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
RICARDO LEWANDOWSKI	CONTRA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
GILMAR MENDES	CONTRA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

MENEZES DIREITO	FAVORÁVEIS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA
CÁRMEN LÚCIA	FAVORÁVEIS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA
JOAQUIM BARBOSA	FAVORÁVEIS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA
ELLEN GRACE	FAVORÁVEIS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Fonte: elaborado pela autora, 2020.

TABELA 2 – HC 126.292/SP

HABEAS CORPUS 126.292/SP	
TEORI ZAVASCKI	FAVORÁVEL A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
CÁRMEN LÚCIA	FAVORÁVEL A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
GILMAR MENDES	FAVORÁVEL A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
ROBERTO BARROSO	FAVORÁVEL A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
LUIZ FUX	FAVORÁVEL A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
EDSON FACHIN	FAVORÁVEL A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
DIAS TOFFOLI	FAVORÁVEL A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
RICARDO LEWANDOWSKI	CONTRÁRIO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
ROSA WEBER	CONTRÁRIO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
CELSO DE MELLO	CONTRÁRIO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
MARCO AURÉLIO	CONTRÁRIO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Fonte: Elaborada pela autora, 2020.

TABELA 3- ADC 43 E SEGUINTE

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54
--

EDSON FACHIN	IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO
CÁRMEN LÚCIA	PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO
ALEXANDRE DE MORAES	PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO
ROBERTO BARROSO	PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO
LUIZ FUX	PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO
MARCO AURÉLIO	PROCEDENTE A AÇÃO
DIAS TOFFOLI	PROCEDENTE A AÇÃO
RICARDO LEWANDOWSKI	PROCEDENTE A AÇÃO
ROSA WEBER	PROCEDENTE A AÇÃO
CELSO DE MELLO	PROCEDENTE A AÇÃO
GILMAR MENDES	PROCEDENTE A AÇÃO

Fonte: elaborada pela autora, 2020.

De início, extrai-se das tabelas acima que as mudanças de entendimento do Tribunal Constitucional precederam uma mudança também na composição da Suprema Corte Brasileira.

Feitas essas ponderações iniciais, passaremos para a análise dos votos que foram publicados.

4.3. Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio, relator das ações declaratórias de constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, julgadas em conjunto, assentou seu voto em dois argumentos principais, o primeiro deles é que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não deixa margens para dúvidas, ou seja, a interpretação é taxativa. O segundo argumento trazido pelo Ministro é que, atentando-se à organicidade (interpretação sistemática), o legislador ao redigir o artigo 283 do CPP, com a Lei n.º 12.403/2011, apenas concretizou processualmente a garantia já explícita na constituição.

Há, pois, dois elementos de interpretação considerados pelo Ministro, mas antes de pontuarmos estes, vale a transcrição de parte do voto do Min. Marco Aurélio, vejamos:

A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. [...]

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidade, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. [...]

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei n.º 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, a garantia explícita da Carta da República, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo no julgamento do *habeas corpus* n.º 84.078 (...)(BRASIL – STF, 2019).

Ainda, o Ministro também citou o seu voto quando do julgamento do HC 126.292/SP, no qual também foi firme quanto à desnecessidade de maiores discussões semânticas sobre o preceito constitucional da presunção de inocência, haja vista a clareza do texto. No voto citado, o ilustríssimo Marco Aurélio pontuou, ainda, que “onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica “(Brasil - STF, 2019, pág. 5).

Percebe-se, pois, a preponderância do elemento gramatical que integra o método jurídico/ clássico da hermenêutica constitucional, isso porque há expressa menção a clareza, literalidade do texto e o seu significado semântico.

Além disso, percebe-se ainda que ao tratar da norma infraconstitucional sob o crivo do controle de constitucionalidade, o Ministro ressalta que o artigo do Código de Processo Penal, na verdade, é uma reprodução lógica do preceito constitucional da presunção de inocência.

Assim, ao fazer uso do elemento lógico, o Ministro utiliza uma unidade de significação, o que remete ao método sistemático. Desse modo, ao interpretar o dispositivo constitucional concatenando os conceitos e ao aplicar o mesmo processo lógico ao artigo 283 do Código de Processo Penal, o Ministro verifica uma identidade de conceitos e, a partir disso, aplica o método sistemático – do mais (Constituição) para o menos (Código).

Por último, extrai-se deste voto também o método de interpretação da norma conforme a constituição, este, por sua vez, é um movimento de retorno da norma para a Constituição, o qual decorre também dos primeiros elementos utilizados pelo Ministro – o elemento gramatical, lógico e sistemático.

Com efeito, votou o Ministro relator pela procedência da ação e consequente declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, ato contínuo, para afastar a possibilidade de execução provisória da pena.

4.4. Voto do Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes, antes de enfrentar o mérito da ação de controle concentrado de constitucionalidade, apreciou uma preliminar, na qual se questionava se seria possível, após a mudança de entendimento do STF, uma nova análise sobre o mesmo preceito – o da presunção de inocência sob a perspectiva da possibilidade de execução provisória da pena.

Embora interesse prioritariamente nos debates de mérito nos quais são lançados argumentos e métodos a justificar os votos dos Senhores Ministros, a preliminar enfrentada por Moraes traz em si bastante conteúdo da própria compreensão da jurisdição constitucional Brasileira.

Nesse sentido, Moraes afirma que a preliminar se confundiria com o mérito, pois, é dever do plenário decidir se é ou não o momento de uma nova virada, em menos de cinco anos, do entendimento do Tribunal Constitucional.

Por outro lado, em que pese afirmar que se confunde com o mérito, o Ministro ressalta que a jurisdição constitucional brasileira proíbe a repetição de ação de controle concentrado sob tema já enfrentado no próprio controle concentrado- máxima do sistema de garantia jurisdicional da constituição – e não a análise da mesma matéria em meios processuais diversos do controle de constitucionalidade.

Assim, Alexandre de Moraes revela uma questão importante à jurisdição constitucional, é que no HC que gerou o precedente da prisão em segunda instância foi posto à Corte por meio de um caso concreto e uma situação individual, não abstrata e não vinculante. Enquanto que as Ações Declaratórias revestem-se de caráter abstrato, vinculante e oponível contra todos.

Ultrapassadas as ponderações iniciais, Moraes inicia seu voto meritório com um apanhado dos posicionamentos da Suprema Corte a respeito do mesmo tema – a prisão em segunda instância e a presunção de inocência. Além disso, o Ministro também aponta quantos dos Ministros que passaram pelo Supremo Tribunal Federal foram desfavoráveis a tal execução e, inclusive, quantos destes mantiveram seus posicionamentos intactos ao longo de sua permanência na Egrégia Corte.

Transcrevo aqui trecho relevante do levantamento estatístico e histórico dos posicionamentos do STF quanto à execução provisória, vejamos:

A interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer ilegalidade no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou em sua decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em quase 80% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período. (BRASIL, STF, 2019).

Embora o próprio Ministro reconheça que não há elemento interpretativo constitucional que seja pautado em análises estatísticas, pode-se concluir que Moraes inicia seu voto com um apelo histórico, não da norma ou do contexto de sua elaboração, mas sim do contexto do intérprete máximo dela.

Por intérprete máximo da Constituição deve-se entender a Suprema Corte como o Tribunal responsável pela jurisdição constitucional direta e concreta, como é o caso do julgamento das ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade de normas.

Somente após um apanhando da realidade social e jurídica é que o Ministro passa a fundamentar seu voto. Assim, analisando as notas preambulares do seu voto, sobretudo as

menções aos valores sociais, a necessidade de eficácia de outros princípios e normas constitucionais, pode-se concluir que Moraes profere seu voto a partir de uma compreensão estruturante e também tópica.

Da análise do voto de Moraes é possível identificarmos como alicerces de sua fundamentação dois elementos interpretativos que compõem o método jurídico mencionado por Canotilho (1993), quais sejam: o método teleológico e o método sistemático.

Nesse sentido, o Ministro faz inúmeras menções quanto à finalidade e à extensão da condicionante constitucional da presunção de inocência e da preclusão maior, assim como a respeito da delimitação da compreensão do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal em face dos demais princípios e normas constitucionais, ou seja, Alexandre de Moraes defende o respeito à finalidade da norma e a sua compreensão a partir do sistema – demais princípios- e não a partir da regra.

A esse respeito, arremata Moraes:

A condicionante constitucional ao “trânsito em julgado”, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º. A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência. (BRASIL, STF, 2019).

Ainda, o Ministro menciona a necessidade de aplicar a solução mais harmoniosa com o sistema constitucional posto, a fim de lhe assegurar maior unidade, bem como de concretizar da melhor forma as normas constitucionais, sem desprezar a vontade do legislador.

Nesse sentido, há no voto inúmeras referências a diversos métodos e princípios hermenêuticos constitucionais, quais sejam: o método lógico-sistemático – ou elemento lógico segundo Canotilho (1993) - e princípio da unidade da Constituição, bem como uma referência ao método concretizador.

Mas, primordialmente, toda a estrutura do voto do Ministro volta-se para a finalidade do princípio da presunção de inocência. Segundo Moraes, a finalidade do princípio da

presunção de inocência estaria assegurado, mesmo com a execução provisória da pena, desde que o processo observe todos os demais princípios aplicáveis ao processo penal e arremata com a necessidade da efetiva tutela jurisdicional.

Por fim, há também um exercício interpretativos de direito comparado, uma vez que traz à controvérsia questões referentes ao Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual não haveria proibição expressa à prisão em segunda instância, tampouco na Convenção Europeia de Direitos do Homem, vejamos:

Trata-se do mesmo entendimento nos ordenamentos jurídicos do Direito Comparado, que, no máximo, exigem para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292). (BRASIL – STF, 2016).

Com efeito, votou o Ministro Alexandre de Moraes pela parcial procedência, devendo declarar-se constitucional a norma do Código de Processo Penal insculpida no artigo 283, porém com uma interpretação conforme a constituição.

A estrutura do dispositivo do voto do Ministro Alexandre de Moraes pode ser reduzida no seguinte pensamento: primeiro há uma interpretação do princípio da presunção de inocência – interpretação voltada à manutenção da finalidade do princípio e – mediante o elemento sistemático- uma interpretação que culmine na não vedação da execução provisória e, a partir dessa interpretação, interpretar o dispositivo processual penal.

4.5. Voto do Ministro Edson Fachin

Na contramão do voto do Eminent Relator, o Ministro Edson Fachin dispôs em seu voto de ao menos três elementos interpretativos, o primeiro é uma interpretação genética ou também histórico-evolutiva, o segundo remonta a inexistência de sentido unívoco do preceito da presunção de inocência e o terceiro que se consubstancia no fato de que há previsão expressa de que os recursos especiais e extraordinários, em regra, não possuem efeito suspensivo e, por isso, não podem obstaculizar a execução da condenação.

Além disso, Edson Fachin ainda aprecia outros pontos tangenciais as ações declaratórias de constitucionalidade, tais como a retroatividade do entendimento jurisprudencial, os efeitos dos recursos especiais e extraordinários, e o sentido plurívoco do princípio da presunção de inocência.

Segundo leciona, pela interpretação originário a partir da vontade do legislador constituinte, a palavra culpado não é sinônimo de prisão, mas sim de que o acusado não será submetido a um processo que se inicia pela presunção de culpa, e não o contrário, dispondo o seguinte:

É possível que seja à luz dessa crítica que a alteração do texto constitucional, na opção pelo sintagma “culpado”, tenha sido formulada. Afinal, era essa a controvérsia e a crítica que uma parcela relevante da dogmática penal fazia ao chamado

“princípio da presunção de inocência”. Noutras palavras, se o inciso LVII for interpretado a partir do que pensaram à época os constituintes, o sentido de “culpado” não era sinônimo de “prisão”, mas o de indicar apenas que a presunção de inocência não exigiria da acusação a prova negativa de que o réu não tinha excludente de ilicitude. (BRASIL, STF, 2019)

O Eminentíssimo Ministro, por outro lado, reconhece que apenas a interpretação que busca remontar a vontade do legislador por meio de uma concepção histórica não é suficiente, pois o intérprete não pode fugir a análise de questão, mesmo que suscitada anteriormente.

Nessa perspectiva e da análise dos textos e contextos constitucionais, Edson Fachin afirma que não há nenhuma proibição, ao menos constitucional, à formação da culpa e ao poder estatal de tolher a liberdade antes da preclusão maior.

Sendo assim, votou pela improcedência total da ação, isso porque, segundo seu entendimento, não é a lei que deve se adequar a constituição, mas a constituição que exerce o devido controle sob aquela.

4.6. Voto do Ministro Celso de Mello

Diferente dos votos dos supracitados Ministros, o Eminentíssimo e decano Ministro Celso de Mello ao proferir seu voto voltou-se a- de forma ampla- revelar o sentido do princípio da presunção de inocência como impossibilidade de qualquer ato que pressuponha a culpa no sentido estrito, assim, o decano estabeleceu primeiramente que a interpretação de tal princípio não pode ser feita fora da perspectiva do ordenamento constitucional, pontuando as seguintes dimensões da presunção de inocência:

Não constitui demasia assinalar, de outro lado, que o conceito de presunção de inocência, notadamente quando examinado na perspectiva do ordenamento constitucional brasileiro, deve ser considerado nas múltiplas dimensões em que se projeta, valendo destacar, por expressivas, como registra PAULO S. P. CALEFFI (“Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil”, p. 24/50, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.4, 2017, Lumen Juris), as seguintes abordagens que esse postulado constitucional enseja: (a) a presunção de inocência como norma de tratamento, (b) a presunção de inocência como norma probatória e (c) a presunção de inocência como norma de juízo. (BRASIL, STF, 2019)

O Min. Celso de Mello aprofunda-se de forma bastante completa acerca da inocência e da não culpabilidade e a partir da interpretação concedida à norma aplicou interpretação conforme a constituição para com o artigo 283 do CPP.

Arremata o Ministro a revelar a impossibilidade de interpretar a norma constitucional com base em estatísticas, vejamos:

Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente? (BRASIL, STF, 2019) Além de criticar uma hermenêutica baseada em estatísticas, o eminentíssimo Celso de Mello ainda destaca que a interpretação que leva a uma forçosa possibilidade de execução provisória afasta-se da necessidade de concretizar os direitos fundamentais.

A esse respeito, vale a transcrição:

A posição que vem prevalecendo nesta Corte reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País. Ninguém desconhece, Senhores Ministros, que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. (BRASIL, STF, 2019)

Por fim, o Ministro remonta o momento histórico que culminou na necessidade democrática de resguardar a inocência, remontando – tangencialmente- ao elemento histórico interpretativo.

O Min. Celso – decano da Corte, também utiliza os métodos estruturantes e a tópica, à medida que trata sobre uma moralidade democrática, sobre valores democráticos, todos esses valores e a moralidade em termos pragmáticos.

Com efeito, votou o Ministro pela procedência das ações declaratórias e consequente impossibilidade da execução, haja vista que o artigo 283 do CPP deve ser compreendido/interpretado sob a ótica do princípio da presunção de inocência.

4.7. Voto da Ministra Rosa Weber

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber teceu preambularmente conceitos importantes à compreensão da interpretação constitucional, sobretudo no que tange ao exercício da jurisdição constitucional. Assim, antes de analisarmos o voto com o fim de compreendermos os princípios e/ou métodos hermenêuticos constitucionais utilizados pela Ministra, transcrevo as notas preambulares do voto da ilustre Ministra, vejamos:

Consabido, por outro lado, que o texto normativo traduz enunciados que, até pela natural equívocidade das palavras, descortinam diferentes caminhos, com atalhos e bifurcações passíveis de levar ao mesmo ou a diferente destino. E a releitura atualizada a maioria das vezes é imperativo da dinâmica da vida, da impermanência do tempo e das próprias alterações semânticas e sociais, no avanço do processo civilizatório. Consabido também que textos há que, por albergarem as chamadas cláusulas abertas e conceitos indeterminados, dão uma maior margem de interpretação ao hermenêuta, enquanto outros apresentam marcos e balizas que atuam como amarras, insuscetíveis de afastamento pela atividade interpretativa, ainda que corretamente iluminada pela principiologia constitucional e prestada reverência à força normativa da Constituição. Ao intérprete permite-se, nessa linha, em voos interpretativos, escolher fundamentadamente entre um ou outro destino, mas nunca, na minha visão, com o abandono das amarras acaso presentes (Brasil, STF, 2019).

Percebe-se de pronto que, embora o intérprete possa- metaforicamente – voar quanto à interpretação da norma, não se pode olvidar que há limites neste, ou seja, há um limite do qual o intérprete não pode afastar-se.

Além de tratar de forma mais clara sobre a hermenêutica constitucional, Rosa Weber ainda leciona acerca da jurisdição constitucional e da mudança de entendimentos da Corte Constitucional face à mudança dos respectivos entendimentos.

Nesse sentido, estas foram as palavras da ilustríssima Ministra Rosa Weber:

“Conforme já afirmei mais de uma vez nesta Corte, compreendido o Tribunal como instituição, entendo que a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural. Daí minha postura de, ao exercício da jurisdição constitucional, como regra manter a jurisprudência da Corte, ressalvadas as situações de necessária atualização.” (BRASIL – STF, 2019).

Consoante ao mérito propriamente dito da ADC n. 43, 44 e 54, a Ministra pontua que o intérprete – ainda que de uma Corte máxima – não deve executar uma interpretação deficiente que vise dilapidar o direito/ preceito constitucionalmente instituído.

Defende, pois, a Ministra a linha de raciocínio que converge para o entendimento do voto do Ministro Relator, isso porque também apega-se ao texto, sua semântica e seus limites.

Ainda, pontuou sobre qual interpretação deveria ser lançada sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, a este respeito:

20. A Constituição de 1988 não assegura uma presunção de inocência meramente principiológica. Ainda que não o esgote, ela delimita o âmbito semântico do conceito legal de culpa, para fins de condenação criminal, na ordem jurídica por ela estabelecida. E o faz ao afirmar categoricamente que a culpa supõe o trânsito em julgado. Em outras palavras, a presunção de inocência, a assegurada nos instrumentos internacionais, lida segundo a ótica da Constituição, perdura, íntegra, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória. E não se está aqui a confundir culpa com prisão, considerada a distinção entre a prisão pena e as prisões cautelares. (BRASIL- STF, 2019)

Com efeito, considerando o princípio da presunção de inocência e a interpretação concedida a este, votou a Ministra Rosa Weber pela procedência das ações declaratórias.

Estes foram os votos divulgados de forma escrita, sendo necessário agora a exposição dos votos dos demais Ministros, estes de forma mais simples, haja vista que não consta ainda informação sobre seus votos redigidos.

4.8. Ministro Luís Roberto Barroso

Na mesma esteia de seu voto quando do julgamento das cautelares nas ADCS n.º 43 e 44, o Ministro Roberto Barroso proferiu seu voto focado na realidade, ou seja, partindo do problema para a solução constitucional que melhor se adeque a resolução da controvérsia, ligando-se, portanto, ao método tópico-problemático.

Sustentou que não há óbice a que a prisão em segunda instância proceda-se independentemente do trânsito em julgado, desde que haja uma decisão fundamentada de autoridade competente.

Assim como o Ministro Alexandre de Moraes, o ilustre Ministro Barroso também apresentou dados estatísticos para justificar sua interpretação apontada diretamente para as questões da realidade social.

Desse modo, votou apenas para que fosse afastado a interpretação do art. 283 do CPP que possibilitasse um obstáculo à execução provisória da pena, isso por considerar que o CPP

deveria ser interpretado em conformidade com a Constituição – esta sendo interpretada como um não obstáculo à execução antecipada.

4.9. Voto da Ministra Cármen Lúcia

A ilustre Ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência sustentada pelo Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que a presunção de inocência e o art. 283 do CPP devem ser interpretados em harmonia com os demais preceitos constitucionais a respeito da prisão, além de ter o dever de primar pela eficácia das decisões judiciais.

4.10. Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto pela constitucionalidade do dispositivo do art. 283 do CPP, acentuando que o próprio legislador efetuou mudança legislativa com o fim de adequar a norma infraconstitucional à Constituição.

Ademais, confirmou o entendimento de que a prisão em segunda instância, quando não fundamentada na possibilidade de prisão preventiva, é um óbice ao princípio da presunção de inocência.

4.11. Voto do Ministro Dias Toffoli

O presidente do Supremo Tribunal acompanhou o voto do relator, asseverando que a prisão em segunda instância sem que haja o trânsito em julgado não se coaduna com o preceito constitucional e que cabe ao Legislativo ponderar sobre uma renovação legislativa quanto ao momento do trânsito em julgado ou do início da execução da condenação.

4.12. Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, permaneceu defendendo a possibilidade da execução antecipada da pena, cabendo uma interpretação conforme a constituição do art. 283 do CPP.

Outrossim, ressalta-se que os fundamentos sustentados pelo Ministro em muito assemelham-se com os fundamentos apresentados pelo Ministro Barroso.

4.13. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando o voto do Ministro Relator, também votou pela procedência da ADC e a impossibilidade de execução provisória ante a literalidade do texto constitucional normativo.

Em resumo, estes foram os votos que resultaram na nova mudança – retorno- ao entendimento de que, pelo preceito da presunção de inocência, não é possível a execução antecipada da pena, uma vez que, conforme já mencionado anteriormente, o voto do Ministro Marco Aurélio prevaleceu na Corte.

5. CONCLUSÃO.

Considerando todos os aspectos que foram tratados nos capítulos anteriores – desde as notas introdutórias acerca da hermenêutica constitucional até a descoberta dos votos e da composição do Tribunal Constitucional – faz-se necessário dispor sobre determinados conceitos e pontos essenciais ao presente trabalho.

De início, compreendemos que a hermenêutica no âmbito constitucional abarca algumas características e pontos específicos, isso pela própria natureza de norma central de organização e estrutura do Estado.

Conforme exposto nos primeiros capítulos, a hermenêutica constitucional é também parte da arte de interpretação e será efetuada mediante métodos e princípios próprios.

Segundo os ensinamentos de Canotilho (1993), a interpretação constitucional dar-se também por meio dos métodos clássicos – gramatical, histórico, lógico, sistemático, teleológico e genético, além dos métodos inerentes a matéria e já oriundos da guinada filosófica.

Nesse contexto, são métodos constitucionais hermenêuticos o método tópico-problemático, concretizador, científico-espiritual e o método normativo estruturante.

Já os princípios da interpretação constitucional, vimos que são: princípio da unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, justiça ou conformidade, harmonização, força normativa, interpretação conforme a constituição.

Os princípios e métodos devem, necessariamente, nortear a atividade do intérprete na descoberta e interpretação do sentido da norma constitucional.

Em seguida, vimos que, embora no Brasil haja o exercício misto da jurisdição constitucional, é o Supremo Tribunal a Corte Constitucional em sua essência e responsável pela avaliação judicial de leis e atos normativos que desafiam a garantia da constituição.

Justamente desenvolvendo a jurisdição constitucional é que o STF julgou, conjuntamente, as ADCS 43, 44 e 54, na qual debateu-se não apenas as extensões do princípio da presunção de inocência, mas, sob a ótica desta pesquisa, revelou-se no caso concreto a utilização de métodos e princípios a justificar os votos e decisões do pleno.

Por essa razão, separou-se voto a voto, dando destaque especial aqueles que já estavam integralmente transcritos no site do STF e que possuíam maior carga de debate político, filosófico e, principalmente, hermenêutico.

Da análise dos votos, é perceptível o uso firme dos métodos jurídicos ou clássicos – com especial ênfase ao elemento gramatical e ao sistemático - mas, além destes, foi possível extrair dos votos uma preponderância do STF em decidir voltado para um conteúdo de valores sociais e carregado de embate popular.

No julgamento mencionado, por apertada maioria, foi declarada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, isso para o fim de lhe conceder uma interpretação conforme a literalidade do artigo constitucional reafirmado pela terceira mudança de entendimento.

Conclui-se, pois, da análise dos votos, métodos e princípios suscitados nos votos que há uma tendência do Supremo Tribunal Federal em voltar-se para o cunho social de suas decisões, enquanto uma outra parte, apegada a métodos e técnicas melhor difundidas, segue contornando os ímpetus sociais com uma dose de técnica e conservadorismos jurídico.

Ademais, é possível concluir também que há relação entre a mudança dos membros e os julgamentos que seguem a partir disso e para além disso, é o que se observa das três primeiras tabelas que constam na presente pesquisa.

Outro ponto relevante, foi a forma como alguns dos ministros, especialmente os que votaram desfavoráveis à mudança jurisprudencial, encararam o princípio da interpretação conforme a constituição.

Por fim, em que pese os embates, fixou-se – agora oponível contra todos- a impossibilidade de execução provisória da pena, com especial relevância ao argumento sustentado pelo relator acerca da interpretação gramatical e a clareza dos artigos questionados pela ADC.

Diante de tais explanações, podemos observar os métodos e o resultado do voto de cada Ministro. Nesse sentido, vejamos a tabela abaixo a qual relaciona o Ministro ao método identificado em seu voto:

TABELA 4- comparativo

MINISTRO	MÉTODO E/OU PRINCÍPIO
RICARDO LEWANDOWSKI	MÉTODO JURÍDICO – GRAMATICAL.
LUIZ FUX	INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.
DIAS TOFFOLI	MÉTODO JURÍDICO – ELEMENTOS CLÁSSICOS.
GILMAR MENDES	MÉTODO JURÍDICO – ELEMENTO GRAMATICAL E LÓGICO.
CÁRMEN LÚCIA	MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL.
ROBERTO BARROSO	CIENTÍFICO-ESPIRITUAL; TÓPICO PROBLEMÁTICO.
ROSA WEBER	MÉTODOS JURÍDICOS – SISTEMÁTICO E GRAMATICAL.

CELSO DE MELLO	MÉTODO CLÁSSICO; INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.
EDSON FACHIN	CIENTÍFICO-ESPIRITUAL.
ALEXANDRE DE MORAES	CONCRETIZADOR; INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; HISTÓRICO.
MARCO AURÉLIO	INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL E LÓGICA.

Fonte: Elaborado pela autora, 2020.

REFERÊNCIAS

- Almeida, Elen Cristina Araújo. **Hermenêutica jurídica e Mutação Constitucional: a ótica do intérprete versus a segurança jurídica.** 2018- FACISA.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23^a ed. Brasil: Malheiros, 2008.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 16 de ma.2020.
- BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto lei n.º 3.689. 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 16 de ma.2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, 43.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>> Acesso em 16 de ma.2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1983.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Jurídica. Dissertação.** 2018. Disponível em <<file:///D:/5-%20TCC%20ESMA/COSTA,%20Alexandre%20Ara%C3%BAjo.%20Hermen%C3%AAutica%20Jur%C3%ADdica.pdf>> acesso em 30/09/2020.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional-** 8 ed. São Paulo; Saraiva Educação, 2018.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais De Mudança Da Constituição.** 2^a ed. Osasco: Edifio, 2015.
- FERREIRA, Rodrigo Costa. **O que o direito pode ser? Um quadro teórico da atuação riqueza semântica da palavra direito.** 2020.

- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**/ Hans Kelsen: introdução e revisão técnica de Sérgio da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. São Paulo: Minha Editora, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**- 14^a ed. ver. E atual- São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MORAES, Guilherme Peña de . **Curso de direito constitucional**.10 ed- São Paulo- Atlas, 2018.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36^a ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**- 3^a Ed- São Paulo: Saraiva, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5^a Ed- Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da cf em julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro, 2018.
- SUPREMO, **TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível em < [ortal.stf.jus.br](http://portal.stf.jus.br)>. Acesso em 30/09/2020.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10^a ed. rev. e atual- São Paulo: Saraiva, 2012.