Número 23 – setembro/outubro/novembro 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

ADPF 144 E COLISÃO ENTRE DEMOCRACIA, MORALIDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO COMPATÍVEL COM A UNIDADE CONSTITUCIONAL

Renato Rodrigues Gomes
Mestre em Direito Público – UERJ.

I. Introdução

Uma boa parcela dos cidadãos brasileiros tem vivido assustada diante da insegurança pública fora de controle estatal. Delitos de todas as espécies são cometidos, seja por ricos (corrupção, lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem tributária e financeira etc.), seja por pobres (homicídios, roubos, estupros etc.), sem que o sistema jurídico se mostre eficaz para "colocar ordem na casa". Geralmente quando o indivíduo efetivamente é preso, o foi por ser hipossuficiente e porque cometeu algum crime de bagatela. Mas quando o criminoso é de "colarinho branco" (rico e bem relacionado socialmente) ou algum político famoso e abastado, tudo leva a crer que ele será considerado "*presumidamente inocente*" por toda a sua vida. Sim, porque, segundo a doutrina e jurisprudência dominante, em só havendo culpa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF,art.5.º,LVII), as estatísticas comprovam que não há até então em nosso país nenhum culpado por crime cometido, simplesmente por ainda não ter transitado em julgado nenhuma decisão contrária a tal espécie de infrator. E, por isso, não podem ser penalizados com a restrição da liberdade.

Aponto duas causas para a sensação de insegurança e de impunidade, que prepondera sobre a tranqüilidade de vários cidadãos de bem. A primeira delas está na inadequação da interpretação dos textos normativos e, com isso, na aplicação de norma inapropriada à melhor solução do caso. Esta dificuldade em se atribuir o melhor sentido aos dispositivos que deveriam ser sistematicamente interpretados, pode ser superada. Por exemplo, reformulando-se a grade curricular do curso de Direito, para que haja aprofundamento em disciplinas como hermenêutica jurídica (interpretação e argumentação jurídicas), filosofia do direito, teoria do direito (teoria das normas, teoria das fontes, teoria dos sistemas etc.) e direito constitucional (sobretudo,

jurisdição constitucional e teoria dos direitos fundamentais).[1] Ou, ainda, criando-se exigências de aperfeiçoamento ou atualização profissional para os aplicadores do Direito.

A segunda causa decorre da "*infiltração democrática*" e aparentemente legítima, nos órgãos do Estado, de cidadãos com vida pregressa socialmente reprovável, sem idoneidade moral ou mesmo criminoso (obviamente, reconhecido por decisão condenatória *sem* trânsito em julgado), levando-os, inevitavelmente, à aquisição legítima de poder e ao subseqüente controle e aparelhamento da máquina pública. Tudo isso, porque não se pode juridicamente aceitar, em um Estado Democrático de Direito, uma eventual condenação prévia de um cidadão com lastro somente em sua vida pregressa, ou retirar do eleitor o direito de escolher quem irá representá-lo na arena pública. Será?

Assim decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal, ao resolver a seguinte questão, objeto central da ADPF 144/DF, ajuizada pela AMB: pode a *vida pregressa* do postulante a cargo político no legislativo ou executivo ser um empecilho à sua candidatura?[2]

Direitos fundamentais, democracia, moralidade, segurança pública, unidade constitucional, credibilidade do Poder Judiciário e do sistema jurídico. Em síntese, estes eram os elementos que *deveriam ter sido harmonizados* pela Suprema Corte. Disse "*deveriam ter sido harmonizados*", pois, de fato, a harmonização passou bem ao largo.

A Corte eliminou a controvérsia apoiada em três argumentos. O primeiro deles: "*o postulado consagrador da garantia de inocência irradia os seus efeitos para além dos limites dos processos penais de natureza condenatória, impedindo, desse modo, que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem, em decorrência das exigências de probidade administrativa e de moralidade referidas no §9.º do art.14 da CF, na redação dada pela ECR 4/94, a inelegibilidade dos cidadãos ou obstem candidaturas para mandatos eletivos.*"[3]

O segundo argumento endossa posição firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral (Enunciado 13), segundo a qual *a norma contida no §9.º do art.14 da CF não é auto-aplicável, e, por isso, não pode o juiz, deixando incólume "o princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador para, na ausência de lei complementar exigida por esse preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade.*"[4]

---

[1] Para uma crítica ao ensino jurídico nacional, cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.36-57.

[2] "*STF permitiu candidatura de pessoas que respondem a processos, apesar de os TREs terem tentado impedir*." O Globo. *Os fichas-sujas pedem passagem, fique atento*. 05.10.2008.p.10.

[3] Informativo n.º 514, do STF, de 01 a 08 de agosto de 2008.

[4] Idem.

E, o terceiro argumento, resumo nos seguintes termos: *impedir candidaturas dos assim nominados "fichas-sujas" significa, indiretamente, afirmar que o povo não sabe votar, o que caracteriza uma postura inerente a uma ideologia democrática elitista e discriminatória*.[5][6]

Aparentemente, por uma análise superficial, estes três argumentos, em conjunto, constituem um bom fundamento para que a capacidade eleitoral passiva de cidadãos de moral ou caráter duvidosos não seja restringida *in concreto*. Afinal, não obstante a *probidade pessoal* e a *moralidade* representarem "*valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública*" e traduzirem-se em "*pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado*", mostra-se inaceitável admitirmos qualquer possibilidade de ocorrer eventualmente uma injustiça concreta. Seria a hipótese, *v.g.*, de um cidadão que tenha sido impedido de concorrer ao mandato político em virtude de condenação por crime em instâncias inferiores do Poder Judiciário, mas que, posteriormente, tenha sido absolvido em última instância.

Sob esta ótica estrita, a chamada garantia fundamental da *presunção de inocência* (CF,art.5.º,LVII) mostra-se jurídica e absolutamente preponderante, além de moralmente insuperável. *Juridicamente preponderante*, porque tal garantia se constitui em critério objetivo (exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória) capaz de evitar, *sempre*, decisões concretamente injustas ao propenso candidato; *absolutamente preponderante*, porquanto, ao desconsiderar outras razões fundamentais, oportunas e teoricamente conflitantes, também presentes na controvérsia e igualmente dignas de ponderação, o julgador fica juridicamente impossibilitado de decidir legitimamente o caso concreto, relativizando tal garantia; e *moralmente insuperável*, pois ninguém, em sã consciência, tende a fazer a outrem o que não gostaria que lhe fizessem (regra de ouro). Ou seja, voltado apenas ao objetivo exclusivo de evitar a mencionada injustiça concreta, em tese, nenhum juiz elidiria a presunção de inocência, acaso imaginasse que igual injustiça poderia ser-lhe dispensada.[7]

---

[5] *"Somente os eleitores dispõe sobre o poder soberano de rejeitar candidatos desonestos (...)*". Min. Celso de Mello.< http://www.conjur.com.br/static/text/68756,1> .

[6] Sobre a democracia elitista, cf. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa.* 1.ªed. Barcelona: Gedisa editorial, 1997.p.116-119; e NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.70-95.

[7] Arthur Kaufmann considera a regra de ouro um princípio geral de direito, capaz de ser utilizado como tópico argumentativo. Em suas palavras: "*Não se pode 'aplicar' princípios gerais de direito como se de uma receita culinária se tratasse; e não se pode neles 'subsumir' como se faz sob o tipo de furto. Eles são demasiado gerais e demasiado normativos para que tal seja possível. Mas tais princípios são importantes tópicos de argumentação e assumem um especial relevo, sobretudo, quando está em causa a tutela das minorias e dos mais fracos. Está claro que tais princípios são tanto mais contingentes quanto mais concretamente os concebermos e raramente se poderá fundamentar uma decisão apenas com base em* um *desses princípios.*" KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortés. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.272-274. Sobre a *regra de ouro*, cf. também KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.

Mas a questão resolvida pelo STF não era tão simples ou limitada quanto foi considerada. Muitas antinomias foram ignoradas (propositalmente?) e, como isso, o postulado da unidade constitucional perdeu (pelo menos neste caso) a sua eficácia. Por conseqüência, *reforçou-se* a notória *impunidade* fática *in terra brasilis* e, por óbvio, *enfraqueceu-se* ainda mais a *credibilidade* da população *no sistema jurídico*.

O foco principal deste trabalho é mostrar que a referida questão, solucionada pelo STF no julgamento da ADPF 144/DF, poderia (ou deveria) ter recebido uma outra resposta, não apenas para preservar a *coerência* com a própria jurisprudência da Corte, mas, principalmente, para que fosse observado o postulado da *unidade constitucional*.

Para tanto, indicarei i) as incoerências na fundamentação empregada, ii) as antinomias que foram omitidas e iii) a razão que contribuiu para elas (e que poderá contribuir para tantas outras incoerências na resolução de questões polêmicas e difíceis), fazendo os comentários necessários ao convencimento do leitor. Dentro das limitações de tempo e espaço, apresentarei também uma proposta interpretativa para o enunciado do inciso VII, do art.5.º da CF (do qual se extrai a garantia fundamental da presunção de inocência), que, simultaneamente, respeite a unidade constitucional e seja passível de ponderação, em igualdade de condições, com outros elementos (direitos, garantias, princípios etc.)[8] de mesma fundamentalidade material. Ou seja, uma interpretação que viabilize, constitucionalmente, a preponderância de outro elemento sobre essa tão festejada garantia (inquestionavelmente importante, mas mal interpretada), com base em *critérios empíricos objetivos*.

Inicio com a análise da fundamentação utilizada pelo STF.

II. Análise da fundamentação do STF na ADPF 144/DF

Para efeito de análise, considerarei apenas os três argumentos mencionados acima, assim resumidos: i) enquanto não houver condenação penal transitada em julgado, prevalece a presunção de inocência; ii) o julgador está proibido de estabelecer critérios objetivos para avaliar a vida pregressa do candidato a mandato eletivo (haurida à condição de elegibilidade pela CF,art.14,§9.º), sob pena de violar o princípio da separação dos poderes; iii) cabe ao povo escolher o seu melhor representante, não competindo ao judiciário restringir as suas opções.

18; e CALLIGARIS, Rodolfo. *O Sermão da Montanha*. 15.ed. Rio de Janeiro: FEB, 2004. p. 189-192.

[8] Utilizo a palavra "elemento" no sentido genericamente empregado por Humberto Ávila, podendo significar tudo o que for juridicamente passível de ponderação, tais como *direitos*, *princípios*, *interesses*, *bens*, *valores* etc. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p.143-145.
. p.

§1. Argumento da "presunção de inocência" (CF,art.5.º,LVII)
1. Análise semântica do dispositivo

O art.5.º,LVII, da CF traz o seguinte enunciado: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"*.

Analisar semanticamente uma oração significa atribuir-lhe um sentido que leve em conta apenas o significado das palavras que a compõem, sendo indiferente o contexto de aplicação.[9]Pouco importa o resultado prático ou a função da linguagem empregada; interessa é que o significado atribuído à expressão a traduza com exatidão.

Assim, *verbi gratia*, é indiferente se um soldado fala para outro soldado "*a sua bota está desamarrada*" ou se um capitão fala para o soldado a mesma coisa. Pelo aspecto semântico, a proposição tem natureza meramente descritiva (informativa).[10]

Pelo enfoque semântico, não se mostra aceitável a interpretação deste dispositivo, no sentido de que, *enquanto inexistir condenação penal por decisão definitiva, o réu deve ser tido por inocente*. Esta conclusão é samanticamente possível, mas juridicamente insustentável, pelo menos, por dois motivos. Primeiro, porque esta interpretação decorre da utilização indevida do argumento *a contrario*. Somado a isto, ela ainda menospreza o fato de existirem outros dispositivos integrantes do ordenamento, que, se numa interpretação sistemática[11] também fossem consideradas as suas respectivas valorações semânticas, impediriam a qualificação do réu como indivíduo presumidamente inocente durante toda a fase processual anterior à data do trânsito em julgado.

Isso porque não se identifica adequadamente o significado semântico da palavra, ignorando-se o conjunto dos outros termos lingüísticos que influem na sua descoberta. Luis Alberto Warat é preciso em sua explicação: "(...) se investigarmos reflexivamente o caráter da linguagem, perceberemos que ela se constitui em um sistema de múltiplos signos articulados, onde a significação depende não apenas de uma relação interna do próprio signo, mas também da relação de um signo com os outros. Pensemos, por exemplo, na palavra ´morno´ da língua portuguesa. A simples relação de seu conceito com o

---

9 GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoria y metateoría del derecho*. 1.ªed. Barcelona: Gedisa editorial, 1999. p.92-94; NINO, Carlos Santiago. *Análisis del Derecho*. 11.ªed. Barcelona: Editorial Ariel, 2003.p.245 e ss.; SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito. Primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.82-83.

10 SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito*. p.82.

11 Sobre as diversas técnicas de interpretação sistemática, cf. GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo.*p.227-233.

material fonético convencionado para a transmissão do termo, não explica a sua significação em nossa língua. É a oposição a palavras como ´frio´ ou ´quente´ que lhe precisa a significação. Da mesma forma, a significação da expressão ´emboscada´, que caracteriza o homicídio qualificado em nosso Código Penal (art.121,§2.º,IV), estabelece-se como oposição a termos como ´traição´, ´dissimulação´ etc. Portanto, *são as diferenças ou oposições em relação a outros termos que especificam a significação de um signo*."[12]

1.1.Dispositivos que obstam o argumento *a contrario*

Como óbices à presunção de inocência do réu durante toda a fase processual antecedente ao trânsito em julgado da decisão condenatória, a título exemplificativo, e me atendo aos enunciados constitucionais, destaco o art.5.º,*caput*, seus incisos X e XXXV, o art.14,§9.º e o art.93,IX.

Nestas disposições, encontramos, dentre outras, as seguintes normas, que podem ser deduzidas considerando-se apenas o aspecto semântico das palavras: i) a proibição de atentar contra a vida alheia (5.º,*caput*); ii) a proibição de ofender moralmente o próximo (5.º,X); iii) o dever de o Poder Judiciário proteger o cidadão de ameaças ou danos em sua esfera jurídica (5.º,XXXV); iv) o dever imputado ao legislador de criar, via lei complementar, hipóteses objetivas para se qualificar imparcialmente a vida pregressa do postulante a cargo eletivo, visando-se à proteção da moralidade, elevada constitucionalmente à pré-condição para exercício de funções públicas (14,§9.º); e v) o dever de todo juiz fundamentar as suas decisões, sob pena de nulidade (93,IX).

A vigência de tais normas é suficiente para inviabilizar o uso do argumento *a contrario*. Porque, estando elas em vigor, os pressupostos para o emprego correto deste argumento não serão atendidos. Vejamos.

1.2. Argumento *a contrario*: pressupostos indispensáveis[13]

Para que seja empregado o argumento *a contrario*, um de dois requisitos deve ser preenchido. O primeiro deles: *que o texto a ser interpretado em sentido contrário seja taxativo e inequívoco quanto à sua finalidade, inexistindo*

---

[12] WARAT, Luis Alberto. *O Direito e a sua Linguagem*. 2.ª versão. 2.ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 25-26; Marco Aurélio Greco, apoiado em Paul Ricouer, também alerta que "(...) *as palavras só têm sentido, numa relação comunicativa, quando reunidas. O sentido da frase não é a ´resultante de um somatório´ de sentidos individuais; ela é o próprio ponto de partida.*" (p.379). cf. GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.378-382.

[13] Sobre o argumento *a contrario*, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem. A Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos mais Difíceis.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.153-160; GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo.* p.214-216; AMADO, Juan Antonio García. *Sobre el Argumento a contrario en la Aplicación del Derecho*. Doxa 24, 2001. p.85-113.

.

razões conflitantes e obstativas à promoção desta. Isso faz com que a conclusão oposta seja um corolário lógico e juridicamente inquestionável. Por exemplo, a redação da CF,art.5.º,XXXIX, segundo a qual "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*", não deixa margem para dúvidas: tão-somente por lei ordinária estrito senso é possível a criação de tipos e sanções penais. Por conseqüência (*contrario sensu*), ninguém poderá ser considerado criminoso por praticar uma conduta não-tipificada penalmente.

Se o primeiro requisito não restar caracterizado, que se verifique o segundo: *se o texto a ser interpretado, em si mesmo, impossibilitar a descoberta induvidosa de sua* ratio juris, *que esta possa ser deduzida da interpretação sistemática dos demais dispositivos integrantes do sistema e, deste modo, possamos ter a certeza de que apenas a conduta prescrita no texto será juridicamente aceitável*.

Um exemplo facilitará a compreensão. O art.5.º,XLII, da CF, expressa literalmente: "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*". Se empregarmos o argumento *a contrario*, poderíamos chegar a algumas conclusões. Dentre elas, ressalto a seguinte: por ser imprescritível, o autor do crime de racismo estará sujeito a responder pela ofensa causada, perante a Justiça criminal, mesmo se passados vários anos da data do ocorrido, porquanto a restrição da liberdade com a reclusão é permanentemente exigível do Estado-juiz. É adequada esta dedução mediante o argumento *a contrario*? Penso que não.

Esta conclusão considera o enunciado constitucional (quase que) isoladamente. Parte da premissa (correta) de que a *imprescritibilidade* é uma *garantia fundamental* do cidadão contra ofensas de caráter racial, desferidas por alguém que se encontre, de algum modo, vinculado juridicamente à vítima e, sob certo aspecto, em situação de superioridade a ela. O argumento também se sustenta, *v.g*., visto pelo lado da democracia pluralista (CF,art.1.º,caput,V), da igualdade geral (CF,art.5.º,*caput*) e da proibição geral de discriminações em função da raça (CF,art.3.º,IV).

Porém, não se pode ignorar os demais elementos e circunstâncias presentes na situação: provável *desnecessidade* de imputação de pena restritiva de liberdade ao agente, devido à reação tardia ao ilícito, manifestada após a (mais do que) provável restauração natural da paz social. Se a *honra* (*dignidade*) da vítima foi violada e, por isso, o agressor submete-se à punição, deve-se frisar que é a *liberdade de locomoção* deste que está sob ameaça de restrição. Ou seja, apresenta-se um conflito entre direitos fundamentais (tratamento digno *versus* liberdade de ir e vir), que deve ser resolvido pela técnica da *ponderação de razões*, direcionada pelo postulado da *concordância prática*.[14]

[14] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.* p.143-145.

Considerando-se o sistema jurídico em seu conjunto, conclui-se não haver norma implícita decorrente do argumento *a contrario*, segundo a qual o autor do racismo pode ser denunciado a qualquer tempo. Pois, a depender deste "tempo", sequer haverá *justa causa* (interesse processual) para o recebimento da denúncia pelo judiciário.

Nota-se, pelos exemplos, que o argumento *a contrario* apenas opera quando não existe lacuna normativa para a solução da controvérsia. E a existência ou não da lacuna só se percebe depois de realizarmos uma interpretação sistemática do Direito.[15] Para o uso do argumento *a contrario*, deve haver a convicção de que o sistema é completo no trato da matéria enfocada, não deixando qualquer abertura a questionamentos sobre a conseqüência normativa estipulada.[16]

No primeiro exemplo, não há zona de penumbra: a única possibilidade de se criar tipos penais é por lei ordinária federal *strito sensu*. Com efeito, o argumento contrário conduz à invalidade de qualquer tipo penal veiculado por outro instrumento normativo hierarquicamente inferior. Mas, no segundo caso, inexiste uma única norma pronta, implícita e inequívoca, facilmente dedutível *contrario sensu* do enunciado que assegura a imprescritibilidade do racismo.

Deve-se perquirir: mostra-se juridicamente possível interpretarmos o enunciado da CF,art.5.º,LVII, valendo-se do argumento *a contrario*? Dito de outro modo: se o réu não tiver contra si uma decisão condenatória definitiva significa que ele ainda deve ser considerado presumidamente inocente? Creio que não, pois, como não é possível o emprego do argumento *a contrario* com base no dispositivo que prevê a imprescritibilidade do racismo, pelo mesmo motivo também não é possível aplicá-lo a tal enunciado, sob pena de ruptura irreparável da unidade constitucional. Ao menos duas causas são relevantes.

1.2.1. Primeira razão: ignora a semântica da palavra "presunção"

O que significa "*presunção*"? O dicionário[17] Michaelis apresenta as seguintes possibilidades semânticas passíveis de substituí-la: "1. Ato ou efeito de presumir. 2. Inferência ou opinião baseada na probabilidade; suposição. 3. Afetação, vaidade. 4. *Filos* Ação de admitir qualquer coisa como verdadeira, até que se prove o contrário. 5. *Filos* Exaltação do amor-próprio. 6. *Dir* Conjetura, conseqüência ou conclusão que a lei ou o juiz tira de fatos conhecidos, para afirmar a existência ou verdade do fato que se pretende provar."[18]

---

[15] AMADO, Juan Antonio García. *Sobre el Argumento a contrario en la Aplicación del Derecho*. p.96.

[16] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação* Contra Legem. p.155-156.

[17] Os sinônimos e explicações contidos em dicionários representam, no geral, o significado comum atribuído às palavras no contexto social. Neste sentido, GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo.* p. 213.

[18] http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=presunção

Notemos que a sexta opção concede à palavra o sentido com o qual é usada na linguagem do Direito.

Ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal compreende a *presunção* neste sentido, como sendo uma espécie de conclusão ou conseqüência (ir)refutável. Parte de um fato aos olhos do Tribunal indiscutível (segundo o qual só há culpa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória), para, a seguir, baseado neste fato conhecido (por meio da interpretação isolada do enunciado da CF,art.5.º,LVII), e com auxílio do argumento *a contrario*, concluir (presumir a existência de norma implícita) que o réu é "*inocente*" enquanto não houver decisão condenatória definitiva.

Marinoni, primando pela técnica, ressalta não se poder confundir as expressões "*raciocínio presuntivo*", "*presunção*" e "*juízo-resultado*". *Raciocínio presuntivo* traduz-se no modo de pensar para, partindo-se do dado conhecido, se chegar à *presunção* (conclusão). O *juízo-resultado* é típico de sentença ou decisões antecipatórias de tutela. Por exemplo, pode haver, com base em um fato objetivo, a *presunção* de que um ato ilícito seja praticado ou de que uma situação antijurídica se concretize, mas existir uma prova que evidencie a *licitude* de tal ato ou situação, fazendo com que o juízo-resultado contrarie a presunção.[19]

Em termos práticos: *presumir* que o réu seja *inocente*, após desenvolver um *raciocínio presuntivo* e orientado pelo argumento *a contrario*, com apoio no fato de o texto constitucional relacionar a existência de culpa com o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, não significa que, no curso do processo, esteja impossibilitada a apresentação de provas que demonstre justamente o contrário: que o réu, na verdade, é *culpado*, apesar de a condenação não ter sido ainda definitiva.[20]

De um fato concreto pode-se chegar a mais de uma *presunção* via *raciocínio presuntivo*, formando-se, da soma das presunções, e ao final, o *juízo-resultado*.

O leitor pode estar se perguntando qual a pertinência desta observação em relação ao raciocínio empregado pelo STF. A resposta não é tão nítida. O ponto-chave está na percepção de uma sutileza: a partir do instante no qual o Tribunal inadmite o reconhecimento da culpa do réu antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, ele *equipara implicitamente os efeitos* do termo *presunção* ao de *juízo-resultado*.

Isso porque esta interpretação do texto constitucional obsta que ocasionalmente a presunção de inocência seja elidida convincentemente (objetivamente) no curso do processo penal, transformando-se em presunção

---

19 MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento.,* 2.ªed., São Paulo: RT, 2003. p.335.

20 "*Um enunciado não será semanticamente significativo se não for empiricamente verificável*." WARAT, Luis Alberto. *O Direito e a sua Linguagem*. p.41.

de culpa. E se a presunção não pode ser dissolvida, passa então a equivaler à *certeza jurídica* durante todo o desenrolar processual. Porém, *certeza* só é passível de obtenção no *juízo-resultado* (contido na decisão final irrecorrível). Aí está o paradoxo: *presunção* com a mesma eficácia de *certeza* (juízo-resultado).

Em uma leitura mais precisa desta interpretação, percebe-se que a prova em contrário é permitida, pois, senão, seria juridicamente inviável uma declaração ou ratificação de culpa na decisão final. No entanto, a prova demonstrativa da culpa tem a sua *eficácia suspensa* até o momento do trânsito em julgado do veredicto derradeiro. Ela fica impossibilitada de produz efeitos jurídicos extraprocessuais, enquanto houver alguma possibilidade jurídica de se recorrer contra a condenação judicial.

Podemos dizer que esta interpretação adotada pelo STF e (lamentavelmente) aplaudida pela doutrina majoritária, cria, para a fase processual, uma espécie esdrúxula (paradoxal) de *presunção* de inocência *juris et de iure* sob *condição resolutiva*. Ou seja, realizando-se a condição (trânsito em julgado da decisão final condenatória), substitui-se, em uma brusca transição e como num passe de mágica, a presunção absoluta de inocência pela certeza da culpa. É digno de lembrança que não só a doutrina, mas, principalmente, o próprio STF, rechaça interpretações absurdas (ou que levem a resultados absurdos).[21]

Porque, por hipótese, mesmo sabedor de que o réu é homicida confesso, que fora reconhecido por testemunhas oculares e, ainda, que teve a prisão em flagrante decretada no local do crime, mesmo assim, o STF ainda não o qualifica como culpado. Torna-se, na verdade, juridicamente irrelevante se existe sentença condenatória de primeiro grau, se o órgão colegiado de segundo grau a ratificou, ou se o tribunal do júri já o condenou por unanimidade. Em suma, prepondera a forma (trâmite processual) sobre o conteúdo (a realidade fática materializada nos autos).

Sob o enfoque semântico dos termos lingüísticos, acredito ser a jurisprudência do STF injustificável. Pois o entendimento foi consolidado, após atribuir-se reiteradamente ao termo *presunção* o mesmo sentido (*rectius*: efeitos) da expressão *certeza* (juízo-realidade), sempre que pendente o término do processo. E se igualar *presunção* a *certeza* mostra-se semanticamente incorreto, a situação se agrava quando levamos em conta que esta igualação de termos semanticamente distintos também não se justifica por uma análise pragmática do texto. Mais adiante, volto a este ponto.

---

[21] Na doutrina, GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004. p.198 e GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto: uma heresia ou uma possibilidade?* Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da UERJ. Rio de Janeiro, 2007. p.144. No STF, *v.g.*, MS 23627. Ministro Ilmar Galvão. Voto-vista; e RE 216286, Ministro Maurício Corrêa.

1.2.2. Segunda razão: ignora outras possibilidades semânticas da palavra "*culpado*"

"*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*". Nesta oração, o que significa a expressão "culpado", semanticamente analisada? No dicionário virtual Michaelis constam as seguintes definições: "*adj* (*lat culpatu*) 1. Que praticou culpa ou crime. 2. Causador. *sm* O que tem culpa; acusado, criminoso, réu. *Antôn: inocente.*"

O termo *culpado* também poderia ser traduzido de forma técnico-jurídica, no sentido de se ter praticado, conscientemente, uma conduta reprovável, quando poderia se ter agido voluntariamente de outro modo. Equivale, neste sentido, a um predicado decorrente de um juízo depreciativo do ato exteriorizado, caracterizador da culpabilidade (reprovabilidade) como elemento do crime.[22]

Mas a Constituição o emprega sem sentido comum, conforme trazido pelo dicionário. Uma constituição democrática é elaborada pela manifestação de parlamentares representantes do povo, mediante o exercício do poder constituinte originário, delegado pelo povo, o titular deste poder. E se a Lei Maior é constituída pelo povo, para nortear a vida do Estado e do próprio povo, naturalmente estão os seus dispositivos redigidos em linguagem ordinariamente empregada na vida social, disponível à compreensão de todos.

Em síntese, segundo o senso comum manifestado nestes significados transcritos, podemos dizer que *culpado*, utilizado no dispositivo constitucional, é sinônimo de *causador* ou *responsável pela realização do crime*, sendo, o seu antônimo, o adjetivo *inocente*.

Até então, nenhum problema em se deduzir do dispositivo a presumida inocência do réu. Porquanto, se ele ainda não é culpado, *contrario sensu*, só pode ser inocente. Eis aí, novamente, o cerne do vício de interpretação: o argumento *a contrario* sendo extremamente mal-empregado! E por que mal-empregado? Simples: porque a *culpa*, tanto quanto a *presunção*, não pode ser classificada no sentido do "tudo-ou-nada", do "existe ou não existe". Ela é *graduável*.[23]

---

[22] Por todos, SANTOS, Juarez Cirino. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3.ªed. Curitiba: Editora Fórum, 2004. p.199-266.

[23] "Os conceitos são formulações abstratas da realidade; como tal, podem ter um núcleo semântico nítido aos olhos de quem se utiliza daquela linguagem, mas *a realidade não tem a natureza dos conceitos*. Nela as coisas não são 100%, nem 0%; *os objetos são formados por graus*. O postulado do terceiro excluído que vem da lógica aristotélica não condiz com a realidade do mundo; é uma abstração simples com a qual se pretende explicar uma realidade complexa. Não há apenas a conduta lícita e a ilícita; há a lícita, mas abusiva; há a abusiva que se transmuda em ilícita etc. *Tudo dependerá do grau em que se apresentem os seus ingredientes*. *A ´clareza` que*, por vezes, *acredita-se estar na norma, não resulta de sua ´essência` ou da sua ´natureza`, ou mesmo da sua linguagem, mas sim, da compreensão que o intérprete tem dela*."GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.398. Grifei.

E, em sendo graduável, não se pode deduzir que "*se não for culpado, somente poderá ser inocente*". Isso faz com que o pressuposto para o uso do argumento *a contrario* não seja preenchido, pois, o fato de não ter sido declarado culpado definitivamente, não implica, semanticamente, a inexistência de algum sentido que simbolize algum grau de culpa já induvidoso. Isso faz com que a denominada presunção de inocência esteja justamente mais próxima de uma presunção de culpa.

Ressalto que não sou eu quem assevero a graduabilidade da *culpa*; são os outros enunciados normativos abrangidos pela controvérsia (tais como o CF,art.5.º,XXXV e o CP,art.345), que, todavia, foram, por alguma razão obscura, desconsiderados como parte integrante do ordenamento, para efeito de interpretação da CF,art.5.º,LVII.

Para visualisação gráfica e melhor compreensão, imaginemos uma régua com 10 cm de comprimento, estando cada centímetro subdividido em 10 milímetros. Imaginemos também a existência de um cursor móvel, fixado à régua, e posicionado no marco zero. O desenho fica mais ou menos assim:

0↓.....10
cursor

Quando o cursor se encontra no marco zero, pode-se afirmar que há *certeza de inocência* ou da *total ausência de culpa*. Seria a hipótese de um indivíduo que realiza condutas atípicas. Inversamente, se estiver fixado no marco dez, significa que há *certeza de culpa*, em virtude do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com efeito, à medida que o cursor parte do zero em direção ao dez, pode-se entender que não há mais certeza de inocência. Passou-se à zona da presunção de inocência ou de não-culpabilidade. E esta presunção de inocência será tanto mais forte quanto mais próximo do zero estiver posicionado o cursor. Deslocando-o lentamente para a direção do dez, vai se chegar, em algum momento, ao *marco limítrofe*, quando, então, a *presunção de inocência se transformará em presunção de culpa*. E qual seria este divisor? Ele estará identificado, em geral, pela data em que for proferida a primeira decisão condenatória.

Considero esta conclusão irrefutável, se quisermos prestigiar a eficácia das decisões do Poder Judiciário; em particular, dos juízos de primeiro grau. Na verdade, esta conclusão a que chego decorre diretamente da interpretação do enunciado contido na CF,art.5.º,XXXV. Pois, "*se a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", a primeira idéia que me vem à mente é que todas as decisões judiciais de mérito possuem a força necessária para restaurar o estado de legalidade e de paz ocasionalmente abalada. Porque, semanticamente, esta frase tem o sentido de "*cabe ao Judiciário afastar qualquer ameaça ou reparar qualquer lesão a direitos*". Caso contrário, o que justificaria, *e.g.*, a proibição da autotutela (CP,art.345)? É

conclusão a qual qualquer um do povo pode chegar, independentemente de ser estudioso do Direito. Para tanto, basta saber ler o trivial!

Se i) a sentença penal reconheceu a culpa do réu; se, ii) por determinação constitucional, ela é válida e apta a produzir efeitos jurídicos; e se iii) ainda é juridicamente possível ao juízo *ad quem* reformar a declaração de culpa, então, o resultado inevitável é atribuirmos, ao substantivo *culpa*, o adjetivo *provisória*.

Desenvolvo este raciocínio para mostrar que não há nenhum absurdo jurídico em se afirmar a presunção de culpa de um acusado, quando ele vier a ser condenado por decisão judicial, pela primeira vez, no curso processual. Muito pelo contrário. É possível chegar-se a esta conclusão, apenas analisando-se semanticamente os enunciados envolvidos (CF.art.5.ºXXXV e LVII; CP.art.345), tendo em conta, sempre, a busca de *coerência* sistêmica.[24]

Em suma, para descobrirmos o significado preciso da palavra *culpado*, utilizada no dispositivo, é requisito indispensável interpretarmos a oração como um todo, e, de modo algum, a expressão isoladamente. E deve ser assim justamente porque a culpa admite qualificativos de intensidade (gravíssima, grave, média, leve), de quantidade (mais, menos), de probabilidade (certa ou definitiva, provisória ou presumida, incerta).

Diante disso, ouso afirmar, sem medo de errar, que a expressão *culpado* usada na frase quer dizer "*definitivamente culpado*". O raciocínio é simples. i) O que significa "*trânsito em julgado*"? Esta expressão traduz a impossibilidade jurídica de se questionar novamente o mérito da decisão (CF,art.5.º,XXXVI c/c CPC,art.467). ii) Para que ele serve? Para pacificar o convívio em sociedade. Aliás, se fosse juridicamente possível as lides perdurarem *ad eternum*, careceria de eficácia o princípio da *segurança jurídica*. iii) Se a culpa declarada no conteúdo da decisão tornou-se juridicamente incontestável,[25] por certo que se trata de *culpa definitiva*. Mas o inverso (se não houver certeza de culpa) não importa necessariamente em presunção de inocência, como acabei de demonstrar.

Para aqueles que ainda não se convenceram, apresentarei, em caráter não-exaustivo, dispositivos do próprio ordenamento, que, por servirem de critérios objetivos de aferição da presunção de culpa, endossam esta conclusão.

---

[24] Sobre o postulado da coerência, por todos, ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006 e *Teoria dos Princípios*. p.124-133.

[25] Salvo erro de julgamento, quando caberá revisão criminal e responsabilização civil do Estado (CF,art.5.º,LXXV c/c CPP,art.621).

A. Critérios objetivos (exemplificativos) para identificação da presunção de culpa

O primeiro critério objetivo é a *existência de flagrante delito*. O CPP,art.302 delimita as espécies de flagrante delito nos seguintes termos: "Considera-se em *flagrante delito* quem: I- *está cometendo* a infração penal; II- *acaba de cometê-la*; III- *é perseguido, logo após*, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, e*m situação que faça presumir ser autor* da infração; IV- *é encontrado, logo depois*, *com instrumentos*, armas, objetos ou papéis *que façam presumir ser ele autor* da infração."

As hipóteses I e II, a doutrina especializada classifica respectivamente com *flagrante próprio e impróprio*; as III e IV, como *flagrante presumido*.[26]No *próprio*, há *certeza* de que o autor realizou o fato típico, pois, de algum modo, foi empiricamente presenciado. Evidente que não necessariamente será declarado culpado ao final da investigação policial ou de eventual processo criminal, pois as circunstâncias fáticas poderão levar a conclusão de ter agido com base em alguma excludente (de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade). Mas, em um primeiro instante, torna-se contrário à natureza das coisas[27] e à própria inteligência do homem-médio considerá-lo presumidamente inocente.

O flagrante *impróprio* é caracterizado pela *relação de imediatidade* entre a ocorrência do fato delituoso e o ato da prisão. Ninguém viu o flagrado praticar a conduta, mas, pelo lapso temporal entre a consumação e a prisão, tudo leva a crer ter sido ele o autor do crime.

Quando o flagrante é qualificado como *presumido*, não existe a certeza da concretização do fato pelo indivíduo, pois, além de não ter sido presenciada a execução dos atos, a prisão ocorre *logo após* ou *logo depois*, em razão de sucesso na perseguição. Mas existe uma presunção inicial de culpa, formada em virtude da situação fática na qual o indivíduo foi encontrado, ou em função das características que a circundam (fuga, perseguição, instrumentos do delito etc.).

O *flagrante delito*, de tão grave, foi constitucionalmente classificado como *causa restritiva da garantia da inviolabilidade domiciliar* (CF,art.5.º,XI).

Portanto, identificada uma situação de flagrante delito, a presunção *a priori* é de culpa. O que podemos questionar agora é a *intensidade* desta presunção. Proponho três subcritérios para classificar a intensidade da presunção.

---

[26] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15.ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.668 e ss.

[27] "Esta concepción [da natureza das coisas], defendida por autores como Dietze, Maihofer y Welzel, sostiene, em general, que ciertos aspectos de la realidad poseen fuerza normativa, y constituyen uma fuente de derecho a la cual debe adecuarse el derecho positivo. Por exemplo, Hans Welzel afirma que, em realidad, existen ciertas estructuras ontológicas, que denomina ' estructuras lógica-objetivas`, las que, según el, ponen limites a la vontad de legislador." NINO, Carlos Santiago. *Análisis del Derecho*. p.29-30.

O primeiro: se o flagrante for *direto*, *mais forte* será a presunção de culpa; e se for *indireto*, *mais fraca* será ela.

O segundo: quanto *mais grave for o delito* cometido em flagrante, *mais intensa* será a presunção de culpa; e vice-versa. Por exemplo, um flagrante de homicídio ou de tortura assegura uma presunção de culpa inicialmente forte; diversamente ocorre em relação a uma agressão física (lesão corporal).

O terceiro: quanto *mais difícil a produção de provas para demonstrar a existência de alguma excludente* (de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade), *mais forte* tende a ser a *presunção de culpa*. A dificuldade pode estar relacionada tanto à *gravidade* do delito, quanto, também, à *produção de provas*.

No que tange à gravidade, em tese, é de supor ser mais difícil justificar um homicídio do que uma lesão corporal. Em relação à dificuldade na produção de provas, por exemplo, pode-se, em um primeiro momento, diante dos elementos encontrados no local do homicídio, chegar à conclusão de que a conduta foi cometida em legítima defesa, o que descaracteriza a justa causa e faz com que a presunção inicial seja de inocência. Em contrapartida, uma lesão corporal em flagrante, praticada por alguém em estado de fúria, mas consciente, leva a uma presunção *a priori* de culpa.

Um segundo critério objetivo para se identificar (ou reforçar) uma presunção de culpa é encontrado no CPP,art.386, após uma análise semântica *contrario sensu*. Este dispositivo está assim redigido: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I- estar provada a inexistência do fato; II- não haver prova da existência do fato; III- não constituir o fato infração penal; IV- não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V- existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (...); VI- não existir prova suficiente para a condenação.”

Por conseqüência, *provada*, *suficientemente*, a existência do fato criminoso, sem que tenha sido formada qualquer prova excludente favorável à caracterização de inocência do acusado, deverá o juízo condená-lo.

Como terceiro critério, aponto o enunciado do CPP,art.158: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Desta prescrição, podemos inferir o seguinte: *um exame pericial pode ter força probatória suficiente para demonstrar a culpa*, não podendo, em geral, ser suprido pela confissão do réu. E é razoável que esta seja a regra geral, pois, apesar de vivermos em um Estado democrático de direito, que se funda, *v.g.*, no respeito à dignidade da pessoa humana (CF,art.1.º,III) e na aceitação ou tolerância de diferentes ideologias (CF,art.1.º,V), a possibilidade de se extrair confissão mediante tortura ainda não foi erradicada, não obstante esta seja abominada (CF,art.4.º,II e art.5.º,III).

Como o quarto critério, menciono o texto do CPC,art.334: "Não dependem de prova os fatos: I- *notórios*; II- afirmados por uma parte e *confessados* pela parte contrária; III- admitidos, no processo, como *incontroversos*; IV- em cujo favor milita *presunção legal de existência ou de veracidade*."

Finalizo com um quinto critério, que está contido no CP,art.59: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos *antecedentes*, à *conduta social*, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I- as penas aplicáveis dentre as cominadas; II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III- O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível."

Tendo em vista a questão decidida pelo STF na ADPF 144/DF (a qual é objeto deste estudo), a relevância deste enunciado está no fato de admitir o *exame dos antecedentes e da conduta social* do réu, para efeitos de cálculo e imputação da pena de prisão. Ou seja, autoriza uma restrição maior ao direito fundamental à liberdade de locomoção, com base em *parâmetro que independe de decisão judicial transitada em julgado desfavorável à idoneidade moral ou ao caráter* de determinado cidadão.

Parâmetro este que, apesar do amparo constitucional (CF,art.14,§9.º), foi rechaçado pela Corte para que se viabilizasse ocasionalmente uma restrição ao exercício de direito fundamental teoricamente de somenos importância: o direito fundamental de participar da vida política do país, pelo exercício de mandato eletivo (CF,art.14,§3.º).[28] Mas que, estando quiçá expresso na Constituição, é aceito sem questionamentos para tolher a liberdade de ir e vir,[29] o que é paradoxal.

Não questiono a legitimidade desta previsão do CP,art.59, por estar de acordo com a regra da reserva de lei penal (CF,art.5.º,XXXIX) e constituir instrumento para a construção de uma sociedade justa e solidária (CF,art.3.º). Critico, sim, o fato de a *vida pregressa* ser capaz de influenciar negativamente na duração da restrição da liberdade, e, mesmo permitido constitucionalmente, não possuir eficácia alguma para limitar um direito de participação política.

---

[28] Sobre os direitos de participação, por todos, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.223-229.

[29] "*O envolvimento do réu em inquéritos policiais e em ações penais influem, em princípio, na avaliação dos seus antecedentes para efeito de aplicação da pena-base, desde que em decisão devidamente fundamentada.*"(HC77.081-5. Rel. Maurício Corrêa. DJU 11.12.1998.p.2); "*A condenação em 1.º grau, por crime de aborto, pode ser considerada mau antecedente, se não se demonstra que tenha sido anulada ou reformada. De resto, a sentença e o acórdão não consideraram maus antecedentes apenas a referida condenação anterior, mas, sim, também, outros deslizes ético-profissionais do réu, como médico e perito criminal, a ponto de ser demitido do cargo*. (HC75.394-9. Rel. Sydney Sanches. DJU 12.09.1997.p.43.715-6) Apud FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7.ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.1039 e 1043.

Diga-se, por oportuno, que este direito não se classifica como espécie de direito ao livre exercício de profissão (CF,art.5.º,XIII). *Profissão* exige alguma especialização e o seu exercício deve ser por tempo indeterminado, pois se vincula à necessidade imperiosa de sustento (próprio ou da família). O mandato eletivo, além de obrigatoriamente temporário (pressuposto republicano), não demanda qualquer especialização. Basta não se analfabeto (CF,art.14,§4.º). E mesmo para os que teimem em encarar a função política como espécie de profissão, lembremos que a liberdade profissional está sujeita à reserva legal, tal como ocorre com o direito a candidatar-se a cargo eletivo.

Estes dispositivos mencionados, se bem conjugados pelo aplicador do Direito, possibilitará a formação de prova consistente para justificar uma *presunção provisória de culpa*, capaz de produzir efeitos jurídicos restritivos de outros direitos fundamentais do acusado.

B. Direitos fundamentais passíveis de restrição por força da presunção provisória de culpa

A principal resistência à admissão de restrição a direito fundamental fundada em culpa provisória é a eventual possibilidade de que, ao final do processo penal, a condenação *prima facie* seja reformada e, com isso, o réu absolvido. Esta absolvição, em tese, demonstraria que a limitação anterior do exercício de direito fundamental teria sido injusta, por danosa à dignidade do acusado, agora inocentado. Mas não é bem assim. Este raciocínio está incompleto.

Primeiramente, *absolvição* não importa necessariamente em *ausência de culpa*. Enquadram-se nesta hipótese, *v.g.*, absolvições por reconhecimento de prescrições intercorrentes ou retroativas, que também são levadas em conta como critério para avaliar a vida pregressa do indivíduo e, assim, possibilitar o aumento da pena-base, nos termos do CP,art.59.[30]

Em segundo lugar, efeitos limitativos de direito decorrentes de presunção provisória de culpa apenas são a princípio inadmissíveis, caso o direito fundamental restringido seja de natureza estritamente individual, isto é, direito cujo *exercício não reflete na esfera jurídica de terceiros*, característica, esta, que (por motivo óbvio) impossibilita a formação de conflitos intersubjetivos. Exemplifico com o direito à privacidade (CF,art.5.º,X) e com o direito ao sigilo das correspondência (CF,art.5.º,XII).[31]

---

30 "*Admite-se como evidência de maus antecedentes a sentença condenatória, ainda que tenha sido declarada extinta a punibilidade por força da prescrição retroativa.*"(HC72.239-3. Rel. Francisco Resek. DJU 22.09.1995.p.30.591) *Apud* FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7.ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p.1042.

31 No caso do sigilo epistolar, o STF o flexibilizou, autorizando a interceptação e abertura de correspondências destinadas a preso, no intuito de resguardar a segurança pública, a disciplina carcerária e a preservação da ordem pública. Ou seja, a garantia do sigilo de correspondências estava sendo utilizada pelo preso para interferir na esfera jurídica alheia (da coletividade), o que justificou a sua relativização em benefício de outros elementos

Em terceiro lugar, é até compreensível a repulsa em se admitir que alguém, absolvido definitivamente, tenha sofrido restrições ao exercício de direito fundamental antes que adviesse tal declaração de inocência. Porquanto, a existência deste risco sempre foi teoricamente previsível, o que o torna passível de controle e, por isso, *evitável*.

Todavia, tal risco refere-se exclusivamente à restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção. Sim. Porque o que é abominável é o *confinamento* provisório de qualquer cidadão que nutra uma certa probabilidade de ser inocentado ao fim do processo. Um cidadão preso está fisicamente impossibilitado de exercer no âmbito social qualquer outro direito fundamental. A *ausência de reclusão*, pois, é condição *sine qua non* para o exercício de grande maioria dos direitos fundamentais. Eis aqui o obstáculo ao reconhecimento da presunção de culpa no curso processual!

Contudo, isso é apenas um óbice aparente, devido a uma confusão (mistura) feita pelo intérprete, por ocasião da identificação dos direitos fundamentais que se submetem a riscos de cerceamento injustificável, assim como das causas inerentes a tais riscos.

Devemos *distinguir o direito fundamental à liberdade de locomoção* (condicionante de vários outros direitos) *dos demais direitos fundamentais, cujo exercício estaria prejudicado pelo cerceamento do direito de ir-e-vir*, em virtude do reconhecimento judicial de culpa provisória. Além disso, não se pode ignorar que a *causa originária* do risco eventual de prisão injusta foi a *prática de uma conduta típica* pelo próprio acusado, buscando a satisfação de alguma intenção (subjetiva).

Mas, efetivamente, é o que ocorre: desprezam-se os efeitos negativos do crime consumado enquanto não haja condenação definitiva, blindando-se, dessa forma, os direitos do agente de quaisquer restrições que possam advir destes efeitos, como se ele tivesse concretizado o fato por *ignorantia legis* ou fosse absolutamente inimputável. E a regra é justamente a oposta, conforme prescrevem o CP,art.21,1.ª parte, e a LICC,art.3.º ("*O desconhecimento da lei é inescusável*" e "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*").

Especificamente no caso discutido na ADPF 144, é necessário separamos o direito à liberdade de ir e vir (condicionante do exercício de outros direitos fundamentais), do direito fundamental de concorrer a mandato eletivo, bem como verificarmos se há razão suficiente para se dificultar a restrição a este último direito, como efeito natural e decorrente de uma presunção de culpa judicialmente reconhecida.

---

fundamentais (HC 70814, Rel. Celso de Mello. DJ 24.06.94). *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.303-304.

Para eliminarmos o obstáculo à propagação dos efeitos da presunção de culpa, o primeiro ponto que deve ser lembrado é que, à instauração de processo penal, faz-se mister a prática de um fato típico pelo acusado, que, por razões jurídicas, assume os efeitos derivados de sua conduta. Como já frisado, é o que dispõem o CP,art.21 e a LICC,art.3.º A *causa originária* de toda a controvérsia, portanto, consiste na *execução potencialmente consciente de atos juridicamente reprováveis*.

O segundo aspecto - o nó górdio da má ponderação da referida garantia fundamental de "inocência" - é o fato de aparentar irrelevante ao intérprete que i) a *limitação da liberdade de locomoção* não apenas *impossibilita fisicamente o exercício de outros direitos*, como também é a *conseqüência imediatamente vinculada à consumação do delito* cometido, e que ii) a *restrição à capacidade eleitoral passiva não implica em qualquer impossibilidade física à prática de outros direitos* fundamentais, assim como configura um *efeito mediato da conduta penalmente tipificada*.

A partir desta elucidação, torna-se plenamente compreensível a *ratio juris* do disposto na CF,5.º,LVII, que visa à proteção da dignidade do réu, condicionando os *efeitos plenos* da declaração judicial de culpa ao seu trânsito em julgado.

Por outro lado, nenhum óbice existe à restrição de direitos fundamentais do acusado, cujo exercício reflita direta ou indiretamente na esfera jurídica alheia, e que não sejam condicionantes de outros direitos dele próprio (como o é a liberdade de locomoção). O reconhecimento judicial provisório da culpa acarreta, sim, certos efeitos restritivos de direitos, inexistindo no ordenamento norma que vede esta possibilidade. Até porque, se houvesse, esta regra adviria de uma ponderação específica no caso concreto, cujo resultado não valeria incondicionalmente para todos os outros casos semelhantes que viessem a surgir.[32]

O caso do direito de se candidatar a cargos públicos ou mandatos políticos, seja mediante concurso público (CF,art.37,II), seja através de processo eleitoral (CF,art.14,§3.º) é exemplo típico de direito cujo exercício reflete na esfera jurídica de terceiros.

Deve ser assim porque ninguém está obrigado a tolerar que indivíduos de idoneidade moral duvidosa lhe prestem serviços públicos ou conduzam a formação ou execução de políticas governamentais. Ainda mais sabendo que tais agentes serão remunerados com dinheiro dos contribuintes (impostos) e, alguns deles, ainda terão o poder de conduzir os gastos públicos com plena discricionariedade e sem qualquer risco de ingerência popular contrária às suas

[32] Sobre a relação de precedência condicionada, que é estabelecida após o uso da técnica da ponderação entre os elementos jurídicos conflitantes, e da qual advém regra aplicável *prima facie* para casos futuros semelhantes. cf. subitem 2.4, *infra*.

escolhas (juridicamente possíveis, apesar de moralmente discutíveis[33]) quanto à alocação de recursos![34]

Assim como uma conduta reprovável (não necessariamente criminosa) de um empregado pode constituir justa causa para o seu empregador resilir unilateralmente o contrato de trabalho (CLT,art.482), por coerência normativa, um indivíduo declarado provisoriamente culpado pelo próprio Estado-juiz, de modo devidamente fundamentado, pelo cometimento de algum fato-crime, pode (deve) ter o exercício de seu direito de acesso a cargos públicos restringido pela avaliação judicial negativa de sua vida pregressa. Esta limitação advém de dois imperativos: i) do dever do Estado em zelar pela construção de uma sociedade *solidária* (CF,art.3.º,I); e ii) do dever de zelar pela *moralidade* pública (*v.g.*,CF,art.5.º,LXXIII, art.37,*caput* e art.74,§2.º).

Suponho, por exemplo, que o manejo de verbas públicas por cidadãos de moral ou caráter reprovável segundo a opinião do próprio Estado-juiz, está longe de compatibilizar-se com o dever de respeito pela coisa pública ou de se promover uma sociedade justa.

Na verdade, a relativização (juridicamente viável, mas) incoerentemente fundamentada da exigência de idoneidade moral para os agentes políticos acarreta a desconfiança na eficácia do sistema jurídico, o que leva ao estímulo do descumprimento das regras vigentes (principalmente as tributárias),[35] destruindo-se, assim, qualquer possibilidade de se efetivar a solidariedade social.[36] Esta é uma presunção inevitável, que parte da falta de

---

[33] Cf.<http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=1272>, "*Gastos da União com publicidade superam os investimentos em saúde e educação*".

[34] Sobre o orçamento e a (im)possibilidade de controle dos gastos públicos, por todos, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. 3.ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[35] Roberto DaMatta ilustra esta tendência, constatando o que sucede durante a disputa eleitoral: "As regras da disputa são claras, mas alguns jamais as internalizaram e honraram. Atitude normal numa sociedade na qual os seguidores das leis são até hoje vistos como 'babacas` e 'otários`. Os exemplos dos poderosos são consistentes com a ultrapassagem das leis, com o rompimento da etiqueta, com o desdenhar dos prazos e horários, com a proteção dos amigo e correligionários. Com o legítimo direito de transgredir a norma que seria feita somente para o indivíduo comum, logo inferior." DaMATTA, Roberto. Igualdade eleitoral e hierarquia. *O Globo*. 22.10.2008. p.7. Neil MacCormick explica: "(...) a compreensão da existência de um sistema normativo e a compreensão do fato de que os outros vêem esse sistema normativo de modo semelhante e dão a tal sistema semelhante consideração prática contribui para, ou mesmo constitui, um certo ordenamento de conduta. *Os participantes ostentam entre si uma ordem comum ou compartilhada*. Eles fazem isso *ao demonstrar consideração por uma concepção do sistema como algo dotado de força normativa para eles*. *Isso é significativo* (mas não esgota completamente nem é um determinante absoluto) *entre razões para a ação que eles elegem, e também para os modos de agir que eles consideram como sendo razoáveis*."Grifei. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p.8.

[36] Sobre o princípio da solidariedade, por todos, cf. MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999. p.261-282.

comprometimento dos agentes públicos na construção do bem-estar social, tantas vezes noticiada pela imprensa.[37]

Creio que o teor dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto aponta neste sentido. Pois, ao limitar os efeitos integrais do reconhecimento judicial de culpa ao âmbito criminal, seguramente atentaram para a relevância da liberdade de ir-e-vir e para os riscos que uma prisão indevida poderia ocasionar ao acusado.

Mas, com inteligência, souberam precisar a essencialidade de os postulantes a cargos públicos possuírem um "mínimo ético" para representarem o povo e conduzirem o destino sócio-econômico do país. A exigência constitucional de moralidade, realmente, não contrasta com a garantia da presunção de inocência. E, por isso, não há qualquer razão para promovê-la (a moralidade) em menor grau.

Além da solidariedade e da moralidade, a inexistência de direitos absolutos também constitui argumento para justificar uma restrição ao direito fundamental de participação política. Mais adiante, retornarei a este ponto.

C. Aceitar a presunção de culpa não implica em restrição do direito fundamental de não se auto-incriminar

Para se admitir a presunção de culpa, deve-se partir de, pelo menos, duas premissas: i) *observa-se a regra do ônus da prova*, densificada no CPP,art.156 e implícita na CF,art.5.º,LVII (a parte acusadora logrou êxito em demonstrar nos autos a responsabilidade penal do réu); ii) *assegura-se a garantia fundamental do contraditório*, contida na CF,art.5.º,LV (o réu tomou ciência das provas produzidas contra ele e teve a oportunidade de exercer legitimamente o seu direito fundamental ao contraditório, mas de maneira insuficiente à desqualificação do contexto probatório que lhe era desfavorável).

---

37 "O recesso branco interrompeu as votações, deixou os plenários da Câmara e do Senado praticamente vazios e paralisou os trabalhos nas comissões das Casas, mas não impediu que parlamentares candidatos a prefeito continuassem usando a chamada verba indenizatória. Levantamento feito pelo Estado no registro dos gastos dos 34 parlamentares - 31 deputados e 3 senadores, de 14 partidos - que concorrem a prefeituras de capitais mostra que, de julho, mês em que as candidaturas foram oficializadas, até agora, eles gastaram R$ 618.757,65 da verba indenizatória. Quase a metade desse valor (46,76%) foi despesa com combustíveis e lubrificantes, locomoção, hospedagem e alimentação, em um total de R$ 289.331,26. A Câmara e o Senado não têm condições de aferir se a gasolina paga pelo Legislativo, por exemplo, foi usada para deslocamento em compromisso do mandato ou de campanha. Desde agosto, a Câmara e o Senado estabeleceram períodos de "recesso branco", sem marcar votações e sem exigir presença em Brasília, para permitir que os congressistas, incluindo os que não disputam eleição, possam se dedicar às campanhas eleitorais. R$ 15 MIL - Mesmo em período de campanha ostensiva, cada deputado e cada senador têm direito a R$ 15 mil por mês para pagar despesas relativas ao exercício da atividade parlamentar em seus estados."*O Jornal (AL).* 29/9/2008.< http://www.deunojornal.org.br/materia.asp?mat=248840>

Portanto, em nenhuma hipótese se cogita aqui de se condenar alguém sem a existência de uma mínima prova lícita, legítima e robusta (CF,art.5.º,LVI), que tenha sido produzida pelo agente acusador.

Friso novamente que, enquanto não houver um contexto probatório suficientemente forte à imputação provisória de culpa ao acusado, continuará ele sendo presumidamente inocente.

D. Preponderância da forma (presunção de inocência) sobre o conteúdo (presunção de culpa) causa antinomia insolúvel

Ressalto, por fim, que, nas hipóteses de prisão em flagrante, e em razão de *coerência com este instituto*, a presunção inicial deverá ser a de culpa, sendo tanto mais forte, quanto mais inequívoca for a espécie de flagrante (próprio, impróprio ou presumido, respectivamente). Digo *coerência*, por um motivo óbvio: *se há flagrante, prende-se*. Por quê? Pelo fato de ter (ou presumidamente ter) cometido o crime. Quem pratica crime é presumidamente inocente? Em tese, não. Caso o fosse, *para que* prender?

Poder-se-ia teoricamente alegar: prende-se para se evitar riscos à ordem pública ou econômica, transtornos à instrução criminal ou possibilitar a aplicação de norma penal, os quais são pressupostos à prisão preventiva (CPP,art.312).

Ou seja, pelo menos uma destas hipóteses deverá estar devidamente provada, para que se justifique a prisão preventiva do agente. Mas, a se configurar uma destas hipóteses, o que se evidencia *in concreto* é uma presunção de culpa, e não de inocência!

Notemos ainda que, para a prisão preventiva, sequer há a exigência de flagrante na prescrição do enunciado! Basta o *indício suficiente* da autoria. Ora, se o indivíduo flagrado ainda é tido por presumidamente inocente, pelo argumento *a fortiori*,[38] o preso preventivamente sem o flagrante contra si também o é.

Na realidade, primando pela unidade do sistema jurídico, não vislumbro qualquer possibilidade de se justificar a *prisão em flagrante ou preventiva* de um indivíduo qualificado como *presumidamente inocente*. Se a presunção é de inocência, em uma ponderação de direitos conflitantes, o direito fundamental à liberdade de locomoção terá um maior peso do que qualquer outro que lhe contraponha na hipótese. A própria Constituição, em seu art.5.º, assegura o relaxamento de prisões ilegais (LXV) e o direito à indenização por prisões discriminatórias ou por erro judiciário *lato sensu* (XLI e LXXV).

[38] Se o agente flagrado é presumidamente inocente, quanto mais o que não for flagrado! Sobre o argumento *a fortiori*, cf. GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. p.222-223; e SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de Teoría del Derecho*.2.ª.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.268.

A causa deste paradoxo está em se dizer *inocência* (forma), em vez de *culpa* (conteúdo). A expressão *presunção de inocência* tem um apelo retórico de exaltação às garantias e aos direitos fundamentais, e de respeito ao regime democrático. Como se a terminologia *presunção de culpa* fosse significar uma violação às regras do jogo constitucional! De modo algum, como venho tentando desmistificar. Mas, por debaixo deste invólucro, procura-se distorcer os dados concretos.

Pertinentes são as palavras de Perelman:"(...) a retórica procura fazer prevalecer certas opiniões sobre outras concorrentes (...). Uma retórica que, negligenciando a verdade, se contenta com a adesão do auditório – mantendo-a graças ao efeito da linguagem, sob o encanto da palavra (...) - é uma técnica de aparência.(...) A retórica, procurando agradar e não se preocupando senão com as aparências, maquilhando a realidade com 'cores', é a técnica demagógica por excelência que todos aqueles que se preocupam com o triunfo da verdade devem combater."[39]

Não bastasse isso, a expressão *presunção de inocência* ainda configura espécie de *esteriótipo.* Segundo Luis Alberto Warat, esteriótipos são espécies de palavras que portam uma *carga emotiva* e *persuasiva*. São expressões que trazem em si uma "*anemia significativa*", porquanto, os seus sentidos designativos sempre são construídos contextualmente. Além disso, dependem de conteúdos axiológicos ou ideológicos fungíveis. Uma das finalidades das palavras esteriotipadas é atribuir *eficácia persuasiva* às definições que as empregam.

Expressões como *abuso de direito* e *legítima defesa* não apresentam uma denotação clara; a delimitação de ambos os significados é feita pelo intérprete, levando-se em conta o contexto real ao qual se referem.[40]Mas, a princípio, falar em *abuso de direito* irradia uma *emoção negativa*; diferentemente da alegação de *legítima defesa*, que tende a passar inicialmente a impressão de que a conduta praticada foi louvável.

Warat destaca dois tipos de esteriótipos. O primeiro deles é constituído por "(...) signos que clausuram, no ato de sua utilização, a instância conceitual, para persuadir através de uma forte carga ideológica e valorativa inserida em seu significante." Como exemplo, menciona o termo *democracia*. A segunda espécie é formada por "(...) signos mediante os quais são transmitidos os *standards* valorativos da sociedade. Neste caso, o esteriótipo provoca a ficção de uma realidade congelada, de uma ordem perfeita. O congelamento de sentido deve ser visto como uma forma de esvaziamento de sua significação de base. As *excludentes de antijuridicidade* podem ser vistas como exemplos deste caso."[41]

---

39 PERELMAN, Chaïm. *O Império Retórico: Retórica e Argumentação*. Porto: Edições ASA, 1993. p. 165-166.

40 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. p.70-71.

41 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. p.73.

Um esteriótipo é elaborado pela produção de definições persuasivas. Nesta etapa, são selecionadas algumas "*notas conotativas substancializadas*" como *características definitórias*. Tais propriedades conotativas são aparentemente constatadas em relação a alguns componentes de classe, logo se estendendo retoricamente a todos. Por exemplo, "pretende-se comprovar a *indolência* em alguns '*homens de cor*', para logo defini-los como *seres essencialmente indolentes*. Quando a definição persuasiva torna-se esteriotipada, apenas a menção do termo '*homens de cor*' provoca reações negativas e prejudiciais. As funções ideológicas cumpridas pelos esteriótipos devem-se, principalmente, ao fato de que, por seu intermédio, são vinculadas certas afirmações ao sistema de crença dominante."[42]

Constata Warat que a nossa experiência cotidiana se apóia em um conjunto de generalizações não-rigorosas, que podemos chamar de *opiniões generalizadas*. Estas, por serem *crenças culturalmente institucionalizadas*, comandam as ações e reações humanas. Segundo Warat, "*o mecanismo lingüístico mais apto para se obter esta institucionalização são os esteriótipos, que, na maioria dos casos, forçam os receptores das mensagens a evocarem e aceitarem opiniões generalizadas*."[43]Traz como exemplo de opiniões jurídicas generalizadas, provocadas por esteriótipos jurídicos, dentre outras, "*a idéia de que a ordem jurídica nos fornece segurança*" e "*a noção de que o sistema do direito positivo é a garantia da paz social*".[44]

Não é difícil deduzirmos que a *idéia absolutizada* de que "*ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo*" é uma espécie de opinião jurídica generalizada, que foi *institucionalizada*[45] pelo uso reiterado do esteriótipo *presunção de inocência*. Tudo por causa de um passado recente de regime autoritário, no qual os direitos fundamentais eram freqüentemente desrespeitados. O fato, *e.g.*, de muitos defenderem *a priori* a inconstitucionalidade da exigência legal do teste do "bafômetro" para motoristas flagrados dirigindo alcoolizados, sem, ao menos, se ater ao exame de todas as razões justificantes para a criação deste dever legal, é uma das conseqüências inevitáveis desta institucionalização.

Em suma, se a invocação da expressão *presunção de inocência* não é capaz de traduzir o padrão (*standard*) valorativo socialmente dominante (bastando verificar a comoção social pela punição exemplar de criminosos, quando noticiados crimes bárbaros), seguramente esta expressão traz consigo a ideologia de quem a utiliza, ideologia esta tendente a valorizar (excessivamente) os direitos dos criminosos, e a persuadir a comunidade sobre a correção da valoração realizada. E isso acontece, na medida que o significado da presunção de inocência é construído por institucionalização de opiniões generalizadas, mediante processo de esteriotipação.

---

42 Idem. p.73.
43 Idem. p.73.
44 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. p.70-71.
45 "'Institucionalizar' é atribuir o registro de relevância de uma ocorrência fática para o direito."SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito*. p.68.

Efetivamente, e neste caso específico debatido na ADPF 144, o uso de um termo lingüístico (inocência) não pode se sobrepor à realidade (prova irrefutável e concreta da culpa provisória), se quisermos preservar a coerência do sistema e, em particular, a constitucionalidade das normas permissivas de prisão sem que haja trânsito em julgado de decisão penal condenatória.[46]

Voltemos, neste momento, para o enfoque pragmático da CF,art.5.º,LVII.

2. Análise pragmática do dispositivo

Analisar pragmaticamente um enunciado é tentar identificar a razão para a positivação do texto e, a partir daí, interpretá-lo, extraindo-se uma norma que seja compatível com esta finalidade (*ratio*) que lhe é subjacente. A interpretação deve necessariamente ser contextual, ter como parâmetro a realidade atual, na qual se insere a situação fática abstratamente descrita no dispositivo. Deve, pois, respeitar a função lingüística, a qual se apreende do modo como a expressão é usada na sociedade, em determinada época, região ou ocasião.[47]

Na ilustração que mencionei linhas atrás, deixa de ser irrelevante o fato de o capitão falar para o soldado "*a sua bota está desamarrada*". Porquanto, se esta frase, vinda de outro soldado, tem o caráter meramente informativo (entre soldados não há hierarquia ou dever de obediência recíproco), dita por uma capitão tem o sentido imperativo de uma ordem, devido à relação hierárquica entre ambos. Seria o mesmo que dizer "*amarre a bota*".[48]

Poderíamos, em tese, imaginar: se o que interessa numa análise pragmática é a obtenção de norma cuja aplicação seja capaz de promover o fim desejado (*ratio juris*), talvez se igualássemos *presunção* à *certeza*, apesar de semanticamente equivocado, resultasse a efetividade esperada. Engano. Porque os efeitos jurídicos que adviriam de uma presunção gerariam uma *força normativa menos intensa*, exatamente por não haver a pretendida certeza.

Com base nesta suposição errônea, tento justificar a interpretação do STF, e convencer-me de que ela é a melhor dentre as possíveis. Utilizo o seguinte raciocínio: a finalidade subjacente à garantia fundamental contida na CF,art.5.º,LVII é a proteção da liberdade de locomoção. Como, em tese, vislumbra-se o risco de haver condenação indevida face a erro de julgamento, nada mais essencial à concretização da justiça (CF,art.3.º,I) do que condicionar a eficácia da sentença condenatória ao esgotamento de qualquer oportunidade recursal ao Juízo da instância superior. Assim, a liberdade estará efetivamente assegurada contra eventuais restrições infundadas, seja em que contexto for.

---

46 Sobre a importância do emprego adequado dos termos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. .

47 SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito.* p.82.

48 Idem.

Em resumo, prisão sem fundamento materializa uma situação de extrema injustiça em qualquer Estado Democrático de Direito. Por isso, se não há certeza de a condenação provisória ter sido juridicamente adequada, esta decisão não deve produzir nenhuma espécie de efeitos restritivos a direitos fundamentais do acusado. Dentre eles, inclui-se naturalmente o direito de concorrer a mandato eletivo.

Apesar do esforço empreendido, não consegui mudar de opinião. Pois esta justificativa seria convincente tão-somente se, diante do caso concreto, não houvesse conflito desta garantia protetiva da liberdade com outros direitos ou princípios fundamentais de igual relevância constitucional, e cujas razões de sustentação postulam resultados práticos diversos e incompatíveis com tal interpretação.

Indico algumas conseqüências práticas inconstitucionais, oriundas do endeusamento da presunção de inocência durante o curso do processo criminal cognitivo:
i) ignora a falibilidade humana, fazendo com que seja infringido (involuntariamente?) o dever de fundamentação (CF,art.93,IX) e, com isso, o de imparcialidade da decisão (corolário da igualdade de tratamento, CF,art.5.º,*caput*);
ii) suspende o valor das provas contidas nos autos, modulando-se a data a partir da qual a valoração produzirá efeitos jurídicos (data do trânsito em julgado da decisão final condenatória);
iii) suprime a eficácia das decisões condenatórias das instâncias inferiores do Poder Judiciário;
iv) cria uma precedência absoluta, abstrata e *a priori* da garantia da presunção de "inocência" diante de qualquer outro direito ou princípio fundamental de igual hierarquia e relevância normativa;
v) *fragiliza a credibilidade* dos jurisdicionados *na eficácia do sistema jurídico*, servindo de incentivo ao descumprimento das normas.

Tais efeitos (juridicamente ilegítimos e socialmente nocivos) merecem alguns comentários.

2.1. Desconsideração da falibilidade humana: descumprimento dos deveres de fundamentação (CF,art.93,IX) e de imparcialidade (CF,art.5.º,*caput*)

A única hipótese que idealizo para se aceitar a igualação (implícita) dos efeitos de uma *presunção relativa* aos de uma *certeza* seria a possibilidade de prognosticar, sem margens de erro, os acontecimentos futuros. E prognosticar apenas as hipóteses de *absolvição final* (se fossem previsíveis quais seriam as hipóteses de condenação final, haveria a certeza de inocência *ab initio* e, obviamente, o debate em torno do emprego da garantia da presunção de inocência perderia a relevância). Vejamos.

O raciocínio empregado pelo Supremo Tribunal Federal é este: se não houve trânsito em julgado, não há culpa confirmada; em não havendo, o que há é a presunção de inocência. Mas como existe juridicamente eventual possibilidade de a decisão final declarar a inocência do réu, logo, para se evitar qualquer injustiça concreta com o acusado, fica vedada a possibilidade de se restringir qualquer direito seu enquanto pendente o processo penal. Pois, se teoricamente é possível a sua absolvição, significa que eventual prova constante nos autos poderá ter sido mal-valorada ou inadvertidamente desconsiderada pelas instâncias inferiores, por ocasião do julgamento. Vale o ditado: é preferível deixar um criminoso impune do que condenar um inocente. Caso contrário, além de se agredir a liberdade e a dignidade, o Estado ainda será obrigado a indenizar o injustiçado com dinheiro público (CF,art.5.ºLXXV).

Agora, imaginemos um Tribunal Constitucional composto por juízes Hércules,[49] perfeitos e, ainda, com poderes para prever o futuro. O raciocínio de Hércules poderia ser assim: como não há decisão condenatória definitiva, o réu é presumidamente inocente. Mas sei que, ao fim do processo, ele será absolvido, apesar de já ter havido condenação em primeira instância. Então, como não tenho poder de avocação e tenho que esperar a provocação desta Corte, concedo liminar (crio súmula vinculante etc.) para impedir que a situação do réu provisoriamente condenado possa lhe acarretar efeitos restritivos ao exercício de algum direito fundamental. Ao final do processo, quando eu o absolver definitivamente, o povo e a opinião pública vão se convencer da correção de minha decisão de ter outorgado à presunção de inocência (*rectius*: de culpa) os efeitos da certeza de inocência.

Despertemos do sonho e voltemos para a nossa realidade jurídica, que é a seguinte: se a inocência é presumida no curso do processo, ela só pode ser *relativa*, o que a torna elidível por prova "boa". Porquanto, se fosse *absoluta*, não haveria mais justa causa para se prosseguir com o feito; haveria constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, passível de correção pela impetração de *habeas corpus*. Se a prova é "boa", nada justifica que os efeitos oriundos dela fiquem suspensos até que a decisão final transite em julgado. Se a prova é "boa", a presunção é de culpa, e não de inocência. E, tanto é de culpa, que a condenação do réu veio sendo ratificada pelos sucessivos órgãos julgadores; inclusive, pelo último, que a chancelou.

O fato é que o ser humano é falível; incluem-se, aí, os juízes e Ministros. E eles não têm dúvidas a esse respeito, por serem, no todo, homens inteligentes e qualificados. O problema é que esta interpretação que rotineiramente vem sendo atribuída ao texto da CF,art.5.º,LVII não convence. Não convence a população, carente de segurança pública e da sensação de justiça;[50] não convence a opinião pública e a imprensa, provavelmente,

---

[49] Sobre o juiz hércules, DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo; Martins Fontes, 1999. p. 271-331.

[50] "*Algumas decisões do STF são realmente espetaculares, mas causam transtorno e total descrença em relação à Justiça. Uma permite apenas a videoconferência, no depoimento de presos de alta periculosidade, quando esta for de interesse do próprio preso! Como isso nunca ocorre, o Estado tem de mobilizar enorme e dispendioso aparato para deslocar esses*

cansados de comentar e publicar notícias sociais trágicas;[51] e não convence aqueles que apreciam e estudam o Direito, e que não se conformam quando se defrontam com fundamentos incoerentes e contrários ao postulado da unidade constitucional.[52]

Eis aqui a ferida insanável: tendo sido esta fundamentação não-convincente lavrada pelo Tribunal guardião da Constituição, e sendo definitiva, a frustração de todos torna-se desoladora. A idéia de uma sociedade aberta de intérpretes,[53] inerente a um regime democrático consolidado, é substituída pela noção de uma sociedade governada por onze Ministros (juízes) Hércules, *teoricamente infalíveis* e intelectualmente estanques aos anseios, opiniões e críticas populares.[54] O descrédito na eficácia do Poder Judiciário e a conseqüente sensação de impunidade são corolários naturais disso.

Duas são as causas da aparência de infalibilidade do Supremo Tribunal Federal. A primeira decorre do entendimento por ele acolhido, segundo o qual, para uma boa fundamentação, é *desnecessária a refutação de todas as razões opostas apresentadas*.[55] A segunda causa decorre da malsinada *teoria da causa de pedir aberta*, que se constitui em postulado orientador das decisões proferidas em controle de constitucionalidade concentrado e em abstrato, causando prejuízos irreparáveis ao cumprimento do dever de fundamentação constitucionalmente positivado.

Estas duas causas conjugadas representam a impossibilidade jurídica de cumprimento do dever de fundamentação. E esta, destarte, conduz ao vício de imparcialidade no trato das partes processuais.

---

presos. Outra permite que candidatos fichas-sujas disputem eleições, e assim vamos aturar legisladores milicianos, traficantes, corruptos e assassinos. Há candidatos presos coordenando suas campannhas políticas! Isso ocorre neste Brasil, onde um assassino confesso como o jornalista Pimenta Neves, condenado a 16 anos de prisão, continua livre." BRAVO, Celso P. O Globo. *Carta dos Leitores*. 22.09.2008. p.6.

[51] Por todos, LEITÃO, Miriam. *Decisões da dúvida*. O Globo. 24.08.2008. p.36.

[52] Dentre os que se opuseram à decisão na ADPF 144, destaco os Ministros do STF, Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto, ambos votos-vencidos. Para uma síntese da decisão, cf. <**http://www.conjur.com.br/static/text/68756,1**> .

[53] Sobre a possibilidade de todos serem capazes de interpretar a Constituição, cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

[54] TORON, Alberto Zacharias. *Voz do Povo. Judiciário não pode ser emparedado por contrariar clamor*. <http://www.conjur.com.br/static/text/68066,1>. Defendendo a necessidade de se escutar o povo, cf. HERKENHOFF, João Baptista. A justiça que o povo quer. *Revista Jus Vigilantibus*. 15.06.2008. <http://jusvi.com/artigos/34056>.

[55] MS26163/DF, rel. Ministra Cármen Lúcia *apud* Informativo do STF n.º 465, de 30.04 a 04.05.2007.

2.1.1. Descumprimento do dever de fundamentação
A. Ausência de refutação de razões contrárias

Por que o julgador deve refutar as razões contrárias apresentadas pelas partes interessadas no desfecho da controvérsia? Vários são os motivos.

O primeiro deles está ligado ao fato de ser o Poder Judiciário um dos responsáveis pela ordem (pacificação) social, mediante a composição justa dos conflitos (CF,art.3.º,I e art.5.º,XXXV). Ocorre que, para a efetivação da paz social via aplicação judicial do Direito, não basta que a decisão de mérito transite em julgado. O que *ipso facto* importa é que o conteúdo da decisão *seja capaz de persuadir e convencer* tanto as partes envolvidas (vencedoras e vencidas) quanto a sociedade como um todo sobre a correção da solução fixada.

O mínimo exigível para que o convencimento seja factível é a *apreciação de todos os argumentos prós e contra*, aduzidos pelos litigantes em prol de suas respectivas pretensões. Ao analisar e explicitar o porquê de se rejeitar este ou aquele argumento, estará o julgador colocando-se em situação de igualdade (ser humano falível) em relação às partes, e *tratando-as com igual respeito e consideração*.[56]

Ademais, estará, sobretudo, *evitando* que o teor de sua decisão *infrinja os postulados da coerência e unidade constitucional*. Porque, diante das infinitas possibilidades interpretativas que podemos extrair do texto constitucional considerado na íntegra, quanto mais razões opostas forem avaliadas para se tomar a decisão, menor o risco de se endossar incoerências ou de permanecerem antinomias sem resposta.

Uma objeção à alteração desta jurisprudência costuma ser a alegação do volume de trabalho que assola o STF. Mas este argumento é falho. Pelo menos quatro são as razões: três jurídicas; uma moral. A primeira delas: *este não é um argumento de natureza jurídica ou institucional*. Estes argumentos, segundo Humberto Ávila, "*(...) não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. As conseqüências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui. (...) Aliás, justamente pela falta de referências a pontos de vista objetivos e objetiváveis, os argumentos não-institucionais nunca serão conclusivos, porque manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses em jogo.*"[57]

---

[56] Diferentemente de Hércules, que é acusado de fazer o jogo político, e é tachado de impositor e arrogante. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. p.309-317.

[57] ÁVILA, Humberto. A Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Temas de Interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.132-133.

Ao admitirmos tal argumento para se relativizar o dever constitucional de fundamentação, estará o Supremo Tribunal Federal *inviabilizando* por completo o efetivo *controle externo* de suas decisões, a cargo da sociedade e das demais instituições públicas, que procura legitimá-las democraticamente.

Afinal, como ensina Dieter Grimm, "(...) *não há nenhuma norma jurídica, cuja aplicação não suscite, algum dia, dúvidas que precisem ser esclarecidas pelo juiz por intermédio de concretização e interpretação. Para tanto, são inevitáveis influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes.*"[58]

Daí, portanto, ser obrigatória a abrangência na fundamentação de todos os argumentos formulados pelos juridicamente interessados, seja acolhendo-os, seja refutando-os, a fim de que sejam reduzidas as margens para decisões influenciadas por preferências políticas ou ideológicas dos juízes ou Ministros.

Conseqüência da manutenção desta jurisprudência: descrença no sistema e óbice à formação de um verdadeiro *sentimento constitucional,* diretamente relacionado à confiança depositada na Constituição pelo povo.59O risco de violação ao *princípio democrático* continua latente a cada decisão mal-fundamentada.

O segundo argumento surgiu com a positivação do instituto da *repercussão geral das questões constitucionais* (CF,art.102,§3.º), que, atualmente, constitui requisito de admissibilidade de recurso extraordinário. Se o argumento do excesso de trabalho já se apresentava insuficiente para flexibilizar o dever de fundamentação, agora, então, perdeu todo o respaldo empírico que o embasava![60]

O terceiro argumento constitui-se por *imposição* implícita do princípio democrático. Como os juízes não são eleitos pelo povo e, por isso, carecem de legitimidade democrática,61 eles têm, por dever, de possibilitar a este povo o acesso ao conteúdo de suas decisões (CF,art.37,*caput* e art.93,IX) e, além disso, demonstrar-lhe (tentar convencê-lo) da correção da solução criada. E como seria esta "demonstração"?

---

58 GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.p. 15.

59 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. p. 200-205.

60 "*Um estudo do Supremo Tribunal Federal identificou os primeiros impactos do "critério de repercussão geral", adotado em maio, indicando que o país caminha para ter uma verdadeira corte constitucional, nos moldes da Suprema Corte americana.*" Novo critério reduz recursos ao Supremo. *Valor Econômico*. 28.12.2007.< http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=38433> Cf. também Notícias do STF: *Repercussão geral e súmulas vinculantes diminuem o número de processos no STF*. 04.10.2008. Disponível em http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97176&tip=UN; *Instituto da Repercussão Geral reduz em quase 41% volume de processos no STF*. 13.10.08. Disponível em http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97627.

61 Sobre a discussão em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, por todos, cf. MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

O potencial convencimento adviria da *publicação de uma fundamentação completa*, que abarcasse não só as razões justificantes da decisão final, mas, mormente, *os argumentos justificantes da recusa das razões opostas*. E, tudo isso, apresentado de modo coerente e em consonância com a unidade constitucional.

Lapidar a constatação de Ovídio Baptista[62]: "*Sabendo (..) que a norma comporta duas ou mais compreensões; sabendo igualmente que o sentido originário do texto – se é que, em algum momento, ele existiu – pode transformar-se com o tempo, (...) quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido da sentença. Escolhendo "livremente" o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicitar os fundamentos da decisão. (...) Admitindo que a norma pode oferecer – e normalmente oferece – mais de um sentido, caberia indagar qual o sentido a que ele dera preferência; e por quê. Por que rejeitara as demais interpretações igualmente legítimas? Mesmo que o juiz estenda-se em argumentos legais, apoiando-se em outros julgados e pontos de vista doutrinários, o julgamento ainda seria carente de fundamentos válidos, dado que o exame das "circunstâncias" que o julgador é obrigado a fazer, para cumprir o art. 131 do Código de Processo Civil, não seria atendido. (...) A exigência de que a motivação seja "completa", abrangendo tanto a versão aceita pelo julgador, quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta, é fundamental para que o convencimento judicial alcance o nível de racionalidade exigido pela lei. (...)Das sentenças insuficientemente motivadas, poderia o sucumbente dizer: 'fui vencido, mas não convencido', que é o sentimento hoje comum em nossa experiência judiciária.*"[63]

O dever de fundamentação torna-se ainda mais indispensável se considerarmos que, atualmente, há uma grande tendência em se julgar com base em princípios, desprezando-se as regras, regras que, mesmo sendo aplicáveis à situação (pela inexistência de inconstitucionalidade em concreto flagrante), passam a ser ignoradas, pelo fato de o julgador "achar" que esta não seria a melhor solução concretizadora do princípio subjacente que lhe dá suporte.64É a primazia do uso da técnica da ponderação sobre a da subsunção. Não significa que a ponderação seja um mal em si; ao contrário, ela, para a solução de muitas controvérsias, faz-se imprescindível.

Mas – como bem ressaltou Humberto Ávila - o juiz precisa justificar, dentre outras coisas: "(i) a razão de utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a

---

62 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. In Direito, Estado e Democracia: entre a (In)efetividade e o Imaginário Social.* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n.º 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 334-342.

63 No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 88 e 296-297.

64 Para uma crítica certeira a este modo de decidir, cf. ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.187-202.

prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados."[65]

Efetivamente, a realidade jurídica brasileira passa bem longe disso. A ponderação, como ferramente disponível aos aplicadores do Direito, transforma-se em uma técnica não-jurídica, capaz de explicar tudo, mas incapaz de orientar a construção de qualquer decisão fundamentada e apta a convencer. Como precisamente afirmou Ávila, ela representa "uma 'caixa preta', legitimadora de um 'decisionismo' e formalizadora de um 'intuicionismo moral'".[66]

Por fim, uma razão de ordem moral: se o povo (CF,art.1.º,parágrafo único) atribuiu ao Tribunal o poder para, em caráter terminativo, fixar o sentido das disposições constitucionais (CF,art.102,*caput*), o mínimo que este povo espera em troca é saber as razões que levam a Corte a aderir a determinados argumentos e a rejeitar os demais argüidos.[67] O simples fato de nossos onze Ministros estarem conscientes de não serem Hércules deveria levá-los a modificar tal posicionamento a respeito do dever de fundamentar e, destarte, a sepultar definitivamente esta espécie de postura positivista ideológica,[68] constitucionalmente abominável. A virtude da *humildade* agradeceria.[69]

---

65 ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência".p.196.

66 Idem.p.196.

67 "A argumentação jurídica é, pois, *discurso responsável* que avalia e avaliza *responsabilidades* tanto *pessoais* como *sociais*. Isto é: o fato de o enunciante [o STF] poder, apesar da distribuição dos papéis a partir da observação do contraditório, fazer escolhas não o exime da responsabilidade como *participante responsável* do ritual que busca promover a justiça."VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica. Teoria. Técnicas. Estratégias.* 2.ªed. Curitiba: Juruá, 2007. p.105. Grifo no original.

68 A norma é válida pelo simples fato de ter sido criada pela autoridade competente, independentemente de seu conteúdo. Para um aprofundamento sobre o positivismo ideológico, cf. STRUCHINER, Noel. Algumas "Proposições Fulcrais" acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo, *in* MAIA, Antonio Cavalcanti *et alii* (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.406.; BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p.223-226.

69 "Ao Supremo recomenda-se humildade. É preciso frisar: ele não é *o guardião da* Constituição. Ele deve ver-se como *um de seus guardiões*, e estar consciente desta condição. Dialogar, perguntar, colocar de público suas dúvidas, certamente possibilitará decisões muito mais legítimas e acatadas por todo o Judiciário e pela sociedade brasileira." CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.449. Grifo no original. Sobre a humildade como virtude, cf. COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.153-161.

B. Causa de pedir aberta: afronta à natureza das coisas

A teoria da *causa de pedir aberta* implica na *presunção* de que o Supremo Tribunal Federal leva em conta todos os argumentos juridicamente possíveis e imagináveis para fundamentar uma decisão a favor da constitucionalidade ou invalidade de uma norma ou de um dispositivo que seja questionado via ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental. Em suma, importa na presunção de que os onze Ministros do STF são Hércules (infalíveis), o que, por certo, contraria a natureza das coisas (homem infalível?).

A incompatibilidade desta tese com o dever de fundamentar se agrava, quando percebemos que o STF adquiriu a competência (poder) para instituir súmulas vinculantes, que possuem mais do que força de lei. Não que a atribuição desta competência seja uma mal em si; se bem empregada, a criação de súmulas será hábil à sistematização do Direito e à racionalização da atividade jurisdicional.[70]

O problema, detectei-o em minha dissertação: "(...) a tese da *causa de pedir aberta* atribui implicitamente ao Supremo Tribunal Federal, por presunção absoluta, a capacidade de decidir *sempre com perfeição* e, por isso, não haveria razão para se contestar o efeito vinculante de seu veredicto. Afinal, todos os argumentos possíveis e imagináveis já teriam sido (presumidamente) apreciados e ponderados. Conseqüentemente, se a regra contida no dispositivo ratificado incide sobre algum caso em determinado momento, pouco importa: ela é incondicionalmente aplicável. Qualquer nuance fática que porventura reivindicasse um afastamento da regra vinculante tornar-se-ia irrelevante, por já ter sido considerada antes (*rectius*: na análise da causa de pedir aberta)."[71]

Especificamente em relação à questão ventilada na ADPF 144/DF, penso que foi o acolhimento desta teoria a causa principal para que a fundamentação elaborada pelo STF pecasse pela incoerência e desconformidade com a unidade constitucional e, em vista disso, não obtivesse a esperada aceitação[72] pública (salvo, obviamente, a dos indivíduos beneficiados pelo seu teor).

---

[70] Sobre a compatibilidade da criação de súmulas vinculantes com o controle jurisdicional difuso, cf. GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto: uma heresia ou uma possibilidade?.* p.183-203.

[71] Idem. p.214.

[72] Uma *norma* (*lato sensu*) pode ser considerada *aceita*, quando os membros de um grupo (sociedade) *internalizam* o que ela prescreve, mostrando-se dispostos a atendê-la. "E internalizar não significa que há uma moral absoluta. Pelo contrário, pode a comunidade viver sob a relatividade valorativa moral. O que ocorre é que os indivíduos, em suas convicções subjetivas particulares (razões internas), podem aceitar uma 'constituição` por interesses puramente egoísticos, ou em virtude de tradição, de um ímpeto moral qualquer, imitação, ou por uma questão de ideologia partidária. Em suma, pelo motivo que simplesmente faça um indivíduo respeitá-la, inclusive motivo metafísico." SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito*. p.363. Normalmente, a *aceitação* de uma norma pela comunidade está vinculada ao *consenso* em

2.1.2. Vício de imparcialidade no trato das partes[73]

O bloqueio dos efeitos jurídicos inerentes ao reconhecimento da presunção de culpa (ou culpa provisória) do acusado gera uma proteção *desproporcional* à sua esfera jurídica. Desproporcional, porque o aplicador do Direito, no intuito de mostrar a qualquer preço que não prejulga o réu, tenta convencer a si próprio de que este permanece inocente enquanto pendente o trânsito em julgado da condenação penal. E, agindo assim, como se fosse uma demonstração efetiva de que o Poder Judiciário realiza a justiça, provoca o efeito adverso: faz com que os cidadãos tenham a convicção de que os juízes ignoram as provas contra o réu (*rectius*: condicionem a eficácia delas ao término do processo) para sustentar uma presunção de inocência inexistente, e em prejuízo da salvaguarda dos direitos fundamentais das vítimas e da sociedade (*v.g.*, direitos à segurança pública e de ser bem representado politicamente).

O tratamento dispensado ao acusado, baseado no emprego distorcido da garantia da presunção de inocência, atribui uma precedência abstrata, *a priori* e (quase) absoluta aos direitos fundamentais do réu, tornando-se irrelevantes os demais elementos fundamentais que lhes contravenham (segurança pública, moralidade, democracia, dignidade humana da vítima etc.).

Particularmente em relação à questão discutida na ADPF 144, o STF considerou mais valioso o direito fundamental do réu (provisoriamente culpado) à participação na administração do país (fazendo leis ou gerindo o dinheiro dos contribuintes), do que o direito fundamental dos eleitores de escolher, dentre os possíveis representantes e governantes, apenas cidadãos moralmente idôneos e com reputação ilibada. Tudo por causa da eficácia retórica de uma presunção de inocência, quiçá compatível com os dados fáticos confirmados nos autos! Pelo ponto de vista da Suprema Corte, enquanto houver trâmite processual, os interesses políticos do réu sempre prevalecerão sobre os interesses políticos dos eleitores. *Parcialidade*, pois, incontestável.

2.2. Depreciação das provas

A desvalorização das provas é implicação lógica da impossibilidade de elas produzirem efeitos restritivos de direitos do acusado, em benefício do aperfeiçoamento de um regime democrático, que, *dentre outras finalidades*, i) preconiza a idoneidade moral dos agentes públicos (*e.g.*, CF,art.14,§9.º, art.37,*caput*, art.101,*caput*), ii) prima pela moralidade no trato dos bens públicos (*e.g.*, CF,art.5.º,LXXIII, art.37,§4.º, art.70, parágrafo único, art.71,

---

torno de sua aptidão para fazer justiça. “Was 'richtig' ist, entscheidet der Konsens (...)”. KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. 2.ªed. München: C.H.Beck, 1997.p.278.

[73] Imparcialidade, como corolário da igualdade formal de tratamento no âmbito processual. Cf. MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales.* p.284-285.; GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto: uma heresia ou uma possibilidade?*. p.77-78.

art.129,II e III) e reconhece o dever de o Estado arcar com danos gerados à sociedade, pela má-conduta de seus agentes (*e.g.,*CF,art.37,§4.º e §6.º).

Não obstante isso, é comum invocar-se a garantia da presunção de inocência (formal) precisamente no sentido de reforço à democracia,[74] recusando-se a enxergar a realidade notória. Verdadeiramente, reforço à democracia haveria se fosse atribuído à realidade fática provada o merecido valor e, a partir daí, fosse calculada a intensidade da força normativa que deva carregar a referida garantia fundamental no caso concreto *sub judice*.

Pois, somente assim será possível se construir uma decisão judicial que tenha como uma das premissas inafastáveis (por imposição do postulado da unidade constitucional) o dever de harmonização dos elementos fundamentais conflitantes. Friso mais uma vez que não estou defendendo que a garantia prescrita na CF,art.5.º,LVII seja desnecessária. Pelo contrário, endosso a opinião de todos que a consideram uma das essências de um regime democrático e pluralista. O problema está é na distorção de seu entendimento e uso.

2.3. Ineficácia das decisões judiciais (CF,art.5.º,XXXV)

Outra conseqüência decorrente da "absolutização" da presunção de inocência é a ineficácia das decisões judiciais condenatórias, enquanto não se tornem irrecorríveis.

De que adianta o juiz de primeiro grau valorar diligentemente as provas (CPP,art.156, *in fine*, c/c art.157) e, fundamentadamente (CF,art.93,IX), declarar a culpa provisória do réu, na tentativa de restabelecer a ordem jurídica e social (CF,art.5.º,XXXV e art.144, *caput*)?

Poderíamos cogitar que, por prudência, a culpa provisória deva ser ratificada pelo Juízo *ad quem*. Porquanto, tendo-se o *duplo grau de jurisdição* uma garantia fundamental do cidadão constitucionalmente reconhecida

---

[74] D´URSO, Luiz Flávio Borges. Em defesa da presunção de inocência. *O Estado de São Paulo*. 01.06.07.< http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2007/artigo-em-defesa-da-presuncao-de-inocencia/>. No STF: "No sistema jurídico brasileiro, estruturado *sob a égide do regime democrático*, *não existe qualquer possibilidade de o Poder Público* (uma Comissão Parlamentar de Inquérito, p. ex.), *por simples presunção* ou com fundamento em meras suspeitas, *reconhecer, sem prévia decisão judicial condenatória irrecorrível, a culpa de alguém*. Na realidade, *os princípios democráticos* que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 *repelem qualquer comportamento estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção*, nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 - RT 698/452-454). É por essa razão que *´Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído*.`" (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO). HC 94082 MC/RS, Rel. Celso de Mello, *apud* Informativo do STF n.º 498.

(CF,art.5.º,§2.º c/c art.8.º,item 10, do Pacto de San José da Costa Rica[75]),[76] nada mais natural que os efeitos do reconhecimento da presunção de culpa por um Juízo singular fiquem condicionados à revisão da decisão por órgão judicial colegiado. O risco de condenar-se por *error in judicando* seria remoto.

Mas nem isso. Tudo indica que a sombra da ditadura recente ainda esteja influenciando a mente de nossos Ministros.[77] Pois só isto explica (mas não justifica)[78] a tendência em se presumir *inocente* (e tratá-lo como tal) aqueles já declarados (provisória e fundamentadamente) *culpados*, na contramão da unidade constitucional.

Esta é uma suposição decorrente do desenvolvimento incompleto da atividade argumentativa. Incompleto, porque a argumentação deve levar em conta e deixar transparente não apenas o contexto imediato (dos fatos) em que se fundou, mas, inclusive, o contexto mediato (ideológico), por ser este determinante para a análise e valoração do primeiro.[79]Mas isso não acontece.

Não por acaso, Ingo Voese adverte que, "(...) no embate das forças sociais, a ideologia, além de orientar e consolidar um determinado segmento, pode, através de recursos lingüísticos e discursivos, fazer circular, de forma não-explícita, a idéia de que o sistema de referência de um determinado grupo é o melhor e o mais indicado, não só para o grupo, mas também, para toda a sociedade. E, ao executar a sua função, a ideologia – porque precisa construir uma hierarquia de sistemas de referências em cujo extremo se localiza o que abriga os interesses do grupo que a ela se liga – homogeneiza, fazendo passar por verdadeiros apenas os sentidos gerados pelo sistema de referência hegemônico, mascarando, dessa forma, os objetivos de dominação."[80]

Marco Aurélio Greco complementa: "Direito e ideologia são faces da mesma moeda e felizmente é possível discutir concepções ideológicas. Prefiro que a ideologia entre explicitamente pela porta da frente do debate do que

---

[75] Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), incorporada ao sistema jurídico nacional pelo Decreto n.º 678, de 06.11.92: "artigo 8.º- *Garantias judiciais* (...)10: *direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*."

[76] Neste sentido, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*.p.148.

[77] Sobre a necessidade de transparecer a ideologia ou concepção de direito adotada no momento de interpretação e aplicação das normas, cf. também GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto*. p.247-255; GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*.p.167-168; 271; 385-387. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 201; MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.p.40; VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica.* p.103-110; VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.* Tradução de Susana Elena Dalle Miura. São Paulo: RT, 2005. p. 299; e VOGEL, Joachim. *Juristische Methodik*. Berlin: de Gruyter, 1998.p. 8-9.

[78] *Explicar* é apresentar meramente uma razão causal para a ação, sem se importar em demonstrar a sua correção. Para *justificar* não basta a razão causal, sendo essencial também a demonstração do acerto da ação, com base em avaliações morais e jurídicas. Por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p.151-159.

[79] VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica.* p.107.

[80] Idem. p.105-106.

disfarçada debaixo de uma capa de legalidade ou segurança ´neutras´ (...) Nunca o texto escrito deu segurança a ninguém, a segurança jurídica nunca esteve em qualquer texto escrito, mas nos valores defendidos por aquele que vai tomar a decisão. Só que isso fica muitas vezes encoberto pela idéia de segurança, que já foi a segurança do Estado, ou a doutrina da segurança nacional. Já tivemos várias seguranças, não apenas a jurídica. Felizmente podemos discutir ideologicamente um tema e fazê-lo de forma explícita, pois só assim construiremos a nossa própria experiência dentro de um Estado pluralista."[81]

2.4. Precedência absoluta, abstrata e *a priori* da garantia fundamental da presunção da "inocência"

É pacífico na doutrina[82] e na jurisprudência do próprio STF que, na existência de conflito entre elementos (valores, princípios, direitos, interesses etc.) fundamentais, o Juízo deve resolvê-lo, sob orientação do postulado da ponderação, formulando-se uma regra concreta na decisão, fundamentada numa relação de precedência condicionada de um sobre o outro, a qual se constitui em função das particularidades do caso julgado.

A preponderância de um bem sobre o outro se qualifica como condicionada, porque pressupõe determinadas circunstâncias (condições) fáticas. Em outra situação sob condições diferentes, a precedência que antes foi de um direito sobre outro, agora poderá ser invertida. Ou seja: não há relação de precedência absoluta, abstrata e *a priori* de um direito fundamental sobre outros que lhe contradigam.[83] E por uma razão simples: *não há direitos absolutos*, o que é pacífico também no Supremo Tribunal Federal.84

Contudo, não há como se aplicar esta regra da precedência condicionada para resolver conflitos entre elementos fundamentais, quando, no conflito, estiver envolvida a denominada garantia de presunção de inocência, no sentido que o STF e a doutrina majoritária vem lhe atribuindo. Se a eficácia das provas desconstitutivas da presunção permanece suspensa até o trânsito em julgado da decisão condenatória, conseqüentemente, a presunção de inocência continua soberana e incontrastável, mesmo após a declaração judicial da culpa provisória (presunção de culpa).

No caso da ADPF 144, esta preponderância absoluta da presunção de inocência impediu que a eficácia das provas harmonizasse os direitos fundamentais que se confrontavam: i) o direito fundamental do réu de concorrer

---

81 GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.271.

82 Por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 143-145

83 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhkamp, 2006. p. 81.

84 Na doutrina, *e.g.*, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 132; e GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.180. "(...) um direito absoluto e incontrastável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado." No STF, por exemplo, cf. ADI 2566 MC/DF. Rel. Min. Sidney Sanches e Pet 3486/DF. Rel. Min. Celso Mello.

a mandato eletivo (para, *e.g.*, fazer leis e alocar o dinheiro público) e ii) o direito fundamental do cidadão eleitor em escolher, como seu representante ou governante, apenas dentre candidatos honestos e de moral inabalável. O primeiro, segundo o STF, mostrou-se muito mais relevante para o fortalecimento da democracia e respeitos das garantias fundamentais.

2.5. Perda de credibilidade no sistema jurídico

A *credibilidade no sistema jurídico* é princípio fundamental implícito. É norma apreendida, *exempli gratia*, da CF,art.3.º,I, art.5.º,XXXV e art.93,IX. Ao legislador, o princípio impõe o dever de criar dispositivos válidos e pertinentes a proporcionar a criação (pelo aplicador do Direito) de regras concretas aptas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ao aplicador do Direito, prescreve o dever de decidir, baseado em fundamentação exauriente e satisfatória. Ou seja, fundamentação que abarque i) a identificação da concepção filosófica de Direito acolhida pelo julgador, ii) a justificação externa das premissas utilizadas, iii) a justificação interna do resultado alcançado a partir das premissas externamente fundamentadas,[85] e, ainda, que iv) refute as razões contrárias argüidas pela partes interessadas, de modo que, ao final, não reste qualquer antinomia pendente de solução. Inevitavelmente, a decisão estabelecida tenderá a ser coerente com a própria jurisprudência da Suprema Corte e conforme à unidade constitucional.[86]

Sob o prisma da concretização do Direito, a promoção do princípio da credibilidade no sistema jurídico está intimamente relacionada à capacidade de persuasão e de convencimento da decisão tomada. Decisão i) com conteúdo flagrantemente inconstitucional, ii) que estabeleça regra concreta mal-intencionada ou de validade duvidosa, ou que, iii) apesar de admissível constitucionalmente, careça de fundamentação plena e capaz de justificar convincentemente o porquê de não se ter interpretado o dispositivo em outra direção aparentemente melhor, naturalmente impede a formação de um desejado sentimento constitucional. Ademais, contribui para reforçar a (infeliz)

---

85 Em síntese, *justificação externa* é o trabalho de fundamentação para a escolha de uma premissa em detrimento de outra. *Justificação interna* refere-se à validade de uma conclusão, oriunda de silogismo decorrente das premissas escolhidas. Esta, faz-se por *dedução lógica*; aquela, mediante *argumentação jurídica*. Sobre justificação interna e externa, cf. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2002. p. 51; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. *A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 218-267; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007. p.93-103. ÁVILA, Humberto. A argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Temas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 110-111.

86 Sobre o dever de fundamentar, por todos, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. In Direito, Estado e Democracia: entre a (In)efetividade e o Imaginário Social.* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n.º 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. Sobre a imprescindibilidade de o julgador deixar clara a sua concepção de Direito, cf. GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto: uma heresia ou uma possibilidade?*. P.197-202.; GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.167-168;269-271.

tendência do culto ao descumprimento das regras, face à sensação de injustiça que assola aos cidadãos.

Um sistema jurídico em descrédito obstaculiza a construção de uma sociedade livre. Se há descrédito na eficácia das normas e, por isso, elas tendem a serem fraudadas, (contornadas) ou mesmo diretamente infringidas, provavelmente a liberdade de alguém estará sujeita à interferência indevida em função da conduta antinormativa de outrem. O estado da natureza de Hobbes ressurge em pleno século XXI, em uma versão atualizada, segundo a qual a lei do mais forte (do rico ou politicamente influente) subjuga os mais fracos (os comuns do povo). Liberdade sem respeito às normas de conduta e (pior!) sem que haja a efetivação das conseqüências normativas, torna-se utopia.

Sem liberdade, não há como se pensar em solidariedade social. Para se pensar no próximo, na coletividade, é pressuposto indispensável que a esfera jurídica individual seja permanentemente respeitada e, se afetada, seja eficazmente restaurada pela aplicação adequada do Direito.

A justiça social também não será obtida sem a confiança no sistema jurídico. A criação de enunciados gerais e abstratos é lastreada no prognóstico de situações fáticas que normalmente ocorrem em determinado contexto. Neste prognóstico, em geral, o legislador seleciona, de modo probabilístico, os elementos ou circunstâncias fáticos tidos por relevantes, desconsiderando fatores personalíssimos inerentes à raça, religião, riqueza etc. O propósito é simples: propiciar que as normas de conduta sejam dirigidas a todos, sem distinções arbitrárias (CF,art.5.º,*caput*).[87]

Mas não basta a promoção de uma justiça genérica para a consolidação da confiança no sistema e tampouco para viabilizar a formação de uma sociedade justa. É igualmente indispensável a realização de justiça concreta, mediante a adequada (fundamentada) aplicação do Direito. Aí novamente o problema gerado pela má-fundamentação![88] Se as normas são mal-aplicadas, a decisão aparenta arbitrária (infundada) e subjetiva (ignora antinomias paralelas e incoerentes com o conteúdo fixado). Por isso, não convence e o sistema se fragiliza, pairando sobre os ares sociais a sensação de injustiça.

---

87 "Al bloquear la consideración de todos los factores potencialmente relevantes, las reglas pueden alentarnos a que nos veamos como relevantemente similares a los otros, en lugar de relevantemente diferentes. (...) Al impedir que se centre la atención en lo singular y en lo diferente, las reglas pueden alentarnos a considerar a nuestro bienestar inextricablemente ligado al del grupo, y desalentarnos de la pretensión de que nuestra situación es singular, así como de la conseguiente exigencia de trato singular." SCHAUER, Frederick. *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Traduzido por Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 225.

88 Não à toa, Ovídio Baptista defende, de modo oportuno e pertinente, a alteração dos requisitos de admissibilidade para interposição de recurso extraordinário. Sugere a substituição dos atuais (CF,art.102,III), pela exigência dos requisitos i) ausência de fundamentação, ii) insuficiência de fundamentação, ou iii) fundamentação contraditória. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional*. p. 349.

Vale o alerta de Katharina Sobota: "*A perda do reconhecimento de um sistema cultural como o Direito, que se funda na força do convencimento lingüístico, a longo prazo, muitas vezes, é mais perigosa do que uma fase de evidente ineficiência*".[89]

Passo, neste instante, à análise do segundo argumento mencionado na decisão do STF.

§2. Argumento da violação da separação de poderes, por ausência de critérios objetivos para avaliação da vida pregressa do cidadão

Mostrei, em tópico anterior, que há no ordenamento jurídico critérios objetivos para se fundamentar uma presunção de culpa, sem que, para isso, seja imprescindível a contrapartida do trânsito em julgado da decisão condenatória. Neste momento, volto o foco para a identificação de parâmetros textuais capazes de viabilizar a aferição da qualidade da vida pregressa do candidato a mandato eletivo. Apesar da existência de critérios positivados expressamente, no caso da ADPF 144, talvez por razões político-ideológicas,[90] o STF tenha preferido autoconter-se no exercício da jurisdição constitucional abstrata, o que, em tese, se apresenta como opção interpretativa no desempenho seu papel de guardião da Constituição. Digo "em tese", porque, para tanto, o Tribunal precisa demonstrar *coerência* com a sua própria jurisprudência, relativa a questões de semelhante complexidade.

Isto é, se pretende deixar as questões envolvendo conflitos entre elementos fundamentais e que demandem lei específica (ordinária ou complementar) para serem solucionadas pelo parlamento, é possível decidir de modo não-construtivo. Mas desde que em julgamentos anteriores, versando sobre controvérsias de relevância equiparada à da ADPF 144, fizesse o mesmo. Isso não ocorreu.[91] *Decisões coerentes* com a sua jurisprudência são o mínimo que os jurisdicionados esperam do órgão competente para guardar a unidade constitucional e conferir o sentido final ao texto constitucional.

Menciono, a título exemplificativo, as questões abarcando pesquisas com células-tronco (credo religioso *vs* saúde e vida),[92] o uso de algemas (liberdade de locomoção e dignidade do réu *vs* segurança pública e

---

89 SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübigen: Mohr Siebeck, 1997. p. 176.

90 WARAT, Luis Alberto. *O Direito e a sua Linguagem*. p. 45-48.

91 "Contudo, no julgamento da ADPF 144, sobre a apreciação da Lei Complementar n.º 64/94,que dispõe sobre as condições de elegibilidade aos cargos legislativos, encontramos um Supremo Tribunal Federal aferrado ao texto de lei, art.14,§9.º, da Constituição Federal, bem como menos ativista, ao contrário do que havia demonstrado no caso da fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604) e na regulamentação do direito de greve (MI 712 e 670-9)." CAMARGO, Margarida Lacombe. O Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.384-385.

92 ADI 3510 *apud* Informativo do STF n.º 508.

credibilidade do sistema jurídico),[93] o nepotismo no serviço público (moralidade *vs* legalidade estrita),[94] o direito de greve de servidores públicos (direito fundamental de greve *vs* legalidade estrita e continuidade dos serviços públicos),[95] o aborto de feto anencéfalo (vida do feto *vs* intimidade e saúde da mãe),[96] dentre outros.

No caso do nepotismo no serviço público, *e.g.*, não havia lei infraconstitucional específica regulamentando o tema. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, quando provocado para que chancelasse a resolução criada pelo Conselho Nacional de Justiça que vedava o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, não só a ratificou, como também estendeu a proibição à esfera do Legislativo e do Executivo, de todas as unidades federativas, mediante regra posta em súmula vinculante.[97]

Em relação à ADPF 144, diferentemente de como atuou no julgamento da ADC 12, quando atribuiu plena eficácia ao princípio da moralidade, o STF retirou toda a eficácia deste princípio. Especificamente neste caso, o dever de zelar pela moralidade está expressamente contido no enunciado da CF,art.14,§9.º.

Se, no caso do nepotismo (ADC 12), o Tribunal validou a resolução do CNJ e criou a súmula vinculante n.º 13 com fundamento imediato no princípio da moralidade, atuando (adequadamente) em sentido positivo (como "legislador positivo"), na questão da exigência de moral ilibada (vida pregressa exemplar) como condição de elegibilidade, sequer levou em conta a *eficácia negativa ou revogatória* do princípio constitucional (quase que unanimemente reconhecida pela doutrina e jurisprudência)![98]

---

93 HC 91952 *apud* Informativo do STF n.º 514 e 515. Da decisão, criou-se a súmula vinculante n.º 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado."

94 ADC 12 *apud* Informativo do STF n.º 516.

95 MI 670/ES *apud* Informativo do STF n.º 485.

96 ADPF 54 *apud* Informativo do STF n.º 385. Até o momento, ainda não houve decisão definitiva.

97 Após o julgamento da ADC 12, a Corte fixou a súmula vinculante n.º 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal."

98 Sobre a eficácia *negativa* dos princípios constitucionais (ou eficácia *bloqueadora*, na terminologia de Humberto ávila), no sentido de determinar a invalidação de todos os atos e normas hierarquicamente inferiores, que não se compatibilizem com o fim ou estado ideal de coisas pretendido pela promoção do princípio, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.66-68; BARROSO, Luís Roberto. *Aplicação e Interpretação da Constituição*. 4.ªed., São Paulo: Saraiva, 2001.p.145 e ss.; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p.98.

Não vejo como se negar esta conclusão. O STF classificou como atentatórias ao princípio da separação dos poderes as decisões proferidas pelos juízes eleitorais, impugnando candidaturas com base na reprovação da vida pregressa do postulante ao mandato eletivo. E assim entendeu, porque considerou (incidentalmente) a constitucionalidade da exigência legal de trânsito em julgado de decisão judicial desfavorável ao propenso candidato, para que a reprovação de sua vida pregressa gerasse efeitos restritivos na capacidade eleitoral passiva.

Portanto, neste julgamento, a Corte tornou absolutamente ineficaz o princípio da moralidade, quando se recusou a declarar a inconstitucionalidade da exigência de trânsito em julgado (LC 64/90,art.1.º) para que os pressupostos da inelegibilidade fossem (e venham a ser) obedecidos efetivamente e, assim, a proteção da moralidade pudesse se harmonizar, no caso concreto, com a garantia da presunção de "inocência".

Com a afirmativa de violação ao princípio da separação dos poderes, a Corte, além de ter desprezado o dever de moralidade imposto pela Carta Magna, endossou o caráter absoluto, abstrato e *a priori*, atribuído à denominada garantia da presunção da inocência, e contrariou a sua própria jurisprudência construtivista e notória.[99] Injustificavelmente, o Supremo tribunal Federal desconsiderou o seu modo de agir positivamente nas recentes decisões, voltando a socorrer-se (neste caso específico da ADPF 144) da tese do "legislador negativo".[100]

O princípio da moralidade, ao impor ao legislador o dever de observar - no ato de legislar - a vida pregressa do candidato como requisito indispensável ao exercício de mandato eletivo, *determina implicitamente a suspensão da capacidade eleitoral passiva de cidadãos moralmente inidôneos*. Não obstante, o legislador, ao editar a lei complementar n.º 64/90 (lei das inelegibilidades), olvidou-se da prescrição constitucional. Porque, apesar de ter criado hipóteses desabonadoras da vida pregressa, condicionou o reconhecimento delas ao trânsito em julgado da decisão judicial, o que bloqueou a possibilidade de os efeitos jurídicos se manifestarem, sempre que forem concretizadas as hipóteses tipificadas como condições de inelegibilidade.

Ressalto que esta *norma implícita*,[101] suspensiva da capacidade eleitoral passiva, decorre não apenas do dever de proteção à moralidade, imposto tanto ao legislador quanto ao aplicador das normas. Ela se origina, sobretudo, do conflito latente e constante entre i) o direito fundamental do cidadão honesto e trabalhador a ser representado por um outro cidadão de moral ilibada e

---

99 O Globo. *STF faz papel do Congresso*. 05.10.2008. p.31.

100 Para uma crítica contundente à tese do *legislador negativo*, por todos, ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. p.347-362.

101 *Norma implícita em sentido forte*, por ser extraída eminentemente do fato de estarem positivados vários direitos fundamentais, passíveis de se colidirem com o princípio da moralidade. Norma implícita em sentido fraco é aquela que se forma da interpretação de dispositivos que se complementam, tais como as chamadas normas (penais) em branco. Cf. GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. p.103-104.

compromissado com a preservação da coisa pública, e ii) o direito de outrem a concorrer a um mandato eletivo. Mandato que lhe conferirá poderes, ou para fazer leis (funções parlamentares), ou, *e.g.*, para manejar o dinheiro do contribuinte, arrecadado mediante pagamento de tributos (funções do executivo). É uma situação típica de *direito fundamental restringindo direito fundamental*,[102] sob a orientação do postulado da *concordância prática*.[103]

Nota-se que a ineficácia do princípio da moralidade está umbilicalmente ligada aos problemas já comentados da desconsideração das provas produzidas no curso processual, da ineficácia das decisões judiciais de instâncias inferiores, do descumprimento do dever de fundamentar e da perda de credibilidade do sistema jurídico.

Como procurei demonstrar na ocasião, a garantia fundamental da presunção de "inocência" deveria se chamar "*garantia fundamental da não-culpabilidade definitiva*". Pois o que fica condicionada ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória é a *certeza da culpa*. Juridicamente, nada impede que, durante o processo, o acusado venha a ser considerado *presumidamente culpado*, face à declaração judicial de sua *culpa provisória*, *devidamente fundamentada*.

No que tange à suposta ausência de parâmetros no ordenamento para avaliação da vida pregressa do cidadão, constatemos que as alíneas do inciso I, do art.1.º, da LC n.º 64/90 descrevem várias hipóteses objetivas para análise da vida pregressa dos candidatos a ser realizada pelos juízos eleitorais, diferentemente do que alegou o STF, no fundamento de sua decisão. Vale a transcrição:

> Art.1.º- São inelegíveis: I- para qualquer cargo: (...)
> d) *os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral*, transitada em julgado, *em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político* (...);
> e) *os que forem condenados criminalmente*, com sentença transitada em julgado, *pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais*, (...);
> f) *os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis*, (...);
> g) *os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável* e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão

[102] O Ministro Gilmar Mendes, em sua obra, reconhece que não há direitos absolutamente irrestringíveis e admite a possibilidade de que direitos fundamentais "sem expressa previsão de reserva legal" possam ser restringidos com fundamento em direitos de terceiros ou em outros princípios de hierarquia constitucional. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p.303-347.

[103] Sobre a concordância prática, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p.145.

> houver sido ou estiver sendo *submetida à apreciação do Poder Judiciário*, (...), contados a partir da data da decisão;
> h) *os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo*, com sentença transitada em julgado, (...);
> i) *os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade*.(grifei)

Tendo-se como referência tais descrições normativas grifadas, cai por terra o argumento de que as decisões judiciais, caso a caso, submeteriam o exercício do direito fundamental de candidatar-se a cargo eletivo ao *subjetivismo* do julgador e, por isso, estar-se-ia invadindo a competência do legislador. Em hipótese alguma! Além de existirem tais critérios objetivos no próprio dispositivo da lei das inelegibilidades (LC 64/90) como parâmetros para a decisão da justiça eleitoral, há também os já mencionados há pouco (constantes no código de processo penal), que configuram a presunção de culpa. Sem falar do *dever constitucional de fundamentação* imputado ao julgador que, se bem cumprido, elimina do veredicto qualquer adjetivação como "arbitrário", "subjetivo", "antidemocrático" ou de sentido semelhante!

Marco Aurélio Greco, ao dissertar sobre o tema planejamento tributário, diz com todas as letras o que os tribunais (e, em particular, o STF) teimam em mascarar. Palavras que, com ajustes pontuais, são perfeitamente pertinentes à questão da avaliação da vida pregressa caso a caso: "*A priori* não é possível saber se o caso está dentro ou fora da previsão, se está ou não protegido em seus efeitos. *Não há uma resposta pronta*; hoje em dia há certo consenso que *a interpretação envolve construir a resposta adequada diante do caso concreto*. *Não existe mais um "produto" bom* para obter economia fiscal *que possa ser aplicado múltiplas vezes a pessoas diferentes que se encontram em situações díspares*.

Não existem produtos, existem casos. Não existem teses de planejamento, *existe determinada situação individual e cada uma se submeterá a uma série de avaliações a partir de múltiplos critérios de relevância que permitirão chegar a mais de uma solução*.

Alguém poderá dizer que deslocar o debate para o caso concreto gera insegurança e subjetividade, pois um ato praticado por determinada pessoa jurídica pode não ser protegido em função da sua realidade. Já o mesmo ato em outra empresa, dependendo das circunstâncias que o cerquem, pode ser protegido.

Isto é assim mesmo, pois *não há duas pessoas nem duas situações absolutamente iguais*."[104]

§3. Argumento da supremacia popular: cabe ao povo escolher o melhor representante (CF,art.14,*caput*)

Este argumento parte de uma premissa (externamente) injustificável: deixa subentendido que o eleitor tem o direito absoluto de escolher qualquer representante. Não questiono o fato de que compete ao eleitor escolher o seu representante. Porém, como não há direitos absolutos, o eleitor *não tem o direito fundamental de escolher*, como seu representante no parlamento ou no governo, *qualquer um dos cidadãos* que pretendam se candidatar. Tem, sim, o direito de escolher *dentre os que estejam habilitados a se candidatar*, por cumprirem os requisitos normativos de elegibilidade. Daí a insustentabilidade da premissa maior.

A Constituição é taxativa ao prescrever que a *soberania popular* será exercida pelo voto, mas *nos termos da lei* (CF,art.14,*caput*). Ou seja, o voto, expressão da soberania popular, está condicionado à observância das normas, o que é plenamente natural, tratando-se o Brasil de um Estado democrático e *de direito* (CF,art.1.º,*caput*). E dentre tais normas condicionantes do exercício da soberania pelo povo, encontram-se as regras que versam sobre a *inelegibilidade* (CF,art.14 e LC 64/90). Pois não basta o eleitor estar apto a votar; da mesma forma, o candidato precisa estar juridicamente apto para ser votado.

Com efeito, percebemos que o direito fundamental a concorrer a mandato eletivo é espécie de *direito fundamental derivado* de participação política na organização do Estado,[105] por estar o seu exercício condicionado não só ao cumprimento dos pressupostos constitucionais, mas, inclusive, dos infraconstitucionais. Portanto, longe está de ser um direito absoluto! Inevitavelmente, há de se concluir que o eleitor também não possui o direito de optar por qualquer cidadão para representá-lo; tão-somente dentre os elegíveis. O direito de escolher e o de concorrer condicionam-se reciprocamente.

Especificamente em relação ao julgamento da ADPF 144, discutiu-se a possibilidade de se bloquear a candidatura de um cidadão de moral ou caráter socialmente questionável, em face do disposto na CF,art.14,§9.º: "*Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade* e os prazos de sua cessação, *a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o*

---

104 GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.113-114; No mesmo sentido, cf. MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito.*p.62-63: "*A diversidade cultural, assim como todas as ideologias presentes na elaboração e interpretação das normas, mina a possibilidade de UMA ÚNICA CERTEZA na aplicação do direito.*"

105 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.473-475; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p.316-321.

exercício do mandato, considerada a vida a pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta"(grifei).

Todavia, como a lei complementar condicionou a reprovabilidade da vida pregressa a existência de decisões judiciais transitadas em julgado, o que ela fez, na prática, foi *fraudar* (contornar)[106] a imposição constitucional contida neste dispositivo, valendo-se, para tanto, da interpretação (propositalmente?) equivocada, predominante e notória do CF,art.5.º,LVII que vem sendo realizada pelos Tribunais em geral, nos termos já criticados neste trabalho.

Acredito ter apresentado argumentos suficientes para demonstrar a possibilidade legítima de se impugnar uma candidatura, levando-se em conta a reprovabilidade da vida pregressa, independentemente da existência de trânsito em julgado de decisão condenatória contra o postulante ao mandato eletivo. Em síntese, tudo se resume à produção de *prova eficaz* e ao *cumprimento exauriente do dever constitucional de fundamentação*.

III. Proposta de solução alternativa para a questão trazida pela ADPF 144/DF

Como procurei demonstrar ao longo desta exposição, a controvérsia englobando o direito de se candidatar a mandato eletivo e a garantia fundamental conhecida como presunção de inocência, foi solucionada pelo STF. Satisfeitos ficaram os postulantes aos cargos públicos que possuem vida pregressa longe de causar inveja a qualquer cidadão *bonus pater familiae*. Igualmente emocionados se mostrou grande parte da doutrina e dos operadores do Direito, principalmente advogados criminalistas.

Em compensação, frustrada ficou a maioria dos eleitores, que, na esperança de testemunhar ainda em vida a depuração de nossa combalida democracia representativa assistiu a última luz ao fim do túnel se apagar. Ou seja, perderam, esses eleitores, a expectativa de vivenciar uma provável e célere redução do déficit de legitimidade representativa, [107] dependente

---

[106] Na fraude à lei, o cidadão, a fim de escapar da incidência de uma regra que lhe gera conseqüências indesejadas (norma contornada), procura subsumir a sua conduta a uma outra regra do ordenamento (norma de contorno), que vai lhe propiciar igualmente a concretização de seu objetivo, porém, sem os efeitos indesejados por ele que a primeira regra prescrevia, mas que lhe seriam imputados acaso não se valesse deste artifício. De fato, não se viola uma regra específica do sistema; viola-se, sim, o sistema visto em sua unidade. Sobre a noção de fraude e suas espécies, por todos, GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. p.217-241.

[107] Antônio Carlos Wolkmer meciona – com apoio do argentino Daniel Delgado – os seguintes fatores causadores do descrédito parlamentar: i) sucessivos descumprimentos de programas; ii) corrupção da classe política; iii) declínio de amplos setores sociais; iv) complexidade das demandas e especialização técnica; v) crise dos grandes discursos de legitimação; e vi) influência dos meios de comunicação. WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 89-95. Luís Roberto Barroso também ressaltou oportunamente este déficit de legitimidade parlamentar,

principalmente de uma interpretação conforme dos textos normativos em vigor e pertinentes ao caso, a qual cabia ao Supremo Tribunal Federal.

E por que tamanha decepção popular? Simplesmente porque a *decisão tomada não foi adequadamente fundamentada*. Deixou antinomias em aberto, contradisse (tanto em postura de atuação, quanto em conteúdo) a própria jurisprudência da Corte e, destarte, infringiu o postulado da unidade constitucional. Em sendo assim, não poderia mesmo ter convencido os demais intérpretes (não-institucionais) da Constituição da correção do julgado.

Isso poderia ter sido evitado. Não tanto em função dos anseios populares ou por influência da opinião pública, mas, sim, porque a interpretação fixada definitivamente pelo STF não foi a melhor dentre as juridicamente viáveis. O fato de a decisão não ter obtido a adesão unânime dos Ministros (vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto) serve como indício de que *outras possibilidades igualmente constitucionais havia*.108 Igualmente constitucionais; sim. Porquanto, na posição de membro do Tribunal guardião da Constituição (CF,art.102,*caput*) e possuidor de *notório saber jurídico* e reputação ilibada (CF,art.101,*caput*), inadmissível cogitar-se que algum deles (vencidos) pudesse defender interpretação incompatível com a Lei Maior.

De modo conciso e, apoiando-me na argumentação até aqui desenvolvida, tentarei apontar e asfaltar o caminho que deveria ter sido trilhado.

§1. Argumento da dissociação: o caminho

O argumento da *dissociação* ou *dissociativo* (chamado por Riccardo Guistini de *dissociador*) é uma modalidade de argumento *corretivo*.[109] É empregado para que se consiga atribuir ao texto normativo o sentido (dentre os possíveis) em melhor conformidade à Constituição, considerando-se o contexto de aplicação.

Este argumento pode ser adequado para se justificar tanto uma interpretação *extensiva*, como uma *restritiva*. O Supremo Tribunal Federal utiliza implicitamente este argumento; normalmente, para restringir a eficácia da norma. Dois exemplos elucidarão a sua maneira de atuação.

---

como sendo um dos argumentos de legitimação do exercício da jurisdição constitucional por indivíduos que não foram eleitos pelo voto popular. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 1.ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.56.

108 Votos-vencidos demonstram a existência de outras possibilidades interpretativas e conforme à Constituição. Por isso, podem constituir critérios para evidenciar alguma fragilidade da decisão tomada pela maioria vencedora. Cf. SUMMERS, Robert S..Precedent in the United States (New York State). In MacCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Ashgate Publishing, 1997.p. 373-377; GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto: uma heresia ou uma possibilidade?*.p.211.

109 GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. p.

O art.37,XV, da CF, assegura aos agentes públicos o direito fundamental a *irredutibilidade* dos vencimentos. O art.37,X, garante-lhes também a *revisão geral anual da remuneração*, mas não a vincula a nenhum índice de correção. Contudo, tais dispositivos não dizem se a irredutibilidade vedada é a *real* ou a *nominal*. Se for a *real*, será obrigatório o ajuste anual da remuneração (na pior das hipóteses) pelo índice de inflação, a fim de que a capacidade econômica do servidor não seja reduzida. Em contrapartida, sendo a irredutibilidade *meramente nominal*, o dever de reajuste remuneratório anual, atribuído, v.g., ao Chefe do Poder Executivo, não passará de uma norma de caráter programático, cuja eficácia estará condicionada à previsão orçamentária e à conjectura político-econômica do país. A *irredutibilidade* pode ser tido ainda como *real* e *nominal*, concomitantemente. Em uma situação deflacionária, é possível vislumbrarmos o aumento da capacidade real de compra do cidadão (devido à queda dos preços, por exemplo), sem que haja a necessidade da revisão nominal anual da remuneração, revisão esta a qual se contrapõem financeiramente os diversos deveres sociais também incumbidos constitucionalmente ao Estado. Neste caso, o aumento real do salário justifica o afastamento da norma contida no art.37,X, pelo fato da *ratio* que a sustenta ter sido atendida.[110]

Observemos que a palavra "*irredutibilidade*", nesta hipótese, pode assumir três significados: o primeiro, mais favorável ao servidor, mais oneroso à fazenda pública e de caráter vinculante para o Chefe da Administração Pública. O segundo, menos favorável ao servidor, menos oneroso à Fazenda Pública, constituindo uma espécie de diretiva ao agente político responsável, cuja concretização estará condicionada à ideologia política do governo de ocasião (o "dono do cofre"). E o terceiro, que sempre será mais vantajoso para o servidor (sempre haverá aumento real), podendo, ainda, não acarretar acréscimo algum nas despesas correntes com pessoal.

Portanto, ao termo "irredutibilidade" pode ser atribuído três significados distintos, tendo sido, cada significado, identificado após uma análise separada (dissociada) dos possíveis efeitos que cada um deles pode acarretar. A escolha final do intérprete dependerá, certamente, das concepções políticas, ideológicas e de Direito que carregue consigo. O STF restringiu o sentido da irredutibilidade remuneratória ao aspecto nominal. [111]

Este argumento também foi empregado implicitamente pela Corte, para restringir o sentido da expressão "*relação de trabalho*" positivada na CF,art.114,I (redação determinada pela EC 45/04), por ocasião do julgamento da ADI 3395-6, cujo objeto versava sobre a competência da Justiça do Trabalho para decidir conflitos entre servidor público estatutário e a

---

110 Sobre a superação de regras, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p.112-120; e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem.*p. 171 e ss..

111 "Assim, a Administração Pública, ao aplicar o disposto nessa legislação, para o período de março a junho/2002, procedera ao aumento do vencimento básico e, ao mesmo tempo, efetuara a compensação remuneratória da verba de êxito e da verba de representação, preservando o princípio da irredutibilidade de vencimentos, já que o valor *nominal* total da remuneração aumentara." Rcl.2482 *apud* Informativo do STF n.º 477.

Administração Pública. *Grosso modo*, "relação de trabalho" foi dissociada em duas espécies: i) relação de trabalho formada com o Estado; e ii) relação de trabalho constituída com particular (pessoa física ou jurídica). O STF restringiu a competência da Justiça trabalhista a esta última classificação.[112]

§2. Proposta interpretativa para a CF,art.5.º,LVII: caminhar sem tropeços

O argumento da dissociação, necessariamente, deveria ter sido empregado para precisar o sentido do enunciado da CF,art.5.º,LVII. Pois, à palavra culpado nele expressa, podemos atribuir pelo menos dois predicados: i) *definitivamente*; ou ii) *provisoriamente*.

Reafirmo o exposto até agora: *o trânsito em julgado da decisão penal condenatória condiciona tão-somente a certeza da culpa*. Como procurei demonstrar, não há qualquer óbice constitucional para que o julgador possa reconhecer eventualmente a presunção de culpa no curso processual e, em virtude dela, *e.g.*, o juízo eleitoral esteja autorizado a restringir o direito de determinado cidadão a se candidatar a cargo público eletivo.

Por isso, considero mais oportuno denominar esta garantia fundamental de "*presunção de não-culpabilidade definitiva*" ou "*presunção de ausência de culpa definitiva*".[113]

IV. Conclusão

Tentei desmistificar a badalada garantia fundamental da presunção de inocência. Para tanto, utilizei como objeto de análise a questão debatida na ADPF 144, a qual foi resolvida pelo STF com lastro em tal garantia. Creio ter demonstrado que a "absolutização" de seu conteúdo leva a antinomias insolúveis, à quebra de unidade constitucional e – o que é pior – a déficit de confiança no sistema jurídico.

Todas as controvérsias, insatisfações e desconfianças que cotidianamente são geradas quando se fundamenta uma decisão com o auxílio da presunção de inocência, decorrem do mau cumprimento do encargo argumentativo, constitucionalmente imposto ao aplicador do Direito (CF,art.93,IX). Porque se o julgador, em sua motivação, apenas faz menção às

---

112 Para um aprofundamento sobre este caso, por todos, GOMES, Fábio Rodrigues. *A Relação de Trabalho na Constituição: Fundamentos para uma Interpretação Razoável da Nova Competência da Justiça do Trabalho à luz da EC n. 45/04*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89-137. Com argumentação sólida e aparentemente inquebrantável, o autor demonstra convincentemente o equívoco da inteligência adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

113 "(...) as palavras agregam os heterogêneos interesses sociais a seus sentidos e, por isso, têm a força de produzir efeitos de sentido que atuam sobre o auditório de modo a facilitar ou a dificultar a sua adesão: à escolha da palavra o auditório reagirá positiva ou negativamente, dependendo dos interesses a ela ligados e que interferem na interpretação."VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica.* p.86-87.

teses que lhe convêm, menosprezando o dever de refutar as antíteses argüidas pelas partes interessadas no deslinde da questão, assume grande risco de criar uma regra de decisão juridicamente incoerente e socialmente inaceitável (não-convincente).

Atuando desta forma, o Poder Judiciário como um todo inviabiliza a construção do consenso social sobre a adequação de suas decisões, o que fragiliza a credibilidade das instituições responsáveis pela aplicação do Direito. A situação ainda piora quando a (inadequada) interpretação definitiva dos textos normativos é firmada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da Constituição.

Não sendo os seus membros escolhidos pela via democrática (voto popular), as suas decisões proferidas no exercício da jurisdição concentrada se legitimam democraticamente, porque, *presumidamente*, visam a proteger os princípios e direitos fundamentais contra interferências desproporcionais de terceiros (parlamento, governo, titulares de poder sócio-econômico, etc.). Mas se a *ratio decidendi* mostra-se inapta para persuadir e convencer os cidadãos de sua precisão, ou, ainda, apresenta-se como *tendenciosa*, *parcial* ou *concretamente injusta*, a *presunção* de que a Corte age em defesa da Constituição e da democracia é *socialmente rompida*.

Tendenciosa, porquanto a decisão é influenciada por certa ideologia em detrimento de outras, *obscuramente*. Este é o nó a ser desatado. Se é certo que não existem juízes "*neutros*", pois todos carregam consigo uma *visão prévia do mundo* (ideologia)[114] no qual está inserido (a qual refletirá na sua tarefa interpretativa),[115] torna-se imprescindível que esta concepção ideológica esteja expressa na fundamentação.[116] Não para que o julgador seja criticado em função de sua ideologia; em uma sociedade pluralista, todos temos o direito de valorar as coisas e os fatos como bem entendermos,[117] contanto que moralmente aceitável (CF,art.1.º,V e art.37,*caput*). A ideologia deve ser posta às claras, para que a decisão final possa ter o seu conteúdo avaliado e

---

[114] "*A ideologia é uma valoração de valores no sentido de definir graus de relevância distinto dentre um conjunto de valores*." GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.385.

[115] Segundo Warat, "(...) *o valor social de uma norma dependerá mais da lei, das ideologias legitimadoras do legislativo e do judiciário, do que dos conteúdos pesudo-unívocos apresentados como válidos*." Em outra passagem, ressalta que "(...) *as sentenças são normas e não fatos*. (...) *como normas, elas envolvem um ' jogo de persuasão e mitificação´ muito mais sutil pois esteriotipam sentidos não para justificar decisões, mas para legitimar a reprodução do poder de um sistema sócio-político visto como um todo*." WARAT, Luis Alberto. *O Direito e a sua Linguagem*. p.32 e 44-45; GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.383-385

[116] GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.385-387; GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto: uma heresia ou uma possibilidade?*.p.197-203.

[117] "*Fundamental não é reconhecer que na atividade do intérprete existe uma intersecção ideológica. Fundamental é ter consciência de que isto tem de ficar às claras!*" GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. p.385-387.

compreendido pelos interessados.[118] O resultado poderá não agradar a alguns; mas não agradará em virtude de divergências ideológicas inerentes ao regime democrático pluralista, e não por eventual insuficiência de fundamentação.[119] O fato é que, em geral, ele deverá ser tolerado por todos, em respeito ao pluralismo.

Vale aqui uma observação: disse "em geral", porque não significa que qualquer espécie de ideologia ou pré-compreensão que influencie a atividade interpretativa seja inquestionável (absoluta) em função do pluralismo. De modo algum! Aceitarmos a incontestabilidade de premissas ideológicas importaria na legitimação do arbítrio judicial. Pois, com base na pré-compreensão adotada, bastaria apenas avaliarmos a boa qualidade dos argumentos desenvolvidos e do método utilizado pelo julgador, para que a decisão tomada fosse considerada adequada; considerando-se a pré-compreensão sempre como aceitável, todo resultado, orientado por método e argumentação irretocáveis, seria legítimo.[120]

Penso que a pré-compreensão (ideologia) para ser aceita em razão do pluralismo deve atender a dois requisitos: i) não pode se fundar na crença em elementos metafísicos, impossíveis de averiguação ou constatação empírica; e ii) não deve possuir natureza humanamente discriminatória, tais como devido a sexo, raça, *status* social etc. (*v.g.*,CF,art.1.º,III;art.3.º,I, III e IV), que desconsidere o dever de respeito ao próximo.

Exemplifico com a controvérsia envolvendo a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias. Em tese, não há óbice jurídico para o juiz decidir pela inconstitucionalidade de tais pesquisas, baseando-se em pré-compreensão (ideologia) de natureza religiosa. Desde, obviamente, que tais premissas ideológicas sejam i) empiricamente perceptíveis e ii) não sejam discriminatórias.

Com efeito, considerá-la inconstitucional, sob o argumento (pré-compreensão religiosa) de que o embrião equipara-se a um ser humano, não atende a nenhum dos requisitos. Embrião, nos aspectos físico, fisiológico, emocional e psíquico, não é ser humano (não passa de uma vida em potência). Impedir o seu uso, *e.g.*, para salvar a vida ou restaurar a saúde de alguém, de fato, é tratar o indivíduo como uma coisa, ignorando que esta pessoa tem direito a viver com dignidade e saúde (CF,art.1.º,III c/c art.5.º,caput), mas encontra-se fisiologicamente debilitada e necessitada de cuidados; é menosprezar o fato de que ela está inserida em nossa sociedade e de que o Estado tem o dever de promover a melhoria da saúde (CF,art.196,*caput*); em suma, é desrespeitá-la como ser humano ao tentar inviabilizar a possibilidade

118 "*Em função desta postura e considerando os demais ingredientes da atividade do intérprete, aí ficaria claro porque determinada situação tem de ser interpretada desta determinada maneira e não de outra*." Idem. p.386.

119 Idem. p.386.

120 SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.313-317.

de cura, pois se despreza sua deficiência orgânica, física ou psíquica, obstando a retomada de uma vida saudável, independente, digna e feliz.

A *parcialidade* da decisão também advém da ausência de transparência quanto à pré-concepção ideológica do julgador. Se, por exemplo, na concepção do julgador, o valor "*liberdade*" (típica do Estado liberal) deve sobressair em relação ao valor "*solidariedade*" (ressaltada no Estado social democrático), os jurisdicionados que desconhecerem este detalhe ideológico, além de não se convencerem da correção de determinada decisão tomada, não serão capazes de aceitá-la e, ainda, duvidarão da imparcialidade do julgamento.

Conseqüência: decisão tendenciosa e parcial, indubitavelmente, anda na contramão do propósito de se construir uma sociedade justa e solidária (CF,art.3.º,I).

O grande desafio do Supremo Tribunal Federal neste momento histórico é reconhecer que o objeto da interpretação jurídica não é unívoco e que tampouco o seu produto pode constituir uma afirmação absoluta. Ou seja, que o enunciado contido na CF,art.5.º,LVII comporta outras interpretações mais flexíveis e, muitas das vezes, mais adequadas à solução de casos concretos. Como adverte Marco Aurélio Greco, "(...) ou interpretamos o mundo partindo da idéia de que tudo forma uma só unidade, que as coisas são e não são ao mesmo tempo e que podemos detectar apenas as nuanças resultantes dos graus de cada componente; ou então, continuaremos a enxergar, pelos olhos de uma interpretação míope, uma realidade que verdadeiramente não existe e criar conceitos e categorias que só acentuam distinções e oposições fruto de uma concepção abstrata e distanciada da realidade."

E o primeiro passo para essa mudança creio que seja a revisão, pelo STF, da jurisprudência a respeito do dever de fundamentar, imputando-se, deste modo, ao aplicador do Direito o dever de explicitar tanto a sua (legítima) pré-compreensão ou ideologia[121] a respeito do tema controvertido (a qual o influenciará na direção argumentativa do silogismo),[122] quanto o dever de

---

121 "(..) em qualquer situação real ou imaginária de controvérsia, poderemos encontrar uma contra-razão ou um pedaço de argumento oposto correspondente para cada um dos elementos desse conjunto de razões. Portanto, o problema não é sustentar uma tese adequada às expensas de uma outra manifestamente mais fraca. Ao revés, é, na maioria das vezes, uma questão de escolher entre duas teses adequadas e adequadamente apresentadas, em uma situação dialética na qual cada argumento apresentado por cada uma das partes é firmemente contestado por outro bom argumento proposto pela parte contrária. Portanto, (...) apenas por referência a considerações de ideologia externas ao Direito é que alguém poderia chegar a uma decisão justificada. Então, *o fundamento último da justificação é uma ideologia em particular*, e não o Direito como um fundamento último e ideologicamente neutro de razão."MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. p.28.

122 "O profissional do direito não deve renunciar aos seus valores, adulterar a sua ideologia, para tentar convencer o seu interlocutor. Deve, isto sim, sopesar o quanto a falta de identificação ideológica no caso em questão, poderá influir negativamente no convencimento do interlocutor, para, então, procurar compensar esse desequilíbrio com outros recursos retóricos. Em todo caso, é conveniente saber em que terreno se trava o embate

justificar a rejeição dos argumentos contrários à decisão tomada, o que impedirá (ou, ao menos, dificultará) o surgimento regras concretas desconformes à unidade constitucional.

V. Referências

AMADO, Juan Antonio García. *Sobre el Argumento a contrario en la Aplicación del Derecho*. Doxa 24, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. *A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
----- *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhkamp, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. A Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Temas de Interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
----- "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
----- *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
----- *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
----- *Sistema Constitucional Tributário*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Aplicação e Interpretação da Constituição*. 4.ªed., São Paulo: Saraiva, 2001.
----- *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 1.ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem. A Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos mais Difíceis.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALLIGARIS, Rodolfo. *O Sermão da Montanha*. 15.ed. Rio de Janeiro: FEB, 2004.

argumentativo."COELHO, F.U. *Roteiro de Lógica Jurídica*. São Paulo: May Limonad, 1997.p.109 *apud* VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica.* p.83-84.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DaMATTA, Roberto. Igualdade eleitoral e hierarquia. *O Globo*. 22.10.2008.

D´URSO, Luiz Flávio Borges. Em defesa da presunção de inocência. *O Estado de São Paulo*. 01.06.07.< http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2007/artigo-em-defesa-da-presuncao-de-inocencia/>.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo; Martins Fontes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7.ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Fábio Rodrigues. *A Relação de Trabalho na Constituição: Fundamentos para uma Interpretação Razoável da Nova Competência da Justiça do Trabalho à luz da EC n. 45/04*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Renato Rodrigues. *A superação de regras vinculantes no caso concreto: uma heresia ou uma possibilidade?* Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da UERJ. Rio de Janeiro, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoria y metateoría del derecho*. 1.ªed. Barcelona: Gedisa editorial, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. A justiça que o povo quer. *Revista Jus Vigilantibus*. 15.06.2008. <http://jusvi.com/artigos/34056>.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortés. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
-----*Rechtsphilosophie*. 2.ªed. München: C.H.Beck, 1997.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEITÃO, Miriam. *Decisões da dúvida*. O Globo. 24.08.2008.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento.* 2.ªed., São Paulo: RT, 2003.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Análisis del Derecho*. 11.ªed. Barcelona: Editorial Ariel, 2003.
----- *La constitución de la democracia deliberativa.* 1.ªed. Barcelona: Gedisa editorial, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *O Império Retórico: Retórica e Argumentação*. Porto: Edições ASA, 1993.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15.ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de Teoría del Derecho*.2.ª.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
SANTOS, Juarez Cirino. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3.ªed. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Traduzido por Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito. Primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. In Direito, Estado e Democracia: entre a (In)efetividade e o Imaginário Social.* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n.º 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübigen: Mohr Siebeck, 1997.

SUMMERS, Robert S..Precedent in the United States (New York State). In MacCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Ashgate Publishing, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRUCHINER, Noel. Algumas "Proposições Fulcrais" acerca do Direito: o debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo, *in* MAIA, Antonio Cavalcanti et alii

(org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TORON, Alberto Zacharias. *Voz do Povo. Judiciário não pode ser emparedado por contrariar clamor*. <http://www.conjur.com.br/static/text/68066,1>.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. 3.ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo jurispositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.* Tradução de Susana Elena Dalle Miura. São Paulo: RT, 2005.

VOESE, Ingo. *Argumentação Jurídica. Teoria. Técnicas. Estratégias.* 2.ªed. Curitiba: Juruá, 2007.

VOGEL, Joachim. *Juristische Methodik*. Berlin: de Gruyter, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e a sua Linguagem*. 2.ª versão. 2.ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4.ed. São Paulo: RT, 2003.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GOMES, Renato Rodrigues. ADPF 144 e colisão entre democracia, moralidade e presunção de inocência: uma proposta de solução compatível com a unidade constitucional. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, setembro, outubro, novembro, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-RENATO-RODRIGUES-GOMES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.