XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-355-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irredutível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teorética, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teoréticos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

O CUMPRIMENTO DE PENA SEM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓPTICA DA DOUTRINA UTILITARISTA

LA EJECUCIÓN DE UNA PENA SIN UNA DECISIÓN FINAL: UNA REVISIÓN DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO CON ARREGLO A LA DOCTRINA DEL UTILITARISMO

Felipe Lascane Neto

Resumo

O presente artigo analisará, sob o fundamento filosófico da ética utilitarista e sob a óptica da doutrina do expansionismo penal, a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292, na qual por 07 (sete) votos a 04 (quatro), passou a entender que é cabível o início do cumprimento da pena proferida em processo criminal, a partir da decisão de 2ª instância seja ela confirmatória ou modificatória da sentença de 1ª instância, apesar de o artigo 5º, inciso LVII, dispor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Trânsito em julgado, Sentença penal condenatória, Doutrina utilitarista

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo examinará, en el fundamento filosófico de la ética utilitaria y desde la perspectiva del expansionismo penal, la decisión dictada por el Tribunal Supremo en el Habeas Corpus N ° 126.292, que por 07 votos contra 04, llegó a entender que es apropiado para empezar de la sentencia dictada en el proceso penal, desde la decisión de segunda instancia ya sea de confirmación o modificatória el 1er fallo ejemplo, si bien el artículo 5, párrafo LVII establece que nadie puede ser considerado culpable hasta la decisión final de una sentencia penal condenatoria.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Juicio final, Sentencia penal condenatoria, La doctrina utilitaria

INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, julgou o Habeas Corpus nº 126.292 e por 07 (sete) votos a 04 quatro) passou a entender que é cabível o início do cumprimento da pena criminal à partir da decisão de 2ª instância seja ela confirmatória ou modificatória da sentença de 1ª instância, apesar do artigo 5º, inciso LVII, dispor expressamente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Será analisada a mencionada decisão sob a óptica da doutrina do expansionismo penal e da corrente filosófica da ética utilitarista.

A sociedade vive em clima de insegurança. A criminalidade organizada promove espetaculosas cenas de violência, com a utilização de armas de grosso calibre, assustando e amedrontando à sociedade que se sente cada vez mais insegura.

A mídia escrita, falada ou televisiva, dedica boa parte de sua programação para mostrar cenas de violência urbana, criando a sensação de que os cidadãos ordeiros e trabalhadores se tornaram reféns d'uma horda de meliantes que a qualquer momento tomarão as cidades e avançarão sobre o poder constituído diante da ineficiência do Estado em controlar a criminalidade, o que gera a infelicidade da sociedade.

Nestes momentos, surge o clamor popular apoiado pela mídia sensacionalista, clamando por soluções imediatistas como a criação de novos tipos penais, principalmente os crimes de mera conduta, o aumento da pena do delito, a criação de novos empecilhos para a progressão de regime ou livramento condicional, qualificação de um determinado crime em hediondo, o abreviamento no cumprimento das penas, ou seja, o cumprimento provisório da pena sem o trânsito em julgado, dentre outros pontos, como meios de promover uma felicidade da sociedade.

Direitos fundamentais, como a presunção de inocência transmudaram-se no princípio da não culpabilidade.

Com a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou-se o entendimento na Alta Corte de que a regra é de que as penas passam a ser cumpridas com a da decisão em 2ª instância e não mais com o trânsito em julgado, como expressamente determina o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

A doutrina da ética utilitarista capitaneada por Bentham defende como princípio fundamental que os atos emanados do Poder produzam a "máxima felicidade possível para o maior número possível de pessoas".

No primeiro capítulo será examinada a doutrina da ética utilitarista de BENTHAM, e realizar-se-á a correlação inicial com à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292.

No segundo capítulo será verificado a partir dos fundamentos utilizados pelos julgadores, se a decisão do Supremo Tribunal Federal que passou a permitir o cumprimento da pena com a decisão provisória de 2ª instância, portanto, sem o trânsito em julgado, foi uma decisão de conteúdo utilitarista ou não, e se ao assim decidir o Colendo Supremo Tribunal Federal promoveu uma mutação inconstitucional.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se na correlação entre o pensamento utilitarista e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292, buscando realizar uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de Direito Penal, Constitucional, e de Filosofia.

Nesse sentido, utilizar-se-á o método indutivo de modo a permitir a analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sob a óptica utilitarista e seu impacto na segurança jurídica e nos alicerces do Estado Democrático de Direito. O sobredito método indutivo permitirá, assim, estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema, mediante o cotejo da decisão do Supremo Tribunal Federal com a pesquisa bibliográfica.

1. A ÉTICA UTILITARISTA – BREVES APONTAMENTOS

A ideia central do utilitarismo, está fincada em decisões que promovam a maior felicidade possível para o maior número possível de indivíduos[1].

BENTHAM define o princípio de utilidade ao afirmar:

> "Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover a referida

> felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo, mas também de qualquer ato ou medida de governo".[2]

Como fica claro, para o pensamento utilitarista os "atos ou medida de governo" também se pautam no objetivo de que estes promovam a felicidade do maior número possível de pessoas.

Para BENTHAM, a ação ligada ao sofrimento é uma ação má. Sendo assim, todo agente moral é responsável pelo sofrimento associado à sua ação, seja esse sofrimento destinado apenas ao próprio agente, seja destinado a terceiros. A sociedade é, pois, responsável pelo sofrimento que está associado à sua forma de organização. Sociedade bem organizada é aquela que permite aos indivíduos maximizarem a sua felicidade[3].

Portanto, a sociedade como um todo, e cada agente moral em particular são responsáveis pelo sofrimento que nela venha a existir[4].

BENTHAM afirma:

> "A arte da legislação tem em vista dois objetivos ou propósitos gerais: um direto e positivo, qual seja, contribuir para a felicidade da comunidade: o outro indireto ou negativo, evitar que se faça qualquer coisa que possa resultar na diminuição dessa felicidade. Ela tem dois grandes instrumentos ou aparatos para capacitá-la a encaminhar o primeiro desses dois objetivos: 1. a coerção e 2. a recompensa"

Nesse ponto, percebe-se o pensamento utilitarista pode ser voltado ao legislador (quando da elaboração das leis), mas também ao aplicador da norma, como no caso em que estamos tratando (julgamento pelo Supremo Tribunal Federal). A decisão judicial se analisada pelo prisma do pensamento utilitarista tem o compromisso de proporcionar felicidade à sociedade ao interpretar os comandos normativos.

Lição de PELUSO comentando o pensamento utilitarista aplicado ao direito penal se mostra esclarecedora:

> Assim, toma corpo a teoria que destaca o caráter simbólico da atividade punitiva do Estado. Isto é, a intervenção penal não é mais tida como forma de tutela de bens jurídicos fundamentais, como pleiteado pela teoria garantista, mas como instrumento de impacto e controle do sentimento público de insegurança.

> (...)
>
> Se este diagnóstico estiver minimamente correto, então os movimentos especulativos hoje em dia prevalecentes na teoria do Direito Penal indicam o recrudescimento da teoria que interpreta o Direito como resultado da preservação da Lei e da Ordem, em detrimento das teorias que interpretam o Direito como instrumento de construção daquilo que se convencionou chamar de Estado Social e Democrático[5]

Na visão utilitarista, o crime e a punição têm a mesma natureza. Ambos são considerados um mal. Todavia seus efeitos são antagônicos. O crime causa uma sofrimento à(s) vitima(s), e gera uma infelicidade, um abalo nas demais pessoas que se enxergam como potenciais vítimas aptas a sofrerem os efeitos da repetição de tal conduta criminosa. A pena é um mal, posto que impinge sofrimento ao criminoso, mas é um bem nos seus efeitos, posto amedronta as pessoas de realizar condutas que com ela colidam[6].

A aplicação da pena, nesse passo, também gera uma felicidade para a sociedade que vê o agressor sofrendo em razão da conduta criminosa que teve. Essa felicidade coletiva tem se mostrado como justificadora para que direitos positivados na Constituição federal sejam mitigados.

No mesmo diapasão, abreviar o cumprimento da pena, mesmo quando da inocorrência do trânsito em julgado, também gera uma felicidade para a sociedade que clama para que os algozes da sociedade (criminosos), principalmente aqueles que são expostos na rede nacional de televisão, sejam encarcerados e paguem pelos seus delitos, ainda que o Poder Judiciário não tenha dito de forma final e definitiva (trânsito em julgado) que, de fato, a acusação procede no todo ou em parte e que a pena final é essa ou aquela.

Com base nesses breves apontamentos, no capítulo seguinte nos proporemos a demonstrar que muitos dos fundamentos utilizados pelo Ministros do Supremo Tribunal Federal para rever a posição da Corte e passar a adotar o entendimento de que a condenação em 2ª instância é suficiente para se iniciar o cumprimento da pena são de índole utilitarista e visaram à promoção de um estado de felicidade na sociedade.

2. O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DO PENSAMENTO UTILITARISTA EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus nº 126.292 e por 07 (sete) votos a 04 (quatro) passou a entender que é cabível a início do cumprimento da pena criminal à partir da decisão de 2ª instância seja ela confirmatória ou modificatória da sentença de 1ª instância.

Apesar da disposição prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o STF entendeu que o cumprimento provisório da pena pode ser já iniciado com o édito condenatório de 2ª instância.

Não será objeto do presente artigo a análise dos votos de cada um dos Ministros. A análise demonstrará que a modificação no entendimento do Supremo Tribunal Federal foi movida principalmente pelo clamor da sociedade, a qual estava descontente com o posicionamento outrora vigente de que o cumprimento da pena só pode ser iniciado com o trânsito em julgado da decisão condenatória, conforme preconiza o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e que atendendo ao sobredito clamor, a decisão se baseou em fundamentos utilitaristas, pois visou a satisfação da sociedade.

No bojo do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, citando Patrícia Perrone Campos Mello assim consignou:

> "(...) A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum[7].

A presunção de inocência - não presunção de não culpabilidade, termo esse que tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente[8], não se trata de valor mutável frente aos sabores da sociedade - a não ser que se empregue uma função utilitarista - mas de garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O Ministro Barroso, num dos fundamentos constantes do seu voto para a modificação do entendimento jurisprudencial do STF, e assim permitir a execução provisória do julgado com a decisão condenatória de 2º instância, assim consignou:

> a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144)[9]

Neste pátio, lição de GRAU refuta os argumentos lançados:

> Instalou-se um grande debate: princípio é norma jurídica? Passamos a matraquear a afirmação de que é mais grave violar um princípio do que violar uma norma, sem nos damos conta de que, sendo assim, princípio não é norma...
>
> Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e praticam - fazem-no cotidianamente -os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis.
>
> Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios - isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor - a segurança jurídica estará sendo despedaçada!
>
> A esta altura desejo observar que princípio é um tipo de regra de direito. A afirmação de que seria mais grave violar um princípio do que violar uma norma consubstancia uma tolice[10].

A lição acima transcrita, demonstra que não fica ao talante do julgador, decidir de acordo com o seu senso de justiça, calcado na formulação de juízos de valor, tampouco atender aos reclamos da sociedade, de modo a deixá-la mais ou menos satisfeita, feliz ou infeliz. A atividade do julgador, apesar de ampla, está vinculada à norma e não aos anseios da sociedade ou ao seu pessoal senso de justiça.

Como abordado nesse artigo o Supremo Tribunal Federal promoveu uma mutação constitucional, posto que reinterpretando o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal,

estabeleceu que as penas poderiam ser cumpridas a partir da decisão de 2ª instância e não mais a partir do trânsito em julgado como explicitamente está exposto no mencionado comando constitucional.

Sobre o tema, oportuna lição de GONÇALVES:

> (...) a principal crítica que cabe opor à tese da mutação é a de que, em verdade, ela subverte o texto da Constituição, dando-lhe um sentido completamente diverso do que deflui do texto. Sendo a mutação um processo informal de mudança de significado sem alteração do dispositivo, é intuitivo que só pode ocorrer nas hipóteses em que o texto interpretado é dotado de certo grau de abertura e indeterminação[11].

Como demonstrado, mutação constitucional não é ilimitada. Muito pelo contrário, não é possível atribuir um significado completamente diverso à norma, porque ao assim agir, o interprete da constituição está promovendo não a mutação constitucional, mas subvertendo o sistema e promovendo hipótese de mutação inconstitucional.

Os limites de interpretação do texto constitucional são de máxima importância, sendo que sua inobservância tem o poder de alterar indistintamente a constituição de forma arbitrária, malferindo seu conteúdo essencial e assim impulsionando os deletérios efeitos da insegurança jurídica[12].

BARROSO, comenta os limites da mutação constitucional, asseverando que:

> As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário[13].

Outro fundamento utilizado pelo Ministro Barroso foi que *"o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário*[14]".

A grita popular (exigência de ordem pública) e a credibilidade do Poder Judiciário são fundamentos eminentemente utilitaristas. Visam promover um estado de felicidade na sociedade pelo atendimento aos seus anseios.

Justificando seu voto o Ministro Barroso assim consignou:

> É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito[15]

Neste tópico, fica claro que o Ministro se utiliza de fundamento utilitarista para embasar seu raciocínio. Justifica que a demora no julgamento causa um destemor aqueles que se prestam a cometer ilícitos penal, mas, sobretudo, promovem uma frustração à sociedade, um estado de infelicidade diante da crença de que o Estado não possui capacidade para punir os violadores do direito penal, ainda que tidos como violadores sem decisão condenatória definitiva.

O acolhimento ao clamor social e, por conseguinte a promoção de felicidade da sociedade (que viu sua vontade acolhida pelo Supremo Tribunal Federal) fica bem marcada no seguinte trecho do voto do Ministro Barroso *"Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o* ***sentimento social de eficácia da lei penal****"*[16]*(grifei)*

Trecho do voto do Ministro Luiz Fux no mesmo sentido:

> É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no **sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência** de uma pessoa condenada que não para de recorrer (grifei)

O Supremo Tribunal Federal, nesse caso, com base em raciocínio utilitarista, abraçou a tão criticada tese do expansionismo penal, posto que cedeu ao clamor popular, as cobranças da mídia e da opinião pública, por soluções imediatas, como se o problema da criminalidade tivesse solução simplista e como se os anseios populares tivessem a capacidade de alterar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Estampa-se elucidativa lição de SANCHÉZ sobre o tema:

> Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios políticocriminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendência general, a la que cabe referirse con el término «expansión»[17]

O clamor social e a sanha irrefreável de punir que move a sociedade de hoje, massacrada por notícias de tragédias e violência explícita, não pode ser fundamento para que o sagrado direito à liberdade, irmão siamês da presunção de inocência, seja mitigado (como foi) pelo Supremo Tribunal Federal, em prol de promover um estado de felicidade a sociedade, ou seja, agiu movido e calçado no pensamento utilitarista.

Magistério de D'AVILA condensa o que foi exposto linhas acima:

> O direito penal não é apenas um instrumento de solução de conflitos. Ele é muito mais do que isso. O direito penal consiste em um verdadeiro legado civilizacional. Foi no âmbito do direito penal e por meio dele que foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, em termos axiológicos, inúmeras constituições ao redor do mundo. Essas conquistas que custaram a vida de muitos representam o mais importante legado do direito ocidental. Elas representam a consolidação do reconhecimento de direitos fundamentais que estruturam (ou ao menos deveriam estruturar) não só a sociedade contemporânea, mas a nossa própria concepção de ser humano. E cujo abandono representa um inadmissível retrocesso civilizacional[18]

No julgamento do sobredito Habeas Corpus, o Ministro Celso de Mello, em trecho do seu voto, no qual defendeu que o cumprimento de pena só pode ocorrer com o trânsito em julgado do édito condenatório, fez as seguintes ponderações:

> Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.
>
> Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático. Por isso mesmo, impõe-se repelir, vigorosamente, os fundamentos daqueles que, apoiando-se em autores como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo , Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, vislumbram algo "absurdamente paradoxal e irracional" na "pretendida presunção de inocência" (a frase é de Manzini)[19].

O pensamento do decano do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro de salvaguardar o postulado da presunção de inocência, explicitamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e demonstra categoricamente que a decisão que impinge ao condenado em 2ª instância o cumprimento provisório da pena se mostra incompatível, atávico com o regime democrático.

A decisão do Supremo Tribunal Federal curvou-se ao fenômeno do expansionismo penal e mitigou de garantias fundamentais. Todavia, não fará com que a criminalidade diminua, mormente considerando o caos prisional existente no Brasil.

O encarceramento não tem o condão de diminuir a criminalidade nem de dar maior ou menor credibilidade ao Judiciário. Seu fim é punitivo e punição não ataca a causa do problema.

> O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de étnica ou religião diversas das predominantes. Quando tinham permissão de andar fora das áreas a eles destinadas, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outro espaço[20]

A prisão não significa apenas imobilização do indivíduo, mas também sua exclusão da sociedade. Por isso, para grande parcela da população que defende o expansionismo penal (mesmo sem saber seu real significado e extensão), a prisão, a qualquer tempo e pelo motivo que for, se revela como um meio de atingir o mal na raiz[21].

A decisão do Supremo Tribunal Federal, nesse ponto, além de malferir o primado da presunção da inocência, se curvou ao clamor da sociedade que acredita ser o direito penal a cura para criminalidade, desconhecendo que não há bases que apontam que as prisões se prestam a ressocialização do apenado (ainda que provisório) sendo que a prisionização não se amalgama com ressocialização.[22]

O pensamento utilitarista, utilizado com fundamento nos votos que sustentaram o cabimento do cumprimento provisório da pena com a condenação prolatada pelo Tribunais de 2ª instância, também vem sendo verificado na política, como critica Bitencourt:

> Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governos utilizam o Direito Penal como panacéia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrária e simbolicamente o direito penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade[23].

Como expôs o Ministro Marco Aurélio, logo no início de seu voto, no sentido da impossibilidade do cumprimento provisório da pena sem a o trânsito em julgado: *"Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo"*[24].

O fim do direito é a proteção da pessoa de acordo com as regras constitucionais e infraconstitucionais postas, dentre eles a proteção à dignidade e o primado da presunção de inocência:

> No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela qualquer outra coisa como

> equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.[25]

De fato, ao se utilizar de fundamentos utilitaristas, o Supremo Tribunal Federal cedeu aos anseios populares, e assim proporcionou felicidade à sociedade, mas retrocedeu em conquista civilizatória importante, consubstanciada na presunção de inocência até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal, como explicitamente dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Houve, nessa decisão, um ativismo criativo sob fundamentos utilitaristas. Não se alterou o significado e a extensão da norma. Alterou-se a vontade do Poder Constituinte Originário.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal utilizou-se de uma boa quantidade de argumentos utilitaristas para alterar o entendimento da Corte e permitir que a pena criminal venha a ser cumprida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

A sociedade está, de fato, acuada com a violência, principalmente porque recebe uma carga expressiva de notícias relacionadas à violência, o que a deixa aflita e infeliz, até porque passa a enxergar o Estado como fraco e impotente frente as organizações criminosas retratadas nos, muitas vezes sensacionalistas, programas policiais, que ocupam boa parte da grade de programação das televisões abertas.

A decisão Supremo Tribunal Federal, conforme alguns dos argumentos expostos pelos Ministros, conforta a sociedade e lhe traz felicidade, posto que minimiza a sensação de impunidade presente no país.

De outro lado, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o da presunção de inocência, são conquistas civilizatórias importantes, cujo retrocesso mancha o duro caminho percorrido, com muita luta, para a contenção dos poderes do Estado e salvaguarda dos direitos do cidadão.

A realização da reinterpretação do dispositivo constitucional e da própria constituição, a qual se atribui o nome de mutação constitucional tem limites demarcados pelo próprio texto constitucional. Avançar nos limites, provoca um descrédito do sistema constitucional, posto que implementa a malsinada insegurança jurídica.

A sociedade também interpreta a constituição – e tem seus clamores -, mas isso não quer dizer que direitos fundamentais garantidos expressamente pelo texto constitucional possa vir a serem desprezados em nome de se atender a pretensa vontade da população e assim propiciar um sentimento de felicidade.

Mostra-se importante destacar que no Brasil às condições das penitenciárias são insalubres, indignas e deploráveis. Revelam-se como ambiente hostil, palco de sevícias físicas e sexuais dos encarcerados.

A regra não pode ser o encarceramento, muito menos o encarceramento sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, primeiro porque a constituição garante à presunção de inocência até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, segundo porque as aviltantes condições presentes no sistema prisional não recuperam ninguém. Só pune e pune mais do que com o encarceramento (pena prevista em Lei), pune com a tortura física e psicológica.

A Constituição Federal garante o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proibir a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), vedar as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, "e"), impor o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII), assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prever a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

A intepretação dos mencionados direitos e garantias fundamentais deve caminhar no sentido de lhes emprestar efetividade em prol do cidadão e não do Estado ou da vontade da sociedade. Não é função do Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição, promover felicidade ou infelicidade na sociedade, mas sim, velar para que os direitos constitucionais sejam garantidos, sem mitigações, tergiversações.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal que possibilitou o cumprimento provisório da pena, portanto, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, foram utilizados argumentos utilitaristas e a sociedade em sua maioria aplaudiu e se sentiu feliz, contudo,

representou um retrocesso na dura batalha pela conquista a manutenção de direitos fundamentais e um marcante retrocesso civilizatório, além de promover a indesejável abertura para que outras medidas de fortalecimento do Estado em detrimento do cidadão sejam adotadas.

Notas de Fim

---

[1] PELUSO, Luis Alberto. O utilitarismo de Bentham. Disponível em http://www.4shared.com/document/R1gOkjTd/O_UTILITARISMO_DE_JEREMY_BENTH.html. Acesso: 21 de julho de 2016, p.7 .

[2] BENTHAM, J.; "Principles of Morals and Legislation", London, J.H. Burns & H.A. Hart, 1970, pp.11/12

[3] Idem, p.12

[4] Ibidem.

[5] Idem, p. 38 e 40

[6] Idem, p. 50

[7] Trecho do voto do Min. Luiz Fux – HC - 126.292 - STF

[8] GOMES, Luiz Flavio; MAZZOULI, Valério de Oliveira. Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica. vol. 4. RT, 2008, p. 85-86

[9] Trecho do Voto do Ministro Luis Roberto Barroso – HC 126.292-STF

[10] GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípio. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p 24

[11] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Ano 4, número 13, jan./mar. 2009, p. 20.

[12]BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; Meyer-PFLUG, S. R. " A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais". In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). Interpretação Constitucional. 1ed.São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 147.

[13] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129

[14] Trecho do voto do Ministro Luiz Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus nº 126292 – STF.

[15] Trecho do voto do Ministro Barroso – HC 126.292 - STF

[16] ibidem

[17] SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La expansion del derecho penal: apesectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 20

[18] D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: O Problema da Expansão da Intervenção Penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, n. 71, p. 44-53. Dez./Jan. 2012, p. 49

[19] Trecho do voto do Ministro Celso de Melo – HC 126.292 - STF

[20] BAUMAN, Zygmund. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 114

[21] DA SILVA, Guilherme Barbosa; FÁVERO, Vanessa Rui. As mazelas do vigente sistema penitenciário nacional como indícios de instauração de uma "instituição total: características do estado totalitário no sistema penitenciário brasileiro, in Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 61.

[22] BAUMAN, Zygmund. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 122

[23] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial (vol. 4) – dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237

[24] Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 126.292 – STF

[25] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 77

Referências

BAUMAN, Zygmund. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999

BENTHAM, J.; "Principles of Morals and Legislation", London, J.H. Burns & H.A. Hart, 1970

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial (vol. 4) – dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementas dos acórdãos citados no texto. Disponíveis em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: O Problema da Expansão da Intervenção Penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, n. 71, p. 44-53. Dez./Jan. 2012

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZOULI, Valério de Oliveira. Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica. vol. 4. RT, 2008

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípio. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008

PELUSO, Luis Alberto. O utilitarismo de Bentham. Disponível em http://www.4shared.com/document/R1gOkjTd/O_UTILITARISMO_DE_JEREMY_BENTH.html. Acesso: 21 de julho de 2016

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000

SILVA, Guilherme Barbosa da; FÁVERO, Vanessa Rui. As mazelas do vigente sistema penitenciário nacional como indícios de instauração de uma "instituição total: características do estado totalitário no sistema penitenciário brasileiro, in Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La expansion del derecho penal: apesectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas, 2001