

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

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 Napolini 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

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

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. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, por ocasião do XXV Congresso Nacional do Conpedi, em Curitiba/PR.

Os textos que ora se apresentam, ecléticos que são pela própria amplitude das ideias que contemplam e porque elaborados por autores que estão cientes do papel social que possuem na consolidação de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, demonstram a riqueza das ideias que norteiam o direito penal e o direito processual hodierno.

Os trabalhos contêm estofo interdisciplinar e contemplam desde a dogmática individualista tradicional até as transformações dogmáticas mais aptas à tutela do bem jurídico transindividual. As ideias transbordam o direito nacional e traduzem questões que afetam a modernidade globalizada, e dizem respeito tanto aos aspectos materiais como processuais de uma modernidade que reclama, mais do que nunca, que cada cidadão exerça efetivamente o seu papel social.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal e o direito processual penal, como segmentos de controle social de caráter formal e residual, carecem de aperfeiçoamento, principalmente porque subjacentes, hoje, às discussões que envolvem a pertinência das leis e do trabalho dos envolvidos na persecução penal desde sua etapa primeva.

Os textos ora apresentados refletem a vivência de uma sociedade complexa e plural, carecedora de práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições. Daí a razão pela qual a leitura permitirá vislumbrar o cuidado que cada autor teve de apresentar textos críticos, que por certo contribuirão para modificações legislativas e práticas materiais e processuais que alimentem o direito penal e o direito processual penal de molde a guardarem mais pertinência à Constituição Federal de 1988 e aos reclamos da sociedade hodierna.

Tenham todos ótima leitura e que venham os frutos das ideias acima destacadas!

Prof. Dr. Fábio André Guaragni - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

GARANTISMO PENAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: REFLEXIVIDADE DO HABEAS CORPUS 126.292/SP

CRIMINAL GUARANTEEISM AND PRESUMPTION OF INNOCENCE : REFLEXIVITY OF HABEAS CORPUS 126292/SP

Norberto Milton Paiva Knebel ¹

Resumo

O artigo relaciona a decisão do STF no HC 126.292/SP e a presunção de inocência. A partir disso, deduz possível consequência de tal decisão no encarceramento, consolidando um reflexo social indigno à defesa dos direitos humanos. A análise do discurso do Supremo Tribunal parte da decisão anterior sobre o tema (execução antecipada da pena) no processo penal – o HC 84.078/MG – até chegar a atual, pontuando a alteração de entendimento. Entre essas duas análises, a revisão bibliográfica da teoria do garantismo penal de Ferrajoli torna possível compreender a presunção de inocência como princípio essencial de um sistema penal legitimado democraticamente.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Processo penal, Garantismo, Encarceramento

Abstract/Resumen/Résumé

The article relates the Supreme Court decision in HC 126,292/SP and the presumption of innocence. From this we deduce possible consequence of such a decision on incarceration, consolidating a social reflection unworthy of human rights. Discourse analysis of the Supreme Court of the earlier decision on the issue (early execution of the sentence) - HC 84,078 / MG - until you reach the current. Between these two analyzes, the literature review of Ferrajoli of criminal garantismo theory makes it possible to understand the presumption of innocence as an essential principle of a democratically legitimate penal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Presumption of innocence, Criminal proceedings, Guaranteeism, Incarceration

¹ Mestrando em Direito e Sociedade do Unilasalle-Canoas/RS. Bolsista CAPES/Prosup.

1. INTRODUÇÃO

O intuito deste artigo é fazer uma relação entre o garantismo penal e a presunção de inocência, promovendo um debate entre a mudança de pensamento do Supremo Tribunal Federal acerca do mesmo princípio, tendo como paradigma a decisão do habeas corpus 85.078/MG de 2009 até a decisão corrente do HC 126.292/SP. Deduzindo a partir dessa mudança de pensamento frente às garantias constitucionais um possível reflexo na sociedade brasileira. Esse é o problema a ser pesquisado.

No primeiro capítulo iremos contextualizar o entendimento anterior do STF em relação a execução antecipada da pena, analisando o discurso¹ da decisão por completo, trazendo os principais argumentos e o teor central da decisão no que compete a este.

O capítulo segundo segue de forma diversa, pois é sustentado por revisão bibliográfica acerca do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, como marco teórico central. Apreendendo os principais conceitos e como é o relacionamento desses com o sistema processual penal do Brasil.

No último capítulo ocorrerá tanto a análise do discurso da decisão do habeas corpus de 2016 como a revisão bibliográfica quanto a reflexividade social que poderá resultar como efeito dessa nova decisão. Ou seja, no que enseja a nova política frente o princípio da inocência.

2. O HC 84.078/MG E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.

A Constituição pode ser considerada a materialização do contrato social na ordem jurídica. Por isso, sua interpretação irá exigir maior habilidade, competência e cuidado do que aquela aplicada ao direito privado, por exemplo (MAXIMILIANO, 2011, p. 247). A Constituição é “o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”. (STRECK, 1999, p. 215)

Para Barroso (2005), a interpretação da Lei Fundamental e de seus princípios é capaz de dar novos sentidos para todos os ramos jurídicos. E para isso seria necessária uma nova interpretação, superando o método clássico de subsunção à norma. Mas principalmente, uma nova interpretação que teria como objeto a efetividade da norma

¹ No que discursos apontam ideologias, conforme GREGOLIN, 1995.

constitucional: “A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional”. (BARROSO; BARCELLOS, 2003)

O método clássico coloca o intérprete como quem irá apenas desvendar o sentido do texto, sem ir além do sentido literal do preceito (CANOTILHO, 2004, p. 1211)². Mas conforme Grau, a interpretação constitucional deve ser afastada do uso de metodologias hermenêuticas tradicionais e sim, ser escolhida um método devidamente informado – e conformado:

O que passa, em verdade, é que a interpretação constitucional impõe ao intérprete a utilização de múltiplos métodos, se bem que primordialmente informados – e conformados – por uma linha de atuação que menos reflete uma opção preferencial por qualquer deles do que adesão a determinada postura ideológica

O Habeas Corpus nº 84.078 de 2009 originário do estado de Minas Gerais, era - até a decisão recente do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP-, o paradigma da execução antecipada da pena (anterior ao trânsito em julgado) referente à sua constitucionalidade frente a Constituição Federal da República do Brasil de 1988, é a partir da análise dela que demarcaremos, obviamente, a futura mudança de entendimento acerca da execução antecipada, sendo, na prática, a hermenêutica constitucional do princípio da presunção de inocência.³

Conforme o relatório: A decisão surge a partir de Habeas Corpus impetrado por paciente denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, I e IV, culminado com o artigo 14, II, ambos do Código Penal – homicídio qualificado na forma tentada. Sendo condenado pelo Tribunal do Júri em pena de sete anos e seis meses de reclusão em regime inicialmente fechado. Antes mesmo do recurso especial, o Ministério Público requereu a prisão preventiva, decretada. Requeria o paciente questionar há base empírica que mantém a prisão preventiva e evitar a execução prematura da sentença condenatória, que afrontaria o princípio da presunção de inocência.

Segundo o Código de Processo Penal de 1941, em seu artigo 312, a prisão preventiva tem como pressuposto de decretação a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a asseguaração da lei penal, havendo prova da existência do crime e da autoria. Portanto, para LOPES JR. (2016a, p. 516-517),

2

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Eros Roberto Grau. Publicado no DJe de 26/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

a prisão preventiva exige o *fumus commissi delicti*, exigindo que se demonstre que a conduta é provavelmente ilícita. Assim, conforme o autor, a previsão legal impõe a divisão em quatro fatores: (I) Garantia da ordem pública; (II) a garantia da ordem econômica; (III) Conveniência da instrução criminal e (IV) assegurar a aplicação da lei penal.

O instituto da prisão preventiva sofre críticas quanto a sua constitucionalidade, como faz PRADO (2011)⁴, porém, no Habeas Corpus aqui apresentado, a constituição dos pressupostos para prisão preventiva foi afastada em julgamento anterior pelo Superior Tribunal de Justiça, requereu o Ministério Público relatando a alienação dos bens do paciente com fins de financiar sua fuga – justificado no receio de frustração da aplicação da lei penal, o fator (IV). Embora tenha sido concedida no tribunal estadual, em sede liminar no STJ, foi esclarecido pelo Ministro Nelson Jobim que o paciente vendeu seu patrimônio para mudar de ramo comercial, não havendo intuito de fuga. Assim, não havendo fundamento da prisão preventiva na base do art. 312 do CPP, conforme o voto de Eros Grau no teor da decisão: “afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena.”

A Lei da Execução Penal – nº 7.210/1984 – institui em seu artigo 105 que a execução da pena privativa de liberdade é condicionada ao trânsito em julgado sentença condenatória. Mas, principalmente, o artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil que em seu inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assumindo assim o Princípio da Presunção de Inocência como garantia aos réus de processos penais. O conceito, para LOPES JR (2016a, p. 89) é:

consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, é um princípio reitor do processo penal e seu nível de eficácia denota o grau de evolução civilizatória de um povo. Do “não tratar o réu como condenado antes do trânsito em julgado”, podemos extrair que a presunção de inocência é um “dever de tratamento processual”, que estabelece regras de julgamento e de tratamento no processo e fora dele. Manifesta-se numa dupla dimensão: a) interna: estabelecendo que a carga da prova seja

⁴ “A inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de política judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.”

integralmente do acusador; impondo a aplicação do *in dubio pro reo*; limitando o campo de incidência das prisões cautelares; b) externa: exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, assegurando a imagem, dignidade e privacidade do réu.

No trato da decisão do Habeas Corpus analisado o relator Eros Grau posiciona-se frontalmente contra a execução provisória da pena ao denotar sua incompatibilidade com a Constituição Federal: “A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal” (p. 1064). Votando pela concessão da ordem, acompanhado dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Carlos Britto. Vencidos: Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia e Menezes Direito.

A ementa da decisão aponta: “habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. art. 5º, LVII, da constituição do brasil. Dignidade da pessoa humana. art. 1º, II, da Constituição do Brasil.”

Em vias de promover o diálogo entre a decisão acima resumida brevemente, datada de 2009 e a decisão polêmica do HC 126.292, datada de 2016, é no plano do tratamento dessa garantia do processo penal – a presunção de inocência – que há uma mudança de interpretação pela corte do Supremo Tribunal Federal. Também, mesmo que a ideia que o cumprimento de sentença recorrível em pena privativa de liberdade não seja uma novidade (RANGEL, 2010, p. 53), a garantia do devido processo legal é vista aqui como exemplo do garantismo penal.

3. GARANTISMO PENAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência como princípio para a ciência processual já era visto por Francesco Carrara (FERREIRA, 1988) e Cesare BECCARIA (2003, p.42), que em 1764 declarava:

Um homem não pode ter sido culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para cominar uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.

O garantismo penal é um posicionamento de natureza positivista, ou seja, encontra pressuposta na legalidade e na eficácia dessa, onde o processo penal irá respeitar sempre o regime estrito da lei que expressa direitos fundamentais, evitando excessos do poder do Estado ao punir. O conceito de garantismo penal encontra definição na obra de Salo de CARVALHO (2015, p. 280) nos seguintes termos:

Modelo teórico-normativo neopositivista, direcionado à prática judicial, fundamentado na defesa das regras do jogo processual penal como forma de tutela dos direitos fundamentais contra o poder punitivo. Incorpora as pautas político-criminais do direito penal mínimo e refuta o abolicionismo.

Efetivamente, o garantismo penal é uma teoria do jurista italiano Luigi Ferrajoli, autor que podemos estabelecer como “razões do direito penal” (2006) três conceitos: (I) A pena – quando e como punir; (II) O delito – quando e como proibir; e (III) O juízo – quando e como julgar. O primeiro tema discorre acerca dos princípios da retribuição e da legalidade⁵; da necessidade e humanidade das penas; e da proporcionalidade, da equidade e certeza das provas.

O tema (II) irá debater o que CARVALHO (2008, p. 89) chama de “critérios de deflação legislativa”, criando critérios limitadores, insurgindo o tema da intervenção penal mínima, são eles: (a) lesividade; (b) materialidade; e (c) culpabilidade. São chamadas pelo autor italiano de garantias substanciais, em oposição às garantias processuais – que logo mais serão abordadas – que são as instrumentais.

Em (a) verificamos a tutela dos bens jurídicos protegidos, que segundo FERRAJOLI (2006, p. 440) é um critério para minimalização das proibições penais, pois gerará tolerância aos desvios, reduzindo a intervenção penal ao *mínimo necessário*, sendo

⁵ Segundo CARVALHO (2008, p. 86-87): “O princípio da legalidade pode ser dividido em duas regras de legitimação (formal ou substancial). A legalidade ampla (ou princípio da mera legalidade) vincularia o crime à lei penal, visto ser esta conditio sine qua non de existência do delito e aplicação da pena. Seria regra de divisão do poder penal que prescreve ao juiz verificar como delito somente o que está reservado ao legislador determinar como tal. O princípio da legalidade estrita (princípio da previsibilidade mínima ou taxatividade) definiria técnicas semânticas de qualificação da conduta punível, ou seja, regras de formação da linguagem penal que prescreveriam ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição de delito para que seja, em momento posterior, possível sua aplicação na linguagem judicial a partir de predicados verdadeiros de fatos processualmente comprováveis – o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, a quem prescreve que considerem crime qualquer fenômeno livremente qualificado como tal pela lei, o princípio cognitivo de estrita legalidade é uma norma meta-legal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal idônea que deverá garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de sua enunciação. O primeiro limita o processo artesanal da norma incriminadora ao Estado, e em seu interior ao legislador, estabelecendo os liames necessários com o poder judiciário. O segundo cria critérios lingüísticos de redação da lei penal pelo poder previamente determinado.”

lançados a dano civil os prejuízos reparáveis e tornados ilícitos administrativos as violações à norma administrativa. CARVALHO (2008, p. 90) esclarece que esses critérios de lesividade estarão estabelecidos na ordem constitucional, que deve primar na exclusão do sistema penal os delitos não lesivos.

A materialidade (b) é, essencialmente, a relação entre a ação e o resultado danoso (CARVALHO, 2008). Ideia encontrada em HOBBS (2003, p. 248) ao referir-se ao conceito de crime: “a palavra *crimen* (derivada de terno, que significava perceber) designavam apenas os pecados que podem ser apresentados perante um juiz, e portanto não são simples intenções.” A culpabilidade (III) é, no entendimento de Nilo BATISTA (2007, p. 102-105), impõe a subjetividade da responsabilidade penal, excluindo qualquer espécie de responsabilidade objetiva.

Após as garantias substanciais, chegamos à instrumental. Para FERRAJOLI (2006, p. 494-516) a principal garantia processual que conceitua todas as outras é a submissão a jurisdição. É o vínculo entre as garantias penais e as processuais, pois não haveria forma de tutelar as primeiras sem a forma da segunda. Estabelecem-se três garantias básicas: (I) *habeas corpus*; (II) a reserva de jurisdição e (III) a *presunção de inocência* – que segundo ao autor é: “por força da qual sem um “juízo legal” e antes da sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado”. (p. 496)

No passo da efetivação da garantia da *presunção de inocência*, é abarcado pela ordem legal como meio de manutenção da igualdade processual, inserido também no princípio do *favor rei* – proteção do indivíduo às arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Estado. (CRUZ, 2013, p. 95). Portanto, toca diretamente no princípio da legalidade. Tal princípio, ou a reserva da legalidade é norma positivada na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No campo teórico, tal princípio remonta da carta magna de João Sem Terra (1215), mas na contemporaneidade contempla a realidade jurídica do Estado Democrático de Direito. No Brasil, pela constituição federal da república de 1988 é proclamado expressamente o posicionamento do país como um Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”. Cabe ressaltar que o Estado Democrático de Direito não é mera síntese de conceitos antigos apropriados em uma nova concepção de Estado. Este possui um conteúdo próprio contemplando as conquistas democráticas, as

garantias jurídico-legais e a preocupação social – no intuito maior de transformação de status quo. (STRECK; MORAIS, 2012, p. 97)

A legalidade – garantia instrumental básica (II) para Ferrajoli, para o Direito Penal, pode ser dividida em dois princípios: (I) Da anterioridade da lei penal; e (II) Da reserva legal. O princípio (I) é visto na ordem constitucional no art. 5º, inciso XXXIX: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), desse princípio surgem os princípios da irretroatividade penal e a retroatividade benéfica ao réu (art. 5º, inciso XL da CRFB).

O princípio (II) é a chamada legalidade penal é o estabelecimento de que só a lei em sentido estrito tem legitimidade para legislar na matéria penal. Ou seja, conforme Nilo BATISTA (2007, p. 70), somente a lei escrita em conformidade com a norma constitucional pode criar crimes e penas, jamais o costume. Ainda, na forma que apresenta BARATTA (2003):

O princípio da reserva da lei impõe limitar o exercício da função punitiva somente às sanções previstas pela lei como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Isso exclui, particularmente, a possibilidade de introduzir penas no âmbito de qualquer dos poderes do Estado que não seja o Legislativo.

Na seara do processo penal, legalidade é diretamente relacionado ao conceito de Devido Processo Legal – consagrado no Brasil no artigo 5º da CRFB, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade e de sus bens sem o devido processo legal”. Nesse modo de jurisdição penal o juiz deve ser garantidor da eficácia do sistema de garantias da constituição: “ser julgado por um juiz imparcial, devidamente investido, com competência previamente estabelecida por lei (juiz natural) que terá a missão de zelar pela máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição” (LOPES JR., 2016b, p. 141).

Os sistemas de acusação são o que delimitam a colocação institucional do juiz e determinam os procedimentos quanto as garantias substanciais e instrumentais acima mencionadas (FERRAJOLI, 2006, p. 518), e são historicamente divididas em duas espécies: (I) sistema acusatório e (II) sistema inquisitório. Segundo LOPES JR (2016b, p. 145-157): O primeiro é onde o contraditório é absoluto, em uma relação entre partes, a princípio com juiz inerte. O segundo é o que institui um juiz-inquisidor – que atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga; portanto, opõe-se ao contraditório. Para FERRAJOLI (2006, p. 522) é um axioma que o juiz deverá estar separado da acusação.

Nesse sentido, o sistema acusatório prospera na perspectiva garantista, justamente pela necessária separação entre juiz e acusação. Porém, a realidade brasileira, não contempla obrigatoriamente todas as premissas desse sistema na legislação penal, é o que LOPES JR. (2016a) denomina de sistema “neoinquisitório”, por estar nas mãos do juiz a gestão da prova. Para tanto, sugere o autor (2016a, p. 44) que a interpretação da lei penal seja filtrada pelas garantias constitucionais:

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

Para FERRAJOLI (2010, p. 197-198) o garantismo servirá a uma legitimação mais apropriado do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito, pois não pode ser confundida com a legitimidade democrática propagada como senso comum – a “vontade popular”-, *“la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la comprobación imparcial de la verdad”*.

CARVALHO (2015) pontua que apesar de ser marcado por um ideário iluminista que considera ultrapassado e de uma pretensão universalista típica desses paradigmas científicos, o garantismo penal possui a virtude de diferenciar direitos e garantias, pois exige do segundo, necessariamente, a tutela dos direitos. Servindo, assim, a constrição dos poderes punitivos, com intuito de redução dos danos causados aos direitos humanos.

4. O HC 126.292 - REFLEXO SOCIAL NA DECISÃO DO STF

Assim, sob os cuidados do conhecimento sociológico crítico associado ao constitucionalismo delimitado para análise, que assim deve ser metodologicamente selecionado, por ser impossível falar em uma teoria geral da constituição, já que essa depende da identidade nacional e das especificidades de cada Estado Nacional: “não há “um constitucionalismo”, e, sim, vários constitucionalismos”. (STRECK, 2012, p. 108)

Sendo assim, imprescindível essa delimitação de qual entendimento constitucional filiado, ao demonstrar quaisquer compreensões de norma assentada na Constituição Federal material e escrita do Brasil. Respeitando o princípio de supremacia da Constituição, para partir dela o entendimento jurídico aplicado ao ordenamento⁶. O sistema jurídico brasileiro consagra uma Constituição Federal rígida, a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro, onde as leis ordinárias devem atender, obrigatoriamente, o texto constitucional. (DA SILVA, 2014, p. 46)

O Supremo Tribunal, agora com diferente composição de 2009, viria a exercer sua interpretação do princípio da presunção da inocência assegurada na Constituição Federal de 1988, tratando mais uma vez da execução antecipada da pena em decisão de segundo grau, em trato de seu tribunal pleno. Novamente, a hermenêutica constitucional exercida pela corte iria afirmar posição acerca do tema⁷.

Em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus nº 126.292 originário do Estado de São Paulo⁸, em caso de crime de roubo majorado – condenado à pena de 05 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial fechado, decisão mantida pelo Tribunal estadual. Indeferido o pedido de liminar em habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça, o paciente impetrou a mesma ação perante o Supremo Tribunal Federal. Sob relatoria do Ministro Teori Zavascki restou a seguinte ementa:

⁶ “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado” Em: (KELSEN, 1998, P. 155)

⁷ Para Barroso (2009) – atual ministro do Supremo Tribunal-, as regras para a interpretação constitucional são:

- Princípio da supremacia da Constituição: onde a Constituição se coloca como lei suprema do Estado, consubstanciada por sua própria rigidez (DA SILVA, 2014). Também, onde a soberania popular se converte em supremacia constitucional⁷.

- Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos: Derivado do princípio da separação dos poderes, onde o judiciário deve presumir a constitucionalidade dos atos do poder legislativo e executivo.

- Princípio da interpretação conforme a Constituição: Ou “o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição” em Canotilho (2004, p. 1226). “Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, de maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais”.

- Princípio da unidade da Constituição: “Não se interpreta a Constituição em tiras, em pedaços” (GRAU, 2010, p. 164). Inexiste hierarquia entre normas constitucionais.

- Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade: Compete à aplicação prática dos princípios, onde se encontra a ponderação no caso concreto. (GRAU, 2006, p. 210)

- Princípio da efetividade: É neste princípio em que se consagra a doutrina da efetividade e de onde partem os novos desenvolvimentos teóricos do constitucionalismo. Onde surge uma corrente do pós-positivismo ou positivismo constitucional.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Publicado no DJe de 17/02/2016

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

Portanto, a decisão da suprema corte entende que não há prejuízo ao princípio da presunção de inocência quando existe sentença penal condenatória confirmada pelo Tribunal de segundo grau. Ensejando a possibilidade real de execução provisória da pena no processo penal. Votaram pela denegação do habeas corpus, além do relator: Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso e Edson Fachin. Vencidos foram: Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Sustentou o relator, ministro Teori Zavascki (p. 8), a incidência durante todo o processo criminal do princípio da inocência, não exigindo do recurso de natureza extraordinária a necessidade de plena não-culpabilidade:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Imediatamente após a decisão, juristas reconhecidos dentro da doutrina do processo penal já demonstraram rejeição à decisão, como Aury Lopes Jr.⁹ e Fauzi Hassan Choukr¹⁰. Vista isso, é nítida a repercussão causada pela decisão, de como altera a posição adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 – conforme o conteúdo do primeiro

⁹ “ABANDONAI TODA A ESPERANÇA VÓS QUE AQUI ENTRAIS: HABEAS CORPUS 126.292” Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#_edn1

¹⁰ “Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico” Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/abandonai-toda-a-esperanca-vos-que-aqui-entrais-habeas-corpus-126-292/>

capítulo deste. Esse aporte maior às possibilidades de reclusão irá possuir um reflexo evidente na sociedade: maior encarceramento.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹¹, em 2014, a população carcerária no Brasil era de 607.373 pessoas. O efeito que a execução provisória da pena pode trazer a esses números ainda é incerto, porém, implica em uma tendência da estrutura social, do encarceramento como controle das multidões – onde as políticas de controle repressivo recaem sob a população excedente e os trabalhadores subqualificados. (DE GIORGI, 2013, p. 98).

RUSCHE e KIRCHHEIMER (2004) deixaram uma herança ao pensamento criminológico ao analisar a relação entre o mercado de trabalho – o modo de produção capitalista – e o sistema punitivo. Dentro da feição marxista do trabalho, é verificado que é inevitável ter de acabar as desigualdades econômicas para suprimir a violência. É o desenvolvimento econômico que determina a sociedade, também, o sistema carcerário: “os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo; sua promoção e elaboração foram tarefas do iluminismo”. PAVARINI (2002, p. 163-164) também viria a encarar a necessidade do materialismo para uma criminologia crítica, nas razões estruturais que sustentam os processos de criminalização.

Assim, podemos delimitar prováveis clientes do (ainda) maior encarceramento. CARVALHO (2015b) aponta a seletividade da juventude negra para o cárcere, permitindo perceber o aumento e manutenção do grande aprisionamento desses pela violência institucional. A seletividade penal caracteriza-se pelo controle social da punição institucionalizada que ocorre desde o princípio da ocorrência delituosa até a execução da pena (ZAFFARONI, 2011, p. 69).

Os excluídos das cidades, segregados aos guetos, como afirma Wacquant (2008, 108-122), acabam por ocupar as prisões. No caso norte-americano, o autor aponta os usuários de drogas, doentes mentais e sem-tetos como os principais clientes das instituições penais. Ainda, o mesmo autor assevera a substituição dos guetos pelas instituições penais: “o gueto é um modo de prisão social, enquanto a prisão funciona à maneira de um gueto judiciário”, ao fim de cessar com a ameaça dessa população, seja simbólica ou material (2003, p. 108).

A criminologia crítica tende a enxergar, segundo SANTOS (2005), que o cárcere é incapaz de ressocializar, mas é plenamente capaz de neutralizar temporariamente uma

¹¹ Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Edição 2015. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuário_2015.retificado_.pdf

conduta ou inserir alguém definitivamente em carreiras criminosas: “a criminologia crítica considera indispensável a reintegração social do condenado não através do cárcere, mas apesar do cárcere”, é a política de abolição do cárcere.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Através desta singela pesquisa foi possível conferir que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal altera o entendimento acerca do princípio da presunção de inocência – vital ao garantismo penal. E esse novo exercício da hermenêutica constitucional incidirá na possibilidade de execução antecipada da pena, após a decisão de segundo grau, mesmo existindo decisão recorrível.

O exercício de hermenêutica da constituição é atividade própria do Supremo Tribunal Federal, portanto, o entendimento quanto a execução antecipada da pena em uma decisão de segundo grau, trata diretamente com o princípio da presunção de inocência. Por isso, a decisão de 2009 era o paradigma do entendimento da corte, alterado pela recente decisão, ambas em sede de habeas corpus.

Essa nova postura inferirá em maiores possibilidades para o processo penal efetivamente encarcerar, prender. Para tanto, conferem tal receita de política criminal às vítimas recorrentes desse mesmo sistema carcerário.

Entendemos que a partir dessa dedução será possível a implementação de novas pesquisas, contabilizando as consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal que desestabiliza o princípio da presunção de inocência consagrado na Constituição Federal de 1988 e defendido como imprescindível pelo garantismo penal de Ferrajoli, analisando os dados quantitativos da população carcerária, no futuro.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal Mínimo: Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução de Francisco Bissoli Filho. 2003. Disponível em: <http://danielaferli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em 24/07/2016.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Interesse Público, v. 19, p. 51, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis. Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan. 11ª Edição, 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Tradução: Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Eros Roberto Grau. Publicado no DJe de 26/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Publicado no DJe de 17/02/2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Criminologia Crítica: Dimensões, Significados e Perspectivas Atuais. Em: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto; AKAMINE JUNIOR, Oswaldo; DE MELO, Tarso (organizadores). Para a Crítica do Direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. 1ª Ed. São Paulo: Outras Expressões; Editorial Dobra, 2015.

CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo. O Encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 - 652, jul./dez. 2015

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Garantias Processuais nos Recursos Criminais. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do Direito Penal. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Democraci y garantismo. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Ivette Senise. "A atualidade do pensamento de Carrara no direito penal." Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo 83 (1988): 54-66.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

GREGOLIN, Maria do Rosario Valencise. A análise do discurso: conceitos e aplicações. ALFA: Revista de Linguística, v. 39, 1995 - A análise do discurso Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/107724>>.

HOBBS, Thomas. Leviatã: Ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Tradução: João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª Edição. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PAVARINI, Massimo. Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 1ª edição. Tradução: Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória – comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.), Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas medidas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142/143.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia crítica e a reforma da legislação penal. Apresentação na XIX Conferência Nacional dos Advogados/OAB. Florianópolis. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 7ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 7ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WACQUANT, Loïc. *As duas Faces do Gueto*. 1ª edição São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Luic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução: Eliane Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.