

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

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

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

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

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

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

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

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

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

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais

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

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

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

Eventos:

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

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

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

Comunicação:

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

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

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

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

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-604-8

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus nº 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**MENTALIDADE INQUISITÓRIA E MITIGAÇÃO DE GARANTIAS NO
PROCESSAMENTO CRIMINAL PELO STF NO CONTEXTO DOS 30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.**

**INQUISITORY MENTALITY AND MITIGATION OF GUARANTEES IN
CRIMINAL PROCESSING BY THE STF IN THE CONTEXT OF THE 30 YEARS
OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION.**

**Thiago Allisson Cardoso De Jesus
Nereu José Giacomolli**

Resumo

Analisa-se a efetivação das garantias fundamentais processuais penais a partir da atuação recente do STF, verificando eventuais descompassos com a axiologia constitucional e compromissos com a mentalidade inquisitória. Faz uso da sociologia reflexiva e técnicas de pesquisa documental, bibliográfica, análise de conteúdo e de discurso em Michel Foucault e Bourdieu. O problema de pesquisa gira em torno das mitigações, elegendo a ampla defesa e o Estado de Inocência para análise, considerando o legado ditatorial e a cultura punitivista contemporânea. Divide-se em duas seções e ao final considerações com o fito de contribuir com a visibilidade da temática aqui problematizada.

Palavras-chave: Garantias, (in)efetividade, Stf

Abstract/Resumen/Résumé

Analyze the effectiveness of the fundamental criminal procedural guarantees, based on the recent performance of the STF, verifying possible mismatches with the constitutional axiology and commitments with the inquisitorial mentality. He makes use of reflexive sociology and techniques of documentary, bibliographical research, analysis of content and discourse in Michel Foucault and Bourdieu. The research problem revolves around mitigations, choosing the broad defense and the State of Innocence for analysis, considering the dictatorial legacy and contemporary punitive culture. It is divided into two sections and at the end considerations in order to contribute to the visibility of the theme here problematized.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Guarantees, (in) effectiveness, Stf

De nada serviria ao povo que suas instituições baixassem do céu, ou fossem diretamente, plantadas por mãos divinas, se a terra, onde caem, não fosse capaz de produzir a inteireza de ânimo e a coragem do dever, para as executar. O espírito do estadista constrói as garantias mas se não houver homens no meneio da máquina 'quem garantirá as garantias'?

Rui Barbosa

INTRODUÇÃO

O Estado Moderno sustentou-se, a partir da literatura de base weberiana, pelos pilares da soberania jurídico-política e pelo emblemático monopólio do direito de punir. Pelo primeiro, concebe-se a moldura normativa como autolimitadora do poder estatal, demarcando funções e parametrizando eventuais excessos na atuação dos poderes constituídos.

No que refere-se ao monopólio do direito de punir, afigurou-se o Estado como um ente *forte perante todos* (HOBBS, 2010), com legitimidade para, ante a configuração de um *problema penal* (BETTIOL, 2000) entendido como *fato gerador*, investigar, processar, julgar e, em caso de decisão penal condenatória transitada em julgado, prover a execução da pena para, por fim, fomentar a volta ao *status quo libertatis*, sopesando o encarceramento com as regras do *reino das liberdades*¹.

Nesse contexto, o Estado precisa amparar-se em preceitos normativos que voltados ao regramento da comunidade política legitime a sua atuação bem como autolimite o seu poder, notadamente o punitivo. Assim, realça-se o complexo arcabouço jurídico – de base normativa e principiológica – que formalizam e fomentam os diversos instrumentos de contenção do poder punitivo.

Considerado, para alguns, um modelo ideal, sobretudo porque demarca uma suposta ruptura com o regime militar e com a plataforma governista de base ditatorial, o Estado Democrático de Direito Brasileiro, inaugurado pela Constituição da República e promulgado em 05 de outubro de 1988, é nitidamente marcado por um intenso conflito de

¹ Direito nitidamente complexo por abarcar um amplo e diversificado conteúdo essencial, compreendendo conforme Honneth (2015), as liberdades negativas, perante o Estado e demais indivíduos; as liberdades reflexivas relacionadas com as concepções de Justiça na atuação da faceta providente do Estado; e o conteúdo social da eticidade democrática. Assim, desdobram-se nas realidades das relações pessoais, na possibilidade de agir na economia de mercado e na formação da vida democrática, inclusive na configuração do Estado Democrático de Direito. A nosso ver, referencial teórico para bem pensar a formação (e o trajeto) da experiência brasileira no pós-1988.

ideologias (REALE, 2010), elemento que legitima a democracia plural e social desejada pelo Constituinte², em meio a uma ambiência de contraditórios, impasses e paradoxos diversos.

Assim, justifica-se o presente trabalho como uma contribuição à literatura especializada nos estudos das garantias processuais penais, notadamente as previstas como fundamentais, com o intuito de perceber os movimentos contraditórios que mitigam os núcleos essenciais³ bem como a influência da mentalidade inquisitória⁴ nessa ambiência democrática que permite os postulados garantistas⁵ em coexistência com as ideologias de recrudescimento e punitivismo⁶. Para tanto, objetiva-se analisar as diversas relações entre a mentalidade inquisitória e a afirmação/mitigação das garantias processuais penais no contexto dos 30 anos da Constituição da República, verificando a paradoxal atuação do Supremo Tribunal Federal, a quem a Assembleia Nacional Constituinte atribuiu a guarda do Texto Constitucional.

Como problema de pesquisa, quais as relações entre a mentalidade inquisitória e as diversas mitigações das garantias processuais penais nessas três décadas da promulgação da Constituição e em que medida essas influenciam a atuação do Supremo Tribunal Federal na contemporaneidade marcada por uma crise de paradigmas?

² Uma democracia constitucional que assegure direitos fundamentais, no olhar do garantismo jurídico em Ferrajolli, entendendo esses como “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, ou de cidadãos ou de pessoas capazes de agir – compreendidos como fragmentos da soberania popular, cuja violação é, além de ser um atentado contra a pessoa que deles é titular, uma violação à própria soberania popular. [...] **A democracia constitucional, por isso, se configura como um paradigma complexo que determina, além das formas das decisões, a sua substância, pois estabelece limites – de proibição – e vínculos – de obrigação- aos poderes representativos**” (COPETTI NETO, 2016, p. 49-50, grifo nosso).

³ Falando-se do direito per se, em seu conteúdo, núcleo essencial e plenitude para efetivação, com Alexy (2008, p. 280, grifo nosso) entende-se que “**restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário)** e as posições prima facie garantidas por princípios de direitos fundamentais [...] restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental”

⁴ De certo, “falar em mentalidade inquisitória no processo penal não significa atribuir ao contexto atual exatamente a mesma forma de pensar e agir que aquelas próprias dos inquisidores medievais, mas sim considerar que tal período possuiu tamanha influência na história dos povos e que, por promover uma maneira de pensar e agir de forma tão reiterada, acabou produzindo efeitos que perduram até os dias atuais, isto desde as relações humanas entre familiares até as relações jurídicas e processuais entre o Estado e os indivíduos” (PRADO, 2017, p. 249).

⁵ Ferrajolli, em Direito e Razão (2014, p.57, grifo nosso), aduz que “os axiomas garantistas – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores – **não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa**”.

⁶ O punitivismo expressa-se, cientificamente, por diversas ondas, estudadas pelas diversas criminologias. Sistematizando a criminologia do cotidiano que entende o delito como risco normal e justifica as diversas políticas preventivas; e a criminologia do outro que pauta-se na vingança, exclusão, defesa social, neutralização e combate ao sujeito perigoso. Nesse sopesamento, Zaffaroni infere que “o delito não pode ser tão normal como a chuva e, ao mesmo tempo, não pode ser dramatizado ao máximo, usando o vocabulário militar ou de guerra e apresentando o infrator como um sujeito irredutivelmente mau, que deve ser aniquilado” (2013, p. 174).

A hipótese do presente indicaria que as instituições republicanas, entre as quais o STF, são fortemente influenciadas por uma mentalidade inquisitória pautada na cultura da punição, pela busca da legitimidade democrática e pelo histórico reconhecimento/tratamento do sujeito em conflito com a lei como um *inimigo público* a ser neutralizado, contido e destituído de subjetividades jurídicas.

Como percurso metodológico, far-se-á uso da sociologia reflexiva na perspectiva *bourdiana*. Entendendo o Estado Democrático de Direito como uma *estrutura-estruturante* (BOURDIEU, 2012), utilizou-se de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e da análise de historiografia e de discurso (FOUCAULT, 2013), com o escopo de investigar as nuances e facetas das inúmeras conexões entre os resquícios inquisitivos e as diversas práticas judiciárias no Brasil contemporâneo, com ênfase à atuação do Supremo Tribunal Federal, colocando-se enunciados discursivos, inclusive votos dos Ministros, em *suspense* e construindo inferências no bojo da contemporânea efervescência política e cultural (GONÇALVES, 2013), *campo de luta* e palco profícuo para as análises mais complexas (REALE, 2010).

O plano de investigação será desenvolvido em 02 seções: a primeira analisará o processamento criminal como instrumento de uma interessada política criminal no contexto de hibridismo do Estado Democrático de Direito Brasileiro, perscrutando seus fundamentos e as repercussões da mentalidade inquisitória, considerando a historicidade e os marcos teóricos para escoreita problematização da temática. Na sequência, uma investigação situada no *reino das liberdades* de base constitucional, tomando como escopo as garantias fundamentais individuais da ampla defesa e do contraditório com o fito de refletir sobre a oscilante atuação do Supremo Tribunal Federal que, tendo que zelar pela Constituição, afirma e mitiga, por diversas razões e circunstâncias, o núcleo essencial dos conteúdos assecuratórios voltados a contenção do poder punitivo estatal.

Por fim, considerações conclusivas, com a pretensão de contribuir com a inserção dessas questões na pauta de debates, serão tecidas e voltadas a provocar a ressignificação do *sentimento constitucional*⁷ nesse ano de (supostos motivos de) comemoração.

⁷ Dialogando com Verdu (2004), entendemos que, para além da declaração do direito seja necessário assegurar seu conteúdo essencial. Assim, corroborando com Mourgeon, em *Os direitos do homem*, “constitui uma farsa, sabiamente mantida pelo Poder no seu cinismo, o argumento segundo o qual a afirmação constitucional dos direitos é uma garantia para o homem. Na verdade, tudo depende do democratismo real com a qual ela se processa. [...] as constituições são elaboradas e revistas pelos detentores, de facto ou de direito, da autoridade mesmo quando se reúnem em assembleias eleitas. Depois, a ratificação popular é canalizável. [...] A afirmação unilateral que elas exprimem nunca poderia conter uma oferta generosa desprovida de propósitos ocultos. Quaisquer que sejam os textos utilizados e o seu conteúdo, ela desmente com mais ou menos força e evidencia

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, O PORVIR NO PROCESSAMENTO CRIMINAL E O PASSADO A CONDICIONAR: uma análise sobre os fundamentos e repercussões de uma mentalidade inquisitória no arcabouço das garantias processuais penais

A forma pela qual o Estado trata a questão criminal⁸ (ZAFFARONI, 2013) relaciona-se às diretrizes estruturantes que esse adota, afigurando-se o processo penal como um nítido instrumento de política criminal (FERNANDES, 2000). Nesse sentido, o processamento criminal condiciona-se às dimensões estruturais do Estado Nacional, revelando uma verdadeira tensão entre os diversos modelos idealmente concebidos⁹.

Com efeito, não pode a *processualidade* (GRINOVER, 2016) brasileira ser analisada com a ótica da época da positivação do *codex* processual penal. Situado na década de 40 e influenciado por diversas matrizes nazifascistas, o atual Código de Processo Penal, uma norma processual penal pura, fora elaborado à luz da Constituição de 1937, intitulada como *polaca* pelo seu conteúdo híbrido e repleto de valores e enunciados importados de outras realidades estrangeiras e pouco condizentes com a realidade daquele momento no Brasil. Em muito, o Brasil importou valores que não assimilados demarcam as *raízes* (HOLANDA, 1990) desse país e os fundamentos da *inefetividade* de tantos preceitos, inclusive constitucionais.

Então, há de falar-se de um intenso processo de derivações e perdas de sentido de diversos enunciados normativos da atual codificação processual penal pela incidência do fenômeno da recepção das normas, verdadeira filtragem do CPP feita pelo advento da atual

do ditado segundo o qual ‘não se pode dar e depois tirar’: neste campo tira-se muito, e com frequência mais do que se dá. Basta, para que nos convençamos, verificar que todos os reconhecimentos não só ignoram vários direitos, e não os de menor importância, como nunca deixam de mencionar os limites daqueles que enunciam (1981, p.97)

⁸ Considerando que a política se dá no campo das escolhas, Zaffaroni afirma que o Estado atua a partir de movimentos contraditórios e de indiferença quando apregoa que “o poder punitivo reduziu a pessoa com o osso partido a um mero dado, porque não toma parte na decisão punitiva do conflito” (2010, p. 19). Nesse sentido, agigantando-se o Estado Punitivo, e gozando de legitimidade democrática, categoricamente apregoa que “o resultado mais espetacular do sistema penal é a prisionização, pois desde o século XIX, a privação de liberdade é, em todo o mundo, a coluna vertebral do sistema de penas” (2010, p. 278).

⁹ Fernandes (2000, p. 10) elucida isso em análise bem pontuada: “[...] é possível uma identificação das grandes linhas em que a questão penal se encontra actualmente posta, cujos reflexos em cada um dos sectores que dela se ocupam é inquestionável. Com efeito, a análise a respeito da questão penal irá revelar que a nível macroscópico verifica-se uma verdadeira tensão entre modelos denominados garantidores – e garantistas – e modelos fundados numa maior preocupação com a eficiência e com a funcionalidade dos aparelhos estatais (normativos, estruturais, pessoais entre outros) que estão incumbidos do seu tratamento”

Constituição da República, em uma reconhecida *constitucionalização tardia* (BARROSO, 2005; 2010) – porém, necessária.

Pressupondo um neoprocessualismo necessário para a concepção da ambiência neoconstitucional, os instrumentos processuais penais passam por um redimensionamento oriundo da adequação e compatibilização do poder punitivo estatal à nova Constituição, marco político, filosófico e jurídico para o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Profícuo campo de luta e disputas por poder, o Estado de Direito no Brasil qualificou-se como democrático e assumiu uma dupla finalidade. Nessa linha, Vieira (2016, p. 160) aduziu que

a democracia emerge com a dupla função de ser um princípio de justificação e uma técnica de decisão, pois tanto justifica as ordens emanadas por autoridades estatais, validadas nas leis e postas por decisões construídas em procedimentos democráticos inclusivos, quanto se apresenta como um conjunto sofisticadamente balizado de técnicas para a consecução de decisões públicas estatais.

Nesse cenário em que alavanca-se o estado de sujeição jurídica das diversas pessoas reconhecidas em suas peculiaridades e dilemas, realça-se a necessidade e a utilidade das diversas garantias fundamentais entendidas como medidas assecuratórias e de proteção face o poder estatal. Entre elas, as que são voltadas ao processamento criminal coadunam com a real necessidade de contenção e condicionamento do poder punitivo estatal, expressão legítima da força¹⁰. Com efeito, ainda que passível de crítica no que se refere a carga ideológica, a teoria processual, tradicionalmente,

retrata o processo penal como fórmula de resolução de lides penal que, a partir da modernidade e da consagração cada vez mais enfática de direitos fundamentais nas Constituições, procura equalizar a tensão produzida por duas pretensões conflitantes: de um lado a pretensão punitiva do Estado, que se manifesta pela atividade dos órgãos responsáveis pela persecução criminal e que pretende, ao final, a imposição de uma pena ao acusado; ao passo que, de outro lado, existe a pretensão do acusado de manter o seu status libertatis, esgrimindo, para tanto, as garantias previstas pela Constituição e pelas leis processuais e que funcionam como limites para o exercício da pretensão punitiva do Estado (STRECK, 2012, p. 18, grifo nosso)

Ademais, sobreleva ressaltar que a Constituição assumiu uma feição garantista por adotar como um dos fundamentos da República a dignidade humana vista em sua concepção objetiva e subjetiva, atributo da *pessoa em concreto* (MIRANDA, 2000). De tal modo, todo movimento contrário a pessoa humana em conflito com a lei – livre ou estado de encarceramento ainda que provisório – atenta contra a própria estrutura axiológica da

¹⁰ Em diálogo com a emblemática obra *O Processo* de Kafka (2017), Lenio Streck verifica naquele desenho processual o exemplo de um processamento criminal não-garantista e inumano Ali, em análise, “[...] Não sabe qual o crime que lhe é imputado; desconhece quem o acusa e o teor da acusação. [...] Parece ser oportuno, portanto, quando estamos a falar de garantias, lembrar da obra de Kafka para termos presente a importância dessas instituições do processo penal para o contexto de uma democracia constitucional.” (2012, p. 9).

Constituição de 1988. Identificando no bojo das intrínsecas relações entre a força do Estado e a busca da realização da Justiça, Neves (2008, p. 118-119) entende pela perspectiva *habermasiana* do processo comunicativo que o discurso do Estado Democrático de Direito sugere, para além da ênfase na fundamentação moral, o caráter legitimador do procedimento democrático, manifestando-se na “formação da vontade estatal, que, além de incluir o processo eleitoral e o legislativo, abrange o discurso em vários níveis da esfera pública”, sendo “a tomada de decisões vinculantes e da produção de normas jurídicas entre sujeitos orientados na busca do entendimento”.

Assim, o conteúdo de proteção à pessoa humana possui uma ampla substância para alcançá-la nas diversas dimensões da existencialidade concreta. Delimita-se a presente análise na configuração de um sistema protetivo à *pessoa em conflito com a lei penal*, usando essa terminologia por valorar como apropriada para pensar o estado de inocência¹¹ e o nível (baixo) de suposição da culpa, formada juridicamente apenas após a coisa julgada perfazendo um discurso de *verdade* e uma *ficção* – por vezes desconstruída como necessidade - amparada no Direito (KELSEN, 2010; FOUCAULT, 2011).

De fato, determinar o conteúdo essencial¹² de um direito e garantia fundamental é perscrutar seu compromisso com a pessoa e verificar a intensidade de toda proteção a ela destinada. Indubitavelmente, ainda que não preceito jurídico absoluto, entende que o sistema de proteção à pessoa só admite restrições em natureza de excepcionalidade e transitória, considerando a máxima da pessoa como *titular e destinatária de todas as regras de poder* (BONAVIDES, 2017).

Logo, necessário discutir as funções das garantias fundamentais processuais nesse contexto estatal e, por isso, pelo *reverso foucaultiano*, refletir suas disfunções, desvirtuamentos e perspectivas de restrições a partir dos diversos discursos e justificativas.

Impende destacar que fala-se aqui da incidência, em grau máximo ou com a famigerada restrição, de uma garantia fundamental em matéria de processamento criminal. Entendido a partir de suas misérias e sua funcionalidade (CARNELUTTI, 2011; 2012), a

¹¹ Sobre o trato dado a inocência como repercussão negativa do olhar da desestruturação do sistema de justiça criminal, diria Iluminati em *La presunzione d'innocenza dell'imputato* que “L'assunto si basa sul duplice equivoco che quello della criminalità, politica e comune, sia un problema esclusivamente poliziesco e giudiziario; e che una legislazione a carattere più repressivo sia uno strumento per combatterla efficacemente” (1979, p. 1).

¹² Analisar o conteúdo essencial de um direito/garantia fundamental é ato complexo e desafiador na arena jurídica atual. Segundo Virgílio Afonso da Silva, compreende um olhar voltado “a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições” (2010, p. 183).

processualidade penal demonstra-se de relevância a partir da natureza do bem jurídico colocado em *suspense*: a saber, a liberdade de locomoção. Indisponível, sem conteúdo patrimonial, irrenunciável e imprescritível, a liberdade é claro atributo individual (ALEXY, 2008) concedido pela positivação em norma e já visto como expressão de uma experiência do *jusnaturalismo* e postulado de um Estado-Limitado.

O processamento criminal é, pois, forma pela qual o Estado instrumentaliza o Direito Penal, mas também é garantia ao indivíduo de que não teria a liberdade cerceada a não ser após passar pelo caminho, moroso e tormentoso, do processo que nem sempre é *devido* e *legal*¹³. Com efeito, entendendo o tempo do processo como uma pena (MESSUTI, 2003) e para além da previsão constitucional, no plano internacional humanitário e a literatura especializada indicam a necessidade da concretização do *devido processo penal* entendido como

(...) aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional. (...) A Constituição [...] além de estabelecer uma nova ordem política e social, delineou uma nova ordem jurídica, com profundos reflexos no processo penal. Este deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar e aplicar as penas ou para absolver, na medida em que tutela direitos e garantias, conformadores do processo, tornando-os obrigatórios no espaço dinâmico processual, cuja garantia compete ao terceiro imparcial. (GIACOMOLLI, 2016, p. 99, grifo nosso)

Tensas relações, fenômeno complexo. O processamento criminal manifesta em seu bojo um leque de contradições que o Estado Democrático de Direito no Brasil comporta e fomenta. É garantista e, ao mesmo passo, almeja punição exasperada para provocar a intimidação; devendo ser cauteloso e *ultima ratio*, a depender do processado, atropela direitos, mitiga garantias e extrapola o campo penal, repercutindo na esfera privada, violando honra, imagem e o direito ao esquecimento. Com efeito, não há rótulo adequado ao processamento criminal, tampouco o enquadramento como inserido na lógica de um ou outro sistema outrora supostamente compreendido pela Ciência; apenas a prescrição do *dever-ser* compatível com a axiologia constitucional de 1988. Gloeckner sistematiza algumas teses justificativas que

¹³ Sendo o processo penal instrumento de uma política criminal desenvolvida, preconiza-se o hibridismo funcional pautado na instrumentalidade e em seu teor de garantias. Nessa linha, “[...] **assim como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil pronto a atender às necessidades de deflação do sistema de justiça criminal mas destituído das garantias processuais, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia**, sacrificando desse modo a exigência de prestar justiça célere. Em síntese, trata-se de adentrar naquela “terra de ninguém” onde as finalidades de política criminal se confundem com as exigências de tutela dos valores constitucionais e dos valores inscritos na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, sob a influência das mutações históricas e ideológicas que se produzem com o tempo (FERNANDES, 2000, p. 64, grifo nosso)”.

refutam qualquer enunciado¹⁴ que aponte a adoção de um sistema processual penal ou entenda-o como puro para esse Brasil de complexidades

Além da reescritura do processo penal a partir da lógica operativa dos tribunais, a supressão dos sistemas processuais conta, também, com **a redefinição dos atores e do papel das instituições que abrangem o processo penal**. Em um primeiro momento, a definição dos papéis em jogo no processo transborda os limites jurídicos de atuação das partes no processo penal. Do ponto de vista de um processo penal interpretado como a ferramenta de desenvolvimento do sistema de justiça criminal, o Brasil tem conhecido **dois fenômenos desestruturantes: a) o ativismo judicial em matéria penal que trata de tornar simétricas as funções acusatórias e judiciais**. [...] b) o segundo fenômeno resulta **na radical transformação do processo penal, para além de instrumento de governança criminal, em uma ferramenta de judicialização de questões irresolutas na esfera política**. Já num segundo momento, a extasia do incremento dos poderes dos agentes estatais coincide com um **procedimento de enfraquecimento da advocacia criminal, não raras as vezes colocada como um desdobramento das práticas criminosas**. Estas, portanto, são balizas críticas que se dirigem para os sistemas processuais do ponto de vista de sua disfuncionalidade (2017, p. 13-14, grifo nosso)

De fato, revelou-se uma dimensão autoritária do processo penal brasileiro que passa a ser *governado pelo medo*, com legitimação democrática. Sobre isso, Zaffaroni:

Governar mediante o medo importa a fabricação de inimigos e a conseqüente neutralização de qualquer obstáculo ao poder punitivo ilimitado, supostamente usado para destruir o inimigo, ainda que todos saibamos que é materialmente utilizado para aquilo que o poder quiser. No fundo, o fenômeno é sempre uma enorme enganação para distrair atenção sobre outros riscos e obter o consenso para exercer um poder policial sem controle (2013, p. 176, grifo nosso)

Deveras influenciado por diversas ideologias de contenção, etiquetamento e agigantamento estatal já quando da sua formulação, a codificação processual penal ainda hoje informa-se pela mentalidade inquisitória supostamente superada, o que corrobora com o entendimento de que o passado dialoga com o presente e condiciona o porvir do processamento criminal no Brasil em nítida *crise de paradigmas* (BOAVENTURA, 2000).

Decerto, em nossas práticas ditas¹⁵ democráticas o conteúdo e o discurso inquisitivo, mitigador e punitivista demarcam uma ambiência social de paradoxos, frutos de uma herança autoritária ante o mito fundador do Estado Brasileiro e seu legado que ainda hoje

¹⁴ Sobre enunciados em Gloeckner, dialogando com Deleuze bem como Boaventura de Sousa Santos que apregou a crise de paradigmas, entendeu-se que trata-se “de produto do agenciamento, que será sempre de caráter coletivo, que coloca em cena populações e coletividades. A produção de enunciados, a regular determinados problemas de sincronização de tradições jurídicas distintas, coloca um problema fundamental: o da cooptação dos elementos novos a serviço de velhas lógicas interiores” (2017, p. 13).

¹⁵ Usando a expressão *dito*, no sentido de questionar, também pela linguagem, a posição que foi dada e a missão estabelecida constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal que o coloca, na contemporaneidade, em relação de antagonismo com aquilo que demonstra sua prática. Para tanto, perscrutam-se as verdades por ele produzidas e as formas pelas quais foram construídas sob a representação das decisões judiciais que aqui serão analisadas, com base nos postulados da análise de discurso foucaultiana.

nos condiciona e repercute¹⁶. As ideologias de contenção e de eleição do inimigo público coexistem com os marcos garantistas e práticas consideradas em conformidade com a axiologia constitucional.

3 REINO DAS LIBERDADES E (DES)CONSTRUÇÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: um olhar situado no trato a Ampla Defesa e o Estado de Inocência

Assegurando o reino das liberdades, a Constituição da República fortaleceu o sistema de proteção à pessoa humana em conflito com a lei penal. As garantias fundamentais processuais penais, nítidas *medidas assecuratórias* (BARBOSA, 1995), limitam a atuação do Estado na persecução criminal e imprimem o sentido garantista ao Estado, que é estruturalmente forte em seu desiderato de aplicar o direito penal ao caso concreto de *visibilidade*¹⁷.

Nesse sentido, postula-se pela estrita observância aos conteúdos essenciais – constitucionais e fundamentais - da ampla defesa; da publicidade dos atos cuja restrição deve ser excepcional e fundamentada normativamente; do juízo natural, competente e imparcial; bem como veda-se a admissibilidade da prova ilícita na construção de decisões judiciais penais condenatórias e fomenta-se um amplo sistema principiológico e de regras no interesse do sujeito-alvo do Sistema de Justiça Criminal¹⁸. Indubitável a necessidade de controle do

¹⁶ Disso depreendeu-se que, no contexto contemporâneo, a) as divisões sociais são naturalizadas em *desigualdades postas* como inferioridade natural e as diferenças são tidas como *desvios* da norma, ora como *perversão* ora como *monstruosidade* – nutrido as formas visíveis e invisíveis de violência, simbólicas, estruturais e criminais; b) as relações sociais são estruturadas a partir das relações privadas, fundadas no *mando* e na *obediência*, advindo a dificuldade de efetivação de direitos civis e de cidadania, traduzindo-se a lei em privilégio para os ricos e opressão para os pobres – a exemplo das prerrogativas de função e da subserviência dos instrumentos normativos aos interesses políticos e partidários; c) há uma profunda confusão entre o público e o privado, esferas relacionais e espaços de atuação – caracterizando-se pelas disputas do poder, pelas práticas corruptivas e pelos personalismos nas práticas corporativistas e nas trocas de favores; d) há uma busca incessante em negar as contradições sociais, econômicas e políticas, a fim de se construir uma imagem de sociedade pacífica, indivisa, ordeira e politicamente correta, a partir da manipulação da opinião pública e das massas – na construção de termos fluidos, imprecisos e facilmente manipulados como *democracia racial*, *ressocialização*, *polícia pacificadora* e *inclusão social*; e) há um fascínio pelo prestígio, pelo poder, por cargos e títulos de honraria traduzindo a necessária revolução de mentalidades¹⁶ para a construção de uma era democrática, de tolerância, respeito à diversidade e primazia do bem comum e de respeito à coisa pública (CHAUÍ, 2013).

¹⁷ Categoria refletida pela literatura criminológica que direciona a seletividade do Direito Penal, bem como ao trato dado a algumas questões criminais em detrimento ou favorecimento de outras que fogem do olhar da face punitiva e perseguidora do Estado.

¹⁸ Com Baratta (2002) e Andrade (2012), ao entender que o sistema de justiça criminal é, na verdade, um (sub)sistema de controle social e engloba as formas pelas quais a sociedade responde formalmente a comportamentos e a pessoas que foram eleitas como desviantes, problemáticos, desviantes, inimigos e por meio desta reação acaba por demarcar, selecionando, classificando e estigmatizando o desvio e a criminalidade como forma peculiar desse.

poder punitivo estatal que, por tantas vezes, extrapola os limites de sua atuação, gerando possibilidades de responsabilização de agentes nas diversas esferas e, sobretudo, viola direitos humanos fundamentais, em múltiplas dimensões, destituindo subjetividades e mitigando garantias.

A incoerência, sensivelmente percebida a partir do olhar pesquisador comprometido com a ciência processual e com a axiologia constitucional, dar-se-á no contexto da inobservância das garantias por quem deveria protegê-las. Assim, passa-se a perscrutar que as práticas judiciárias contemporâneas têm sido influenciadas pelo corpo político-ideológico da mentalidade inquisitória, não revelada e interdita, demonstrada nos discursos de mitigação por parte do *Guardião da Constituição*, o Supremo Tribunal Federal.

Para a pauta da visibilidade científica, então, a atuação do Supremo Tribunal Federal, que deve zelar pela axiologia constitucional. Faz-se a emergência de uma investigação necessária sobre aquilo que não é publicizado ou não revelado. Corroborando com a técnica e a ousadia, usa-se do prefácio da visionária obra *Onze supremos: o Supremo em 2016* para justificar o porquê da relevância de ter o STF como unidade de análise dada a sua importância e responsabilidade no cenário jurídico nacional. Nesses termos, corrobora-se que

em 2016, o Supremo Tribunal Federal esteve mais do que nunca no centro da política nacional. Do rito de impeachment de Dilma Rousseff até as reformas constitucionais do governo Temer, passando pela Operação Lava Jato, todas as disputas judiciais e políticas que dividiram o país tiveram, de alguma forma, a participação do Supremo. Desde 2002, qualquer um pode sintonizar nas sessões da TV Justiça e acompanhar os votos, argumentos e discussões dos ministros no plenário. Mas essa transparência é insuficiente. Há imagens públicas, há informação, mas ainda falta tradução e análise sobre o comportamento do tribunal. Quais os casos que o tribunal deveria ter decidido, mas não o fez? Quais as implicações políticas de um pedido **de vista, de uma mudança de pauta, ou de uma decisão individual liminar? E, fora do tribunal, como as estratégias de diferentes atores têm moldado a pauta e as decisões do Supremo? Quais os efeitos políticos mais amplos de uma mudança aparentemente pequena no regimento interno do tribunal? Quais os outros fatores e preocupações - políticas, sociais, econômicas - estão por trás dos argumentos constitucionais feitos no Supremo Tribunal Federal?** (FALCÃO; ARGUELHES; RECONDO, 2017, não paginado, grifo nosso).

Indubitavelmente relevante, positivamente, em casos emblemáticos de distorção dos direitos e garantias fundamentais¹⁹, o Supremo Tribunal Federal ocupa lugar de destaque

¹⁹ Nessa senda, diversas tutelas antecipadas contra o Poder Público na década de 90, fortalecendo a responsabilidade civil do Estado; discussões sobre (i)legalidades de processos de privatização; rejeições de pedidos de intervenção em unidades políticas com arrimo na defesa da autonomia dos entes federados; a discussão sobre o valor do salário mínimo, a vedação de sua vinculação e os debates em torno das taxas anuais de juros; os limites ao processo legislativo, o foro privilegiado e o direito de greve do servidor público; a

na arena brasileira no pós-1988, era das novas demandas, da judicialização da vida e do fomento ao ativismo judicial, fenômeno jurídico-político e controvertido nesses tempos.

Ao compreender o ativismo como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio Ordenamento” (RAMOS, 2010, p. 08), extrai-se a possibilidade de aplicação de uma hermenêutica concretizadora que, a depender dos interesses que a informam, pode reafirmar direitos e garantias fundamentais bem como restringi-los em seus núcleos essenciais. Com efeito, tratar-se dos elementos de contenção do poder punitivo é lidar com os diversos aparelhos ideológicos que movimentam o processo de legitimação democrático que repercutem, condicionando, as práticas judiciárias. Há, assim, descompasso entre a *ratio legis constitucional* e a *ratio juris* que move o Poder Judiciário, fomentando a possibilidade de insegurança jurídica, à flexibilização desmedida e não ponderada de direitos e garantias e a configuração de um *estado de exceção* permanente no Brasil (AGAMBEN, 2010).

Historicamente, o STF restringe o núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais. Destaque para a *ampla defesa* e a regra que preconiza o *estado de inocência* até que seja a culpa jurídica gerada com a ocorrência da coisa julgada, ambas com marcos constitucionais processuais bem delineados.

Empirismos de mitigações legitimadas e de pouca visibilidade na pauta científica foram os julgados que flexibilizaram e ampliavam, a partir de uma racionalidade política²⁰ e por meio de atuação incidental via ação autônoma de impugnação, o conteúdo essencial da ampla defesa, também garantia fundamental individual.

Nesse sentido, a famigerada Súmula 523 do STF e os julgados HC 67.755/SP, STF, 1ª Turma, sobre atuação de suposto defensor sem capacidade postulatória e técnica e o HC 94601/CE, STF, 2ª Turma que versava sobre o tempo hábil para preparação da defesa, com o fito de efetivação plena da ampla defesa assegurada constitucionalmente.

demarcação de terras de comunidades tradicionais, a equiparação da união homoafetiva a entidade familiar para fins jurídicos, o uso de células tronco embrionárias, a (des)criminalização da maconha, o realce às liberdades de expressão e de imprensa e as diversas movimentações de cunho criminal para a configuração do devido processo penal e do reconhecimento do respeito ao ser humano em conflito com a lei penal como a inconstitucionalidade do artigo que vedava a progressão de regime na Lei de Crimes Hediondos, a anulação de diversos processos por violação a diversas garantias fundamentais que assim foram consideradas e a proibição da prisão civil por dívida do depositário infiel não obstante a previsão, agora derogada, na Constituição.

²⁰ O ponto de provocação para a discussão que seguirá ampara-se nos questionamentos feitos por Lima (2009, p. 11) no estudo da sociologia constitucional: “O Supremo Tribunal Federal está afinado com a sociedade para assegurar-lhe os reais interesses? Considerando a possibilidade de os interesses políticos serem contrários aos da sociedade, estará o STF consciente e apto a tutelar os últimos?”

Não há dúvidas acerca do conteúdo assecuratório que nutre essa garantia: desdobra-se em defesa técnica e autodefesa, é pressuposto do contraditório e ânimo para a paridade das armas e igualdade processual. Com efeito, em que pese não se tratar de inovação introduzida pela atual Constituição, afigura-se a ampla defesa como uma garantia fundamental individual e um nítido mecanismo de contenção do exercício da pretensão acusatória a ser exercido em tempo hábil com o fito de, fática e tecnicamente, influenciar o órgão julgador para que decida no seu interesse.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, reconheceu, para além da previsão do Texto Constitucional, graus diferenciados no processo de efetivação da ampla defesa.

O enunciado da súmula 523, síntese do pensamento a ser consolidado, reconhece que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Para além da impropriedade técnica sobre a natureza jurídica das nulidades hodiernamente concebida como sanção processual e do silêncio naquilo que toca a ausência material de defensor no processamento (quando presente não defende); o STF decidiu pela necessidade da demonstração do prejuízo para convencer o órgão julgador de que a defesa fora deficiente e não gerou os efeitos pretendidos pela norma infraconstitucional processual que apregoa a garantia fundamental em comento, alegando a incidência do princípio da instrumentalidade das formas.

Valora-se tal entendimento como nefasto e exemplo de resquícios inquisitoriais que mitigam garantias fundamentais individuais: transfere-se o encargo de convencer o órgão julgador a quem já fora prejudicado e que, ante o perfil socioeconômico e cultural delineado no Sistema de Justiça Criminal, goza de desassistência jurídica pelo Estado ou de estruturas defensivas defasadas considerando a, ainda tímida e mal valorizada, dificuldade de atuação da Defensoria Pública, a precariedade da atuação dos defensores dativos e o movimento de criminalização da advocacia. O jurisdicionado, prejudicado, restará duplamente vitimizado ante a ausência do entendimento de que uma defesa deficiente é, por si, uma violação à garantia em comento que, pela grandeza constitucional, foi qualificada como *ampla* e não pela restrição de seu conteúdo essencial.

Ainda sob o véu da legitimidade democrática encontra-se na pauta a consolidação da mitigação do estado de inocência considerando o entendimento que passou a admitir a execução antecipada da pena quando confirmada a decisão penal condenatória em sede de recurso, flexibilizando os estudos e fundamentos epistemológicos do marco processual da coisa julgada, que possui arrimo na Constituição.

A problemática de desconhecimento do estado de inocência, amparada nas ideologias que nutrem o populismo e o recrudescimento penal, foi objeto de análise, sobretudo, em dois paradoxais *Habeas Corpus*²¹, em menos de dez anos e no bojo da atual década, demarcando a oscilação do pensamento jurisprudencial; e alvo de discussão em sede de controle de constitucionalidade por meio da ADC 43 e 44.

Em relação ao *Estado de Inocência*, ganhou especial notoriedade o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, pelo qual o Plenário do STF concluiu, por maioria de votos, que o início da execução da pena poderia ocorrer ainda que não exista decisão penal condenatória transitada em julgado. Nesses termos,

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 (BRASIL, 2016, p. 1, grifo nosso).

Entende-se que o discurso judiciário flexibilizou o estado de inocência, no julgado entendido como *princípio*, estando em desconformidade com o texto expresso no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República de 1988, que determina, com redação clara, *uma regra para tratamento* do sujeito em conflito com a lei penal pela qual *deveria ser* “considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. No entendimento do relator,

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo* (BRASIL, 2016, p. 6).

Paradoxalmente, entendeu o STF que não haveria ofensa ao Texto Constitucional, gerando inúmeras inquietações e pontos controvertidos para o debate jurídico pois com a axiologia constitucional em confronto (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2017; SILVA, 2018). De fato, o precedente formado pode servir de paradigma para análises outras por magistrados,

²¹ Nesse sentido, o *Habeas Corpus* 126292/2016 (SP), de relatoria do falecido Ministro Teori Zavascki; e o *Habeas Corpus* 84078/2009 (MG), de relatoria do Ministro Eros Grau, com o intrínseco arcabouço jurídico, político e ideológico composto pelos diversos votos, proferidos em ambiência relacional e reflexiva, ambos no contexto pós-1988 no *ditto* Estado Democrático de Direito Brasileiro, de discurso revelado como garantista mas com práticas judiciárias de base ditatorial e descomprometida com a axiologia constitucional.

legitimados pela *suposta* busca da efetividade das normas penais e processuais penais em detrimento de direitos e garantias fundamentais, já que salvaguardados pelo pensamento do Supremo, o *dito* guardião da Constituição.

Ademais, entre argumentos e fundamentos, declarados e outros *por revelar*, constantes nos votos dos ministros nos julgamentos da ADC 43 e 44, destacam-se alguns excertos dos votos do Ministro Luís Roberto Barroso que corroboram, no discurso verbalizado e reduzido a termo, as preocupações do STF com a) a morosidade processual (no reverso, a ineficiência do Sistema de Justiça Criminal); b) a busca por legitimidade a partir de uma fundamentação que não surta suposta a violação à legalidade²² em que pese questionarmos o conceito de reserva legal parametrizado pelo Ministro; c) o discurso do agigantamento estatal, recrudescimento penal e contenção dos inimigos a partir da expansão e fortalecimento da tutela pelo Direito Penal (SANCHEZ, 2006), como se vê:

Enorme distanciamento no tempo, entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena [...]

O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória do segundo grau **não viola o princípio da reserva legal** [...]

Necessária para **assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal** [...]

A possibilidade dos réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade [...] **enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal**” (ADC 43 e 44, Luís Roberto Barroso, grifo nosso).

O *Estado de Inocência* tem, portanto, história; é conceito inculcado; norteia-se por fundamentos epistemológicos; tem fundamento ético, político e possui natureza assecuratória ante o poder punitivo estatal. A atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação segue racionalidade de base *atécnica* e descomprometida com a sociologia e axiologia constitucional, geram atividades de processamento criminal marcadas pelos postulados da sociedade punitiva²³, da cultura do medo e do etiquetamento em busca de

²² O amparo nesse argumento sobre a reserva legal ou estrita legalidade remete aos estudos sobre as proximidades – e também distanciamentos- entre a legalidade e a legitimidade. Schmitt ao estudar a configuração do sistema de legalidade do Estado Legiferante já aduzia que “o Estado é a lei, a lei é o Estado. Deve-se obediência exclusivamente à lei, apenas perante ela, nulifica-se o direito de resistência. Existe apenas legalidade, e não autoridade ou ordem de cima para baixo [...] o mais elevado tipo de vontade estatal é aquela que é articulado sob o nome da lei” (2007, p.19)

²³ Entre outras características, a sociedade punitiva é marcada pelo uso do que Foucault (2015, p. 7-9, grifo nosso) chamou de táticas penais. São 4: excluir, impor compensação, marcar e encarcerar. Para o autor, “**1. Excluir** [...] no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora. Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade [...] **2. Impor uma compensação** [...] vão provocar dois procedimentos: a emergência de alguém, indivíduo ou grupo, que será constituído como vítima do dano e poderá, assim, exigir reparação; a culpa provocará algumas obrigações para aquele que é considerado infrator [...] **3. Marcar**. Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real

legitimidade democrática, em tempos de descrédito, dada a morosidade, a sensação de impunidade e as injustiças realizadas. Por oportuno, ressaltam-se os resultados trazidos pelo relatório *Índice de Confiança na Justiça* (ICJ), pesquisa empírica realizada pela Fundação Getúlio Vargas (2015), pela qual apenas 32% dos entrevistados afirmam confiar no Poder Judiciário (39% confiam no Ministério Público, enquanto 35% confiam na polícia). Nos moldes punitivistas da sociedade do espetáculo contemporânea, as instituições que contam com maior índice de confiança, dentre os entrevistados, são as forças armadas (61%), a Igreja Católica (57%), a Imprensa Escrita (43%) e as Redes Sociais (42%) (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2015). Percebe-se, pois, que apenas pouco mais de 1/3 da população brasileira demonstra confiança no Poder Judiciário, fundamentando uma busca por legitimação social pelo poder constituído e pelo STF, guardião desse complexo Ordenamento de base constitucional, ora em colapso.

Considerando os paradigmas do *hiperencarceramento* (BAUMAN, 2013) e da espetacularização do processo penal (DEBORD, 2000) - a exemplo da Operação Lava Jato e demais operações batizadas no país e da midiaticização de julgamentos de mandatários e antigos mandatários a exemplo do ex-presidente Lula no interesse do Habeas Corpus 152.752, com relatoria do Ministro Edson Fachin, negado pelo STF em 04/04/2018 em sessão com duração de mais de 10 horas; no Brasil com a 3ª maior população carcerária do mundo, a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal na sociedade contemporânea (JESUS, 2016) é sugerida a partir de diversas incoerências - em todos os âmbitos, desde a edição das normas de natureza penal e processual penal, até o sistema carcerário, passando pela atividade jurisdicional dos Tribunais, constatação que já havia sido levantada pela *Criminologia Crítica*, a respeito da ineficiência dos modelos de sistema de justiça criminal adotados pelos países capitalistas para o enfrentamento da questão criminal, funcionando como verdadeiros *reprodutores da realidade social*, e que, na verdade, produzem efeitos nocivos à reinserção do condenado, favoráveis à sua permanência no complexo *mundo do crime* (BARATTA, 2002).

Portanto, diante desse descompasso entre o *ser* e o que *deveria ser*, algumas conclusões emergem da comunidade jurídica - racional e garantisticamente – por solucionar esse cenário de mitigação do arcabouço mais caro do Ordenamento Constitucional porque limita o poder punitivo, pressupondo a necessária efetivação constitucional, com o fito de

do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status [...] **4. Encarcerar.** Tática que praticamos, cuja instauração definitiva se situaria na virada do século XVIII para o século XIX [...] Assim, a hipótese inicial seria algo do tipo: há sociedades ou penalidades de exclusão, indenização, marcação ou reclusão.”

amenizar as condicionantes históricas e mentalidades do passado que determinam, hodiernamente, a descompassada atuação do Sistema de Justiça Criminal, nessas questões dissociada e descomprometida com os valores de proteção da pessoa em conflito com a lei penal, expressão da força, inclusive ideológica do Estado-Punitivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contemporaneidade, o processamento criminal inseriu-se na pauta das preocupações nos Estados Nacionais e também se configurou no plano humanitário como expressão clara da forma como o *Leviatã* trata e enfrenta a criminalidade e suas transversalidades, a partir de intervenções públicas que denotam a faceta instrumental de política criminal que o processo possui.

Em tempos de desassossego, notadamente influenciados pelos diversos paradigmas teóricos e ideológicos comprometidos com as lógicas humanitárias garantistas simultaneamente às lógicas da contenção e do encarceramento em massa, discutir as formas como o Estado, *estrutura e estruturante*, trata a questão criminal é trazer à tona questões, historicamente, mal enfrentadas e muitas não superadas.

É nesse interim que urge trazer à reflexividade científica e ao debate acadêmico os fundamentos, dilemas e também os entraves na adequação da *mão forte* do Estado à axiologia constitucional desse país que se declarou democrático e de direito em 1988.

Nesses 30 anos da Constituição, com diversas filtragens e busca pela efetivação de todo arcabouço jurídico declarado, a discussão acerca da efetividade das garantias fundamentais processuais penais passa pela análise da funcionalidade do sistema de justiça criminal bem como pela atuação política e descomprometida dos órgãos encarregados na efetivação do direito de punir, demonstrando claro descompasso com a axiologia constitucional e o sistema de proteção à pessoa em conflito com a lei que lhe é decorrente.

Infere-se que a Constituição a) não afigura-se como marco de ruptura, mas inaugura uma ambiência democrática apropriada para diversas correntes ideológicas, discursos e práticas, denotando coexistência com questões mal resolvidas e enfrentadas que fomentam, conseqüentemente, a volta à mentalidade inquisitória que demarca, em grande medida, o sentido do atuar estatal do Brasil na questão criminal; b) será efetivada, plenamente, a partir de uma revolução de mentalidades que inclua o redimensionamento das funções do Sistema de Justiça Criminal que, amadurecidas, almejem a concretização dos preceitos constitucionais, afastando-se da subserviência à política e a busca por legitimidade democrática e credibilidade em um país cujos caracteres direcionam-se na configuração de

uma sociedade punitiva, cujos pressupostos consolidam-se há décadas e atravessaram diversas constituições.

Ademais, necessário constatar a) a relevância do permanente aprimoramento das instituições do sistema de justiça e de seus agentes com o fito da *guarda* da Constituição e superação/amenização das atecnias; b) como é imperioso um Legislativo atuante nas lacunas do Ordenamento, atento aos apelos da sociedade mas também comprometido com os valores apregoados constitucionalmente bem como para diminuir a distância do intento do legislador e da prática judiciária que, por vezes ativista, derroga sentidos, cria livremente conceitos jurídicos processuais, restringe conteúdo essencial e mitiga garantias fundamentais com beneplácito das maiorias, no reverso de sua função de protegê-las.

Sem dúvida, a Constituição representa um marco para a democracia, não obstante ao que aqui fora problematizado; e o STF afigura-se como uma instituição de cúpula de um poder constituído que muito contribuiu, inclusive no reconhecimento de diversos direitos e garantias, para o redesenho da convivência nessa comunidade política. Todavia, destaca-se que, pela sua atuação recente, o Supremo por meio de seus 11 Supremos Ministros, colocou em xeque diversas garantias fundamentais que possuem raízes, historicidade, fundamentos e, sobretudo, vocacionam-se à tutela do sujeito em conflito com a lei penal, demonstrando que a dificuldade em compatibilizar os interesses da Constituição quando esses estiverem em concorrência com os interesses da sociedade plural, dinâmica e punitiva que experimentamos no Brasil.

O trato dado à ampla defesa e ao Estado de Inocência, objetos de análise nesse estudo e com conteúdo essencial restrito por diversas razões e circunstâncias, apontam no sentido de forte influência dos valores e mentalidades inquisitivas que informaram as diversas práticas judiciárias em um contexto pré-1988, de concepções declaradamente autoritárias e garantias meramente formais ou com deficitárias concretizações que não reconheciam o indivíduo como sujeito de direito mas como alguém a ser combatido pelo Estado-Punitivo, configurando o sistema processual penal de base inquisitiva, supostamente superado para alguns.

As diversas mitigações, dessas e outras garantias de contenção do poder nesses 30 anos da Constituição, ratificam a cultura de punição, o governo pelo medo e a eleição de inimigos públicos, neutralizados e destituídos de suas subjetividades, confirmando a hipótese central do presente trabalho. Ademais, o processamento criminal pode, com facilidade, ser entendido em tempos atuais como instrumento de perseguição e/ou de etiquetamento sendo a

faceta instrumental e garantista, por vezes, apenas uma ficção jurídica para ser concebida como constitucionalmente adequada.

Urge, portanto, discutir as funções das garantias fundamentais processuais penais, tão ultrajadas paradoxalmente pelo *dito* guardião da Constituição, analisando conteúdo essencial e constatando que a restrição ao seu núcleo de proteção é, tendencialmente, política e descompassada com a axiologia do ordenamento de base constitucional, revelando uma mentalidade inquisitória que persiste em informar as práticas judiciais no Brasil em tempos de espetacularização e banalização de múltiplas violências à pessoa em conflito com a lei penal, destituída de suas subjetividades e desamparada pela Ordem Jurídica revelada em norma que goza de primazia sobre as demais e sobre as *mentalidades*, limitadas e falíveis, dos que ora julgamos.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **O estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editora, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. São Paulo: Edições Casa de Rui Barbosa, 1995.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. In Revista de Direito Administrativo, nº240. São Paulo: Fórum, 2005.
- _____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. São Paulo: Editora LZN, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32ªed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Ministro Teorí Zavaski. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Brito. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752/PR**. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752voto.pdf>>. Acesso em 07 abr 2018.

- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44**, Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto ADC 43 e 44. Brasília, DF, 2016k. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012.
- _____. **Sobre o Estado**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Russell, 2011.
- _____. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Russell, 2012.
- CHAUÍ, Marilena. **Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.
- COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.
- FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2000.
- FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ (índice de confiabilidade no Poder Judiciário)**. São Paulo: FGV, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20%202%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 4 set. 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- _____. **A ordem do discurso**. Petrópolis: Vozes, 2013.
- _____. **A sociedade punitiva**. Petrópolis: Vozes, 2015.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2016.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Metástases do sistema inquisitório**. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Juruá, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Russell, 1990.
- ILUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979.
- HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. **Reflexões sobre o monopólio estatal da força e seus delineamentos à luz da gramática dos direitos humanos na contemporaneidade**. In GONÇALVES, Claudia Maria da Costa; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; COSTA, Yuri. **Biodiversidade, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- KAFKA, Franz. **Il processo**. Roma: Newton Compton Editori, 2017.
- KELSEN, Hans. **Sobre a teoria das ficções jurídicas**. São Paulo: Verita Editora, 2010.

- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer: Presunção de Inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (2016)**. Disponível em : www.academia.edu.com. Acesso em 10 de abr 2017.
- MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- MOURGEON, Jacques. **Os direitos do homem**. Lisboa: Publicações Europa América, 1981.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- PRADO, Caio Fernando Ponczek. **Processo penal e mentalidade inquisitória: das vozes do pretérito que ecoam no presente**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina (vol.3)*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Delrey, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Parecer: Consulente Luís Inácio Lula da Silva (2018)**. Disponível em : www.academia.edu.com. Acesso em 07 de abr 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto- as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- VERDU, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. São Paulo: Renovar, 2004.
- VIEIRA, Gustavo Oliveira. **A formação do Estado democrático de direito: o constitucionalismo na emergência da sociedade civil**. Ijuí: Unijuí, 2016.
- ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. **A questão criminal: la palabra de los muertos**. Rio de Janeiro: REVAN, 2013.
- _____. **Em busca das penas perdidas**. Florianópolis: Revan, 2012.
- _____. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.