III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

A532
Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-000-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

No dia 22 de outubro de 2019 foram propostos debates de temas relacionados ao direito penal, criminologia e direito processual penal, no II Congresso do Vetor Norte, realizado na FAMINAS-BH.

Estudos realizados no contexto do garantismo penal e do processo penal democrático, cujo foco central se encontra na dignidade humana do acusado e apenado, foram exaustivamente discutidos. As garantias constitucionais do processo, especificamente centradas nos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, inadmissibilidade de provas produzidas e obtidas por meios ilícitos conduziram as reflexões críticas apresentadas.

A racionalidade crítica, como critério regente da fundamentação das decisões judiciais, também foi amplamente debatida, contextualizando a temática exposta com a discussão que envolve a seletividade jurisdicional no âmbito penal.

Ao final, foram realizados estudos do sistema penitenciário brasileiro e as questões envolvendo a progressão de regime, focando-se os debates apresentados a partir do princípio da dignidade humana.

Henrique Abi-Ackel Torres

Marcelo Sarsur

André Leonardo Coura

A LIQUEFAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO

LIQUIFYING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND BANNING THE PRISON WITHOUT TRANSIT IN JUDGMENT

Kamilla Faria Mello [1]
José de Assis Santiago Neto [2]

Resumo

É árduo tratar sobre presunção de inocência no atual cenário brasileiro, pois os recentes posicionamentos do STF optaram por tirar desta garantia constitucional sua principal característica: a inflexibilidade. E não é exagero caracterizar deste modo tal garantia, visto que o próprio constituinte a estabeleceu como cláusula pétrea. As consequências da inadequada relativização são severas: aqueles processados penalmente, não terão certeza se responderão ao processo presos ou soltos. O constituinte de 88 visou erradicar a angústia de tal incerteza, porém a sociedade que muda constantemente não está respeitando esta vontade.

Palavras-chave: Liquidez, Presunção de inocência, Prisões, Zygmunt bauman

Abstract/Resumen/Résumé

It is a costly task to address the presumption of innocence in the current Brazilian scenario, as the recent positions of the Supreme Court have chosen to derive from this constitutional guarantee its main feature: inflexibility. And no exaggeration to characterize such a guarantee in this way, since the constituent himself established it as a stone clause. The consequences of inadequate relativization: those prosecuted criminally will not be sure if they will respond to the process imprisoned or released. The constituent of 88 aimed to eradicate the anguish of such uncertainty, but the ever-changing society has not respected this will.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Liquidity, Presumption of innocence, Prisons, Zygmunt bauman

[1] Graduanda em Direito pela PUC Minas; Fundadora, Diretora de Comunicação e Vice-presidente da LAJUMG. Aluna pesquisadora bolsista pelo FIP.

[2] Orientador. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador financiador pelo FIP.

INTRODUÇÃO

Apesar dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal que vulgarizam a presunção de inocência, é primordial relembrar, para manutenção do Estado Democrático de Direito, que esta garantia é reconhecida atualmente como imprescindível em um modelo processual que se pretenda ser verdadeiramente acusatório. Assim, ressalta-se que não foi sem motivos que o constituinte de 1988 foi enfático ao estabelecer que esta garantia seria imutável. A Constituição de 1988 prioriza a liberdade, direito este concebido como direito fundamental do indivíduo.

A Constituição foi bem clara ao tratar sobre a presunção de inocência, de modo que o texto do artigo 5º, inciso LVII não deixa abertura para dúvidas: "Ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Não obstante, foi necessário que se passassem mais de duas décadas para que se impedisse, de fato, a execução provisória da pena, enquanto pendente recurso, através do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078.

Entretanto, demonstrando tendência em flexibilizar aquilo que foi concebido pelo constituinte como inflexível, o STF alterou, há pouco tempo, o entendimento supracitado. Sendo que ao julgar o Habeas Corpus de nº126.292/SP, o plenário da suprema corte considerou que é possível o início da execução de pena condenatória, mesmo antes de esgotadas as possibilidades de recursos.

Assim, diante deste entendimento, completamente afastado da vontade do constituinte originário, tem-se que aqueles que forem processados pelo Estado não carregarão consigo a certeza de que serão tratados como inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É isso: viverão incertezas conforme alertado por Bauman em diversos escritos. Está posto um desafio para o Direito: como manter a estabilidade daquilo que foi definido como imutável pelo constituinte em uma sociedade que não está acostumada a manter compromissos por muito tempo? (BAUMAN, 2009). É uma sociedade de mudanças constantes, por isso o termo líquido, já que não há rigidez. Todavia, cláusulas pétreas, assim como a presunção de inocência são essencialmente rígidas.

Assim, o objetivo desta pesquisa é claro: apontar que apesar de vivermos em uma sociedade que tende a flexibilizar grande parte de seus fundamentos e valores, a garantia da presunção de inocência é inegociável e deve ser elevada ao patamar de inflexível. Para tanto, tem-se como metodologia a utilização do método dedutivo, bem como a técnica de revisão bibliográfica.

1- A LIQUEFAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Os escritos do sociólogo Zygmunt Bauman são assertivos para auxiliar na compreensão do momento em que se encontra o atual tratamento atribuído à presunção de inocência no Brasil, bem como suas principais características, que, como aponta o autor, são voltadas principalmente pela volatilidade. Assim, o aumento de incertezas e constantes mudanças, apontadas por Bauman, quando trazidas para o contexto jurídico, aumentam a compreensão dos motivos para que garantias cruciais, como a presunção de inocência, passem a ser, erroneamente, relativizadas:

> A partir dessa conclusão, só havia um pequeno passo a se dar para definir como "líquido-moderna" aquela forma emergente de vida, aquela forma que era moderna de uma maneira radicalmente diferente daquilo que havíamos testemunhado (e de que havíamos participado) antes. Uma forma de vida digna de nota sobretudo por sua reconciliação com a ideia de que, assim como todas as substâncias líquidas, também as instituições, os fundamentos, os padrões e as rotinas que produzimos são e continuarão a ser como estas, "até segunda ordem"; que elas não podem manter e não manterão suas formas por muito tempo. Em outras palavras, que entramos em um modo de viver enraizado no pressuposto de que a contingência, a incerteza e a imprevisibilidade estão aqui para ficar. Se o "fundir a fim de solidificar" era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a "perpétua conversão em líquido", ou o "estado permanente de liquidez", é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes esses tempos em que nossas vidas estão sendo escritas. (BAUMAN, 2010, p.11-13)

E enfatiza-se que essa compreensão é importante para que tais flexibilizações não prosperem, afinal trata-se de temática que, para manutenção do Estado Democrático de Direito, é crucial. Afinal, está em tela a discussão sobre uma garantia processual caríssima, um direito fundamental. De modo que, é urgente a inadmissibilidade da transformação deste direito, que, pela sua natureza, exige solidez, em um direito com menos força, uma suposta presunção de inocência líquida. Ora, como tratar como se fosse líquido, um direito que é cláusula pétrea? A vontade do constituinte foi clara: o §4º do artigo 60 da Constituição Federal determinou que esta presunção de inocência é um dispositivo constitucional imutável. Repita-se: cláusula pétrea.

Por isso, é primordial o vislumbre possibilitado pela obra de Zygmunt Bauman, com suas diversas reflexões sobre liquidez e incerteza. Eis que as mesmas devem servir de alerta em um Estado Democrático de Direito que prima pela rigidez das garantias fundamentais, pois apesar do apontamento do indigitado sociólogo quando declara que, na modernidade líquida, as pessoas se engajam e se apegam em "ligações frouxas e compromissos revogáveis" (BAUMAN, 2009, P.11), não é difícil perceber, inclusive nos dias atuais, muitos daqueles que defendem flexibilização de garantias para o outro, as conclamando para si. É isso o que alguns querem: direitos flexíveis enquanto não sejam necessários para eles mesmos, os defensores dessa barbárie. Pois bem, obviamente, defende-se a plena e imaculada presunção de inocência para todos, porém, não se podia deixar de pontuar a incoerência de certos discursos convenientes.

2- A CRESCENTE DETERMINAÇÃO DE PRISÕES SEM TRÂNSITO EM JULGADO

O que se observa através da atuação jurisdicional no Brasil, é a crescente liquidez deste princípio que é tão caro para o modelo acusatório do processo penal, adotado constitucionalmente. Isto se evidencia, em boa parte, pelo número expressivo de decretações de prisões preventivas, com fundamentações que não atendem a finalidade cautelar exigida pelo instituto. A impressão que resta é que muitos juízes estão se afastando de seus lugares, ou seja, garantidores dos direitos fundamentais, com o fim de atender aos clamores sociais. Pois, não é raro perceber que decisões com esse viés importam em verdadeiras execuções antecipadas da pena. Enfatiza-se que é papel dos magistrados garantirem que os direitos individuais sejam respeitados, ainda que a sociedade não entenda tal postura como mais adequada:

> O Judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para revelação da justiça, mas órgão de exercício judicacional segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção atualizada e crítico-discursiva (neoinstitucionalista) de intra e infra expansividade principiológica e regradora. (LEAL, p.44, 2014)

Portanto, poderá o descrédito do Estado, por parte da população que clama por maiores punições, servir como desculpa para que direitos fundamentais dos indivíduos sejam violados? Evidente que não. É preciso refletir sobre o quanto isso é paradoxal, já que aqueles que sofrerão as violações, passarão a perceber o Estado com grande

desconfiança, afinal a falha estatal perante este, principalmente quando há passagens pelo terrível cárcere, gerará, com certeza, marcas irreparáveis. Assim, diz-se que se pune mais e de forma desrespeitosa aos princípios do processo penal democrático com intuito de proteger ou até mesmo de saciar a sociedade, se distanciando do apontamento essencial realizado pelo Amilton Bueno de Carvalho (CARVALHO, 2011, p.9) ”ao proteger os direitos do um - seja quem for, seja qual delito cometido – se está protegendo a própria sociedade da qual o um é parte indissociável”.

Neste sentido, Thiago Minagé é assertivo pois “a expectativa de punição de culpados não pode permitir que inocentes, sem exceção, deixem de ser protegidos pelo próprio estado que os pune.” (MINAGÉ, 2019, p.158). E não é preciso muito esforço, para perceber o quanto agride o pensamento jurídico-penal, formado de acordo com o sistema acusatório, a decretação do encarceramento de diversos cidadãos antes do trânsito em julgado, quando tais decisões em muito se distanciam dos fins cautelares. Isto é liquidez da presunção de inocência. A impressão que a enorme decretação de prisões preventivas passa é que os cidadãos processados vivem com sua liberdade colocada em xeque, quando, na verdade, a liberdade deveria ser a regra durante o processo.

3- CONCLUSÃO

Assim, como consequência da desconsideração recorrente da presunção de inocência, não se percebe a permanência deste direito e, a constante impermanência, é consequência da modernidade líquida preconizada por Bauman (2001), pois o mesmo avisa que a modernidade possuía como objetivo o derretimento dos sólidos representados pelas tradições, a fim de que novas tradições, mais modernas, se solidificassem, todavia, em algum momento perdeu-se tal projeto de reconstrução de novas tradições, restando a angústia de não se possuir certezas sobre quase nada. E não é preciso tecer comentários sobre o quão opressivo é a incerteza sobre o seu direito de liberdade. Opressão esta que a constituição visa erradicar com a presunção de inocência.

Sobre este prisma, percebendo-se este deplorável cenário de liquidez, se propõe que se solidifique, com urgência, a presunção de inocência, sob a ótica garantista proposta por Luigi Ferrajoli (2006), um Direito Penal mínimo, que está pautado pela “lei do mais fraco”, visando então uma efetiva, plena e sólida proteção daquele que é acusado. Trata-se de alcançar um patamar em que a presunção de inocência seja levada tão a sério que os magistrados entendam que apesar do termo “presunção”, aquele que ali está sendo

acusado do cometimento de algum crime, não só é presumidamente inocente, ele é inocente, de fato, até que se prove, de forma irrecorrível, o contrário. Devendo, este acusado, portanto, receber incondicionalmente o tratamento que um inocente merece. E, frise-se que, em um Estado Democrático de Direito que prioriza sua constante manutenção e evolução, pessoas inocentes não podem ser presas.

Por fim, tem-se que um processo penal acusatório, onde as funções de seus sujeitos sejam efetivamente estabelecidas e cada um ocupe seu lugar constitucionalmente demarcado (COUTINHO, 2009), somente será atingido se obedecida a presunção de inocência. Sem exceções, não há espaço para se mitigar o princípio, não se pode tolerar qualquer redução dele, sob pena de não se ter um processo democrático e a crise do processo penal ser resolvida pela morte da constituição cidadã.

Conclui-se, pois, que o devido processo penal legal, segundo os preceitos do processo acusatório e exigência do Estado Democrático de Direito, o acusado tem o direito (não é nenhum favor do Estado ou nenhum benefício ao acusado, é um direito!) de ser considerado não culpado até que a presunção, de natureza relativa, seja quebrada por sentença penal condenatória fundamentada em provas concretas, produzidas pela parte acusadora, de sua culpabilidade. Isso implica diretamente no fato de que o acusado não é obrigado a produzir qualquer prova contra si mesmo, afinal, se é presumido não culpado, o acusado tem o direito de conservar a presunção e não é obrigado a se incriminar.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vida líquida.** 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, nº 183, p. 103-115, julho/setembro de 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira de. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.