

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

SÉRGIO AUGUSTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 – Rio Grande do Sul

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

Prof. 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Sérgio Augustin; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-715-1

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I” do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre/RS promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com enfoque na temática “Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito”, o evento foi realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 no Campus de Porto Alegre, Av. Dr. Nilo Peçanha, 1600 / Bairro Boa Vista - Porto Alegre/RS.

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 aos (des)caminhos do processo penal: o silêncio dos intelectuais; estado de exceção: legitimidade estatal em crise no cenário da criminalidade; o espetáculo midiático do processo penal: análise acerca da colisão entre o direito à informação e o direito a um justo julgamento; paradigmas e legados da operação lava jato para enfrentamento da cultura da corrupção, criminalização da política e crise de representatividade democrática; a importância do ofendido na relação processual penal; a proteção do patrimônio genético humano: por uma política criminal prospectiva; as relações entre compliance e a possível responsabilização da pessoa jurídica; cooperação jurídica internacional em matéria penal: noções fundamentais e paradigmas atuais frente a novas perspectivas globais; crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções; expectativas e jurisdição: dinâmica de poder e a atuação do julgador no processo penal; o crime continuado e a possibilidade de uma interpretação fraterna; a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de perturbação ao sossego e tranquilidade; a audiência de custódia e sua (in)capacidade de alteração do cenário prisional brasileiro; comissão técnica de classificação; o exercício de greve pelos militares: proibição, sanções penais e anistia; a execução provisória da pena e a presunção de inocência: notas sobre uma contenção democrática do poder punitivo; o sigilo das comunicações e o uso das interceptações telefônicas como meio de prova no processo penal: em busca da proteção da privacidade; e a

cadeia de custódia e a prova pericial: conectando aspectos inovadores ao direito processual 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, em especial, 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.

Porto Alegre, novembro de 2018.

Professor Dr. Sérgio Augustin

Universidade de Caxias do Sul

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.

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:
NOTAS SOBRE UMA CONTENÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER PUNITIVO**

**THE PROVISIONAL EXECUTION OF PEN AND THE PRESUMPTION OF
INNOCENCE: NOTES ON A DEMOCRATIC CONTENT OF PUNITIVE POWER**

Clodomir Assis Araujo Junior ¹
Jorge Luiz Oliveira dos Santos ²

Resumo

O Sistema de Justiça Criminal no Brasil tem sido marcado por uma profunda minoração dos direitos e garantias fundamentais erigidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Recentemente, a presunção de inocência, enquanto norma/regra de tratamento foi violentamente aviltada através da permissão pelo Supremo Tribunal Federal da execução provisória da pena, mesmo pendentes recursos contra a sentença penal condenatória. Essa operação hermenêutica, denominada por alguns de relativismo axiológico é o novo instrumental da máquina punitiva estatal. Esse é o ponto de partida deste trabalho.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Execução provisória da pena, Sistema de justiça criminal

Abstract/Resumen/Résumé

The Criminal Justice System in Brazil has been marked by a profound diminishment of fundamental rights and guarantees established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Recently, the presumption of innocence, as a norm/rule of treatment, has been violently debased in the acceptance, by the Supreme Federal Court, of provisory execution of sentences, even in the face of pending appeals against a condemnatory criminal sentence. This hermeneutic operation, called by some as an axiological relativism, is the new instrument in the hands of the state's punitive machinery. That is the starting point of this paper.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Presumption of innocence, Provisory execution of sentence, Criminal justice system

¹ Especialista

² Doutor

1 - SITUANDO O TEMA

O contexto atual do Sistema de Justiça Criminal, no Brasil, vem espelhando uma significativa minoração dos direitos e garantias fundamentais. Prestes a completar 30 anos da sua promulgação, a nossa Constituição Coragem¹, vem ficando cada vez mais tímida, vem se apequenando frente a um movimento autoritário de gestão de massas, cujas bases, ineludivelmente, vinculam-se à uma nova “razão de mundo”, uma racionalidade neoliberal (DARDOT; LAVAL, 2016).

Analisando esse cenário, Casara (2017, p. 44) sobreleva o fato de que, atualmente, tanto na hipótese de “produção massificada”, onde inexistente espaço para “controles finos acerca das justezas das decisões”, quanto nos chamados “processos-espetáculos”, nos quais prevalece à lógica do entretenimento, percebemos um processo de “descarte dos direitos fundamentais”.

Assim, o que antes servia como gramática dos direitos humanos, agora é “demonizado”, por exponencial influência dos meios de comunicação massivos (GOMES, 2015).

Essa demonização ocorre com uma explosiva carga efficientista, ligada à logicidade, custo-benefício, onde as garantias fundamentais são relegadas à segundo plano. O Direito Penal passa, por consequência, a ser visto através do olhar dos economistas (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2015), outra significativa nota distintiva dos dias atuais do Sistema de Justiça Criminal no Brasil.

Sentenças e decisões interlocutórias, em regra definidoras das cautelares penais, são agora, neste viés, norteadas à obtenção do carimbo: decisão eficiente. Assim, a prestação judicial criminal deve, por esta inclinação teórica, em primeiro objetivo, eficientemente prover a segurança dos cidadãos. Os processos judiciais devem possuir um custo baixo, além de serem eficientes, em outra escrita: decisões céleres com alta inclinação punitivista. Um cenário de pouco espaço para decisões com primazia aos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, qualquer hipótese de investigação sobre a agência judicial criminal que despreze esta ontologia caminhará por uma míope análise, impedindo a formulação de reflexões com efetivo substrato empírico.

Nesse horizonte ganha significativo relevo o debate sobre a execução provisória da pena e a norma fundamental da presunção de inocência², recentemente reanalisadas pelo Supremo

¹Denominação utilizada por Ulysses Guimarães no discurso de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), em 5 de outubro de 1988.

²Art. 5º, inciso LVII da CF: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Tribunal Federal (STF) através do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126.292 e com importantes medidas pendentes de desfecho definitivo na Corte³.

Através da estratégia de pesquisa do tipo estudo de caso em Direito (MACHADO, 2017), tomamos o HC 126.292 como objeto a ser perquirido. Assim, pretendemos neste Artigo, apoiados na literatura sobre o tema em tela, e por meio das técnicas de pesquisa do tipo documental e da análise de conteúdo, realizar exame do principal argumento teórico condutor do voto prevalente⁴ naquele julgamento: análise da presunção de inocência como norma – princípio e a sua ponderação frente à efetividade da jurisdição penal.

Carece indicar a imprescindibilidade, para esta tarefa, do uso das lentes do realismo jurídico-penal proposto por Zaffaroni (2005a). Tal tarefa também contará com aporte da Teoria dos Princípios, preconizada entre nós por Ávilla, (2013).

Tomando um caso como exemplo, faremos, pelo menos em pretensão, um giro hermenêutico com a finalidade de evidenciar a premente necessidade de se revisitar temas, de início preteridos, como a distinção normativa entre regras e princípios. Todavia, desde um viés que possa minorar os danos evidentes do sistema penal, isto é, pensar uma planificação da agência judicial que enxergue para além do simbolismo prevencionista da intervenção penal e mais: seja capaz de exercer um controle democrático da atividade judicante, por meio de “critérios intersubjetivamente controláveis” (ÁVILLA, 2013, p. 130), ponte segura, em nossas vistas, para a “contenção do poder punitivo” (ZAFFARONI et al, 2006, p. 40).

2 - OLHANDO A INTERVENÇÃO PENAL ATRAVÉS DALENTE DO REALISMO JURÍDICO PENAL

O discurso jurídico penal prevalente em nosso sistema bebe em fonte eminentemente prevencionista. Desde as prescrições das agências legislativas, passando pela maioria dos manuais penais e por grande parte das nossas intervenções penais judiciais, até chegar à “criminologia cultural” (KHALED JUNIOR, 2017) dos meios massivos de comunicação, sobram formulações onde as funções “positivas” da pena são realçadas.

Efeitos positivos versados e propalados sem constatação empírica mínima capaz de lhe dar suporte, ou melhor, legitimidade. Um discurso jurídico em parte proveniente de uma dogmática penal importada, sem as devidas cautelas de adaptação aos contextos cultural,

³Vide Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 em trâmite no STF.

⁴Voto proferido no julgamento do HC 126.292 STF pelo Min. Rel. Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em 01 de setembro de 2018.

social, econômico e político local (CACICEDO, 2017). Um descompasso epistemológico, no entanto, imperceptível para muitos.

Sobre este apego ao ideário prevencionista da intervenção penal sempre aclaradoras são as lições de Zaffaroni:

La falsa proposición de que lá cominación penal tutela (o refuerza o refiarma) algo y que esta función es más flerte cuanto mayor es la reacción punitiva conminada, es una dedución fundada sobre la premissa no demostrada de que la pena cumple alguna función preventiva em la realidade social. Del debe cumplirla se passa sin más a afirmar que la cumple y se da esto por no necesitado de ulterior verificación. Toda consecuencia política basada en tan endebles puntos de partida, carecedora de brújula en cuanto a sus reales efectos sociales (2005b, p. 72).

Esse marco prevencionista do discurso jurídico penal pode ser entendido como integrante da chamada Racionalidade Penal Moderna, teorização proposta por Álvaro Pires, segundo a qual desde o século XVIII as ideias penais predominantes no Ocidente de uma forma, ou de outra vincularam a intervenção penal à aplicação das penas aflitivas.

O sistema penal projeta um auto-retrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime (só convém uma pena que produza sofrimento) (PIRES, 2004, p. 43.).

Da mesma forma que o discurso jurídico penal se atrela a esta referência pseudo protecionista dos bens jurídicos com forte apelo de prevenção, mesmo sem base ontológica qualquer, também se queda inerte a um sem número de mazelas – seletividade, vulnerabilidade, violência – estampadamente decorrentes do sistema penal. Não por outra razão a ponderação de que “nuestros sistemas penales implicam un genocidio en marcha, en acto” (ZAFFARONI, 2005b, p. 102).

Violência brutal que não passou impune à crítica lente de Roberto Lyra quando em 1957, após 40 anos de ininterrupto devotamento às investigações acadêmicas e profissionais, com uma vastíssima vivência do ambiente penal, em seu imortal texto *Penitência de um Penitenciariasta*, firmou:

Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas (LYRA, [1957] 2013).

Este é o nosso *starting point*. É daqui, olhando a realidade sem disfarces e sem máscaras, que formularemos nossas reflexões sobre a execução provisória da pena e a presunção de inocência. Atentos, em linha de consequência, à dor, à miséria, à desigualdade e

às injustiças cravadas no “útero” do sistema penal, guiados pela premissa epistemológica maior de que o discurso jurídico penal:

...no puede desentenderse del “ser” y refugiarse o airslarse em el “deber ser”, porque para que esse “deber ser” sea um ‘ser que aún no es’ debe reparar em el devenir posible del ser, pues de lo contrario lo convierte em um ser que jamás será, o sea, em um embuste. De allí que el discurso jurídico-penal socialmente falso sea también perverso: se tuerce y retuerce, alucinando um ejercicio de poder que oculta o perturba la percepción del verdadero ejercicio de poder (ZAFFARONI, 2005a, p. 23).

3 - A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – O JULGAMENTO DO HC 126.292

Em 16 de fevereiro de 2016 o STF, no julgamento do HC 126.292, implementou uma representativa mudança na sua interpretação, sinalizando positivamente, a partir de então, quanto à possibilidade de execução provisória da pena, reinterpretando a norma fundamental da presunção de inocência prescrita pelo art. 5º, inciso LVII da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Passou-se, portanto, a admitir a execução provisória da pena desde a condenação criminal em segundo grau de jurisdição.

Anteriormente, prevalecia o entendimento firmado pela Corte no julgamento do HC 84.078 em 2009, onde havia se fixado a inconstitucionalidade da execução provisória da pena face à mesma norma do art. 5º, inciso LVII, combinada com o art. 1º, inciso III da CF⁵.

Apesar de já estarmos a caminho de completar três anos desta mudança interpretativa, o tema vem se mantendo efetivamente aceso, seja na academia, ou no meio forense. Podemos apontar alguns motivos para tanto: (a) A nova interpretação foi na contra mão da grande maioria da produção acadêmica sobre a questão. Gerações de operadores das ciências criminais foram forjados sob à convicção indefectível que o trânsito em julgado da sentença condenatória era o pressuposto primário para o início da execução da pena; (b) Desde 2009, a jurisprudência da STF caminhou pacificamente no sentido de reafirmar os termos consolidados no julgamento do HC 84.078, mesmo nas Turmas da Corte não se tem notícia de decisões fora daquele contexto decisório; (c) Em razão da maioria apertada no julgamento do HC 126.292, vários foram os julgados monocráticos que sobrevieram firmando posição contrária ao entendimento do Plenário, causando até uma certa insegurança jurídica; (d) Já com o julgamento do HC 152.752 em 22 de março de 2018, um dos Ministros que havia

⁵Conferir HC 84.078 STF.

votado à favor da execução provisória, reviu o seu posicionamento, abrindo um concreto lastro para o retorno da Corte ao entendimento anterior⁶; (e) Ainda pedem de julgamento no Tribunal duas ações afetas ao Plenário, onde também serão discutidos a mesma temática, com clara possibilidade de mudança de entendimento.

Voltando ao julgamento do HC 126.292, não pretendemos fazer aqui uma análise global dos argumentos lançados no voto condutor deste julgado⁷. Nossa lupa se voltará mais precisamente à articulação decisória que definiu (i) a norma da presunção de inocência como um princípio e realizou a sua (ii) ponderação em relação à efetividade da jurisdição criminal.

É em relação a estes pontos que vamos deter nosso exame.

4 - A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É UM PRINCÍPIO, UMA REGRA, OU PODE SER QUALQUER UMA DAS DUAS ESPÉCIES NORMATIVAS, A DEPENDER DO CASO CONCRETO? SERIA POSSÍVEL PONDERÁ-LA FRENTE À EFETIVIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL?

No voto condutor do julgamento do HC 126.292 podemos colher o seguinte excerto:

Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo⁸.

Por esta articulação fica evidente a opção do julgado pela classificação da presunção de inocência como um princípio e aqui começam as divergências:

(a) A primeira argui que a norma inscrita no art. 5º, inciso LVII da CF seria em verdade uma regra e não um princípio. Vozes abalizadas na academia têm defendido essa posição. Como afirmou o Min. Sepúlveda Pertence, ele parece veicular uma “regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação”⁹.

Na mesma toada é a posição de Cruz (2016):

Vê-se que art. 5º, LVII, CF impõe uma regra de tratamento. Ninguém pode ser tratado como culpado antes que transite em julgado uma sentença

⁶Conferir HC 152.752 STF.

⁷Para uma ponderação geral dos argumentos lançados no voto vencedor do julgamento do HC 126.292 vale conferir: ESTELLITA, 2018.

⁸Voto condutor do acórdão no HC 126.292 STF, Min. Rel. Luís Roberto Barroso, p. 13.

⁹ Conferir HC 69964/STF

condenatória. Aquela norma não se limita, pois, a estabelecer/distribuir ônus probatórios. Ela tampouco se limita a cuidar da presunção de inocência, conquanto também o faça. Ademais, é incorreto imaginar que se cuide de verdadeiro “princípio”, para empregar aqui a teoria de Dworkin ou de Alexy. Pelo que já expliquei acima, nem tudo aquilo que a linguagem corriqueira denomina de ‘princípio’ realmente pode ser tomado como ‘mandado de otimização’, para a teoria alexyana.

Aliás, essa ponderação – presunção de inocência como regra – foi a que prevaleceu no STF no julgamento do HC 84.078¹⁰ (entendimento modificado com o julgamento do HC 126.292), onde com base naquelas proposições, findou-se por entender inconstitucional a execução provisória da pena, quando aviado recurso contra a sentença penal condenatória.

No mesmo sentido, mas com menor intensidade de descrição da espécie normativa, foram os próprios votos divergentes no julgamento do HC 126.292¹¹ no STF. Todos destacando a taxatividade do dispositivo no que concerne a expressão “trânsito em julgado”. Um nível imediato de descrição e uma pretensão de contribuição com a decisão típicos das regras (ÁVILLA, 2013).

(b) Em outra ponta, pensamos que a definição da presunção de inocência exclusivamente como princípio, ou como regra, de fato não se adequa à nossa realidade, pois o seu enunciado normativo, tal qual como indicado pela CF, nos remete à hipóteses em que será aplicada como princípio e outras situações concretizada como regra, vale dizer: “alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa” (ÁVILLA, 2013, p. 75).

Essa proposição alternativa fica mais clara quando dissecamos a presunção de inocência em três dimensões normativas: (i) norma de tratamento; (ii) norma probatória e (iii) norma de juízo (MOARES, 2010).

A primeira delas, norma de tratamento, corresponderia a uma regra “... restritiva que o constituinte expressamente estabeleceu (‘até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’). Essa cláusula nasceu da interseção entre presunção de inocência, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Por ela se define o trânsito em julgado da decisão condenatória como marco constitucional que separa o até então inocente do doravante condenado” (MOARES, 2010, p. 445).

Falamos em regra, uma vez que aqui se destaca prioritariamente o caráter descritivo e a inexorável contribuição do enunciado para a formulação da decisão, sem pretensão de

¹⁰Nesse sentido ver o voto condutor do acórdão no HC 84.078 STF, Min. Rel. Eros Roberto Grau.

¹¹Vide votos divergentes no HC 126.292 STF dos Ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

“complementariedade” e de “parcialidade”, mas sim com proposição “decisiva” e “abarcante” (ÁVILLA, 2013, p. 83).

Já as outras duas dimensões normativas, probatória e juízo, são iniludivelmente princípios. São decorrentes de uma construção histórica e doutrinária e não se limitam exclusivamente ao texto enunciado pelo art. 5º, inciso LVII da CF. Possuem estreita ligação com o preceito *in dubio pro reo*, mas com ele não se confundem. No magistério de Moraes seriam:

...”norma probatória” abrange campo específico daquela norma constitucional e voltado à determinação: de quem deve provar; por meio de que tipo de prova. A presunção de inocência como ‘norma juízo’, ao contrário, dirige-se à análise do material probatório já produzido, seja identificando a sua suficiência para afastar a presunção de inocência e , portanto, condenar o imputado, seja para escolher a norma jurídica mais apropriada à situação concreta (2010, p.462).

Nelas, conseqüentemente, percebemos um imediato direcionamento finalístico, “um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos” (ÁVILLA, 2013, p. 78).

Tais proposições analíticas, para além de representar um mero preciosismo tecnicista, funcionam, quando adequadamente aplicadas, como uma interessante bússola orientadora do intérprete, lhe guiando pelo tortuoso caminho da interpretação.

Aqui neste ponto, já nos parece pertinente à reflexão: qual a implicação prática de definirmos a presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, como uma regra constitucional?

Se a definirmos como regra fica mais evidente a sua contribuição específica para a decisão do caso concreto. Da mesma forma, há que ser considerada a sua “eficácia bloqueadora”, além da sua “função eficaz de trincheira”. Pela primeira, poderíamos afirmar que caso não existisse a regra o intérprete estaria livre para decidir o caso considerando outras razões. Já pela segunda – “função eficaz de trincheira” – a regra seria uma “espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses”, cuja superação seria bem mais difícil. Aqui residiria a justificativa de que em havendo um conflito real entre uma regra e um princípio constitucional, aquela, a regra, dada a sua função decisiva que a qualifica, deverá prevalecer (ÁVILLA, 2013, p. 129).

Em outras palavras: sendo a presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, uma regra, não poderia o STF ter ultrapassado a escolha legislativa que estabeleceu o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória” como o termo para o tratamento do imputado como

culpado, ainda que para isso fizesse uso da justificativa de aplicação de outra norma, quanto mais de um princípio.

Com efeito, autorizar a execução provisória da pena, desconsiderando este marco temporal – “trânsito em julgado” – equivale a torná-la um simples, desprezível e descartável conselho, jamais uma regra.

Em arremate poderíamos fixar: (i) a presunção de inocência como norma tratamento, deve ser entendida como uma regra, e não como um princípio; (ii) como regra, ao ser confrontada com um princípio constitucional, esta deve prevalecer face à escolha legislativa preliminar; (iii) a presunção de inocência enquanto norma probatória e de juízo ganha revelo normativo de princípio.

5 – O CONTROLE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONTENÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER PUNITIVO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO FRENTE AO GENOCÍDIO DO SISTEMA PENAL

Preliminarmente é imperioso aqui firmar a intrínseca relação entre o Direito Constitucional e o Direito Penal. Estes ramos do saber jurídico historicamente constituíram uma imbricada convivência, na qual o Direito Constitucional tem avançado como instrumento perene na luta contra os abusos e descontroles do poder de polícia.

Em consequência disto, “a Constituição que é o estatuto político do Estado, é o lugar comum onde o Direito Penal deve submeter o seu marco”, sendo que “o saber do Direito Penal deve sempre estar sujeito ao que lhe informa o saber do Direito Constitucional”. Existe aí uma relação de “nexo funcional entre ambos os saberes o que torna manifesto a caracterização do Direito Penal como um apêndice do Direito Constitucional, devido a sua função de contenção do Estado de Polícia encapsulado dentro Estado de Direito historicamente realizado” (ZAFFARONI, 2005b, pp. 121/122).

Se pretendermos realizar uma omissão frente aos dados reais do sistema penal, isto é, sermos silentes e assumirmos a nossa impotência em relação à toda sorte de violências, seletividade e injustiças concretizadas diária e cotidianamente no espaço penal, a melhor das opções, indubitavelmente, será desconsiderar este “nexo funcional” entre esses saberes, Direito Penal e Direito Constitucional.

Contudo, escolhendo outra via de agir, ou melhor, não nos omitindo diante deste “genocídio em marcha”, reconhecendo a funcionalidade desta relação - saber penal/saber

constitucional – nossa atuação interpretativa das normas não poderá percorrer outro caminho, que não o da “contenção do poder punitivo” (ZAFFARONI et al, 2006, p. 40).

Nessa pontuação é extremamente válida a ressalva de que a planificação pelo Direito Penal da atuação judicial deve buscar, inevitavelmente, arrimo nos dados sociais. Todavia, estes dados, para de fato sustentarem com solidez o saber do Direito Penal, precisam, antes de mais nada, serem previamente atestados e verificados cientificamente. Do contrário, tal sustentação ruirá como uma base frágil que pseudamente tenta erguer aquilo que não suporta.

Nosso discurso jurídico penal é alimentado por incontáveis afirmações carentes das mais simples comprovações empíricas, do tipo: “as penas mais graves diminuem o número de delitos”; “a pena dissuade”; “a execução penal ressocializa”; “a intervenção punitiva tem efeito preventivo”; “a pena estabiliza o direito”.

Essas afirmações para de fato servirem de sustentáculo ao Direito Penal e, por conseguinte, à planificação da atividade judicial, e também para serem consideradas como sociologicamente válidas, dependem de comprovação científica (ZAFFARONI et al, 2006).

Esses pressupostos de planificação da atividade judicial criminal – reconhecimento do nexos funcional do saber penal com o saber constitucional e base sociológica cientificamente atestada – vêm seguidamente sendo desprezados pelo discurso jurídico criminal predominante.

A decisão do STF que minorou a presunção de inocência, reduzindo a pó o seu significado, é um exemplo vivo disto. Um “declive hermenêutico”, parafraseando Streck (2017), forjado em uma justificativa “sociológica” extremamente frágil. Algo muito natural e até esperado para quem ainda vive em plena “esquizofrenia normativa” (ZAFFARONI, 2015), crendo piamente na promessa prevencionista e eficientista¹².

Nessa tentativa de diminuição dos danos causados pelo sistema penal, através da planificação da atividade da agência judicial, como passo primeiro verificamos o reconhecimento da sua limitação diante da força centrífuga das outras agências penais: Polícias, Ministério Público, Academia, Imprensa, Órgãos Executivos, Poder Legislativo e Estabelecimentos Prisionais.

Ademais, em busca deste desiderato humanista de contenção punitiva, as agências judicantes não podem desprezar os “critérios intersubjetivos controláveis” (ÁVILLA, 2013, p. 130) das suas proposições, ou melhor, dos seus concretos atos.

¹²Voto condutor do acórdão no julgamento do HC 126.292 STF, Min. Rel. Luís Roberto Barroso, pp. 23/27.

Isto porque, no contexto atual do Sistema de Justiça no Brasil, há um predomínio “relativismo axiológico” (ÁVILLA, 2013, p. 137) um movimento que tenta através de um processo de naturalização, flexibilizar a força normativa dos princípios e regras constitucionais. Como se a atividade interpretativa pudesse, simplesmente desprezar os significantes primários estabelecidos pelos enunciados e historicamente construídos, bem como as ponderações preliminarmente definidas pela própria Constituição. Uma atividade que dorme profundamente em núcleos epistemológicos nortecêntricos, desprezando as particularidades sociais, econômicas, culturais e políticas da região sul global (SANTOS; MENDES, 2017).

Uma planificação e concretização da agência judicial que se diz democrática, deve, inabalavelmente, respeito à transparência dos seus atos, mas não só. Necessita, ainda, ser passível de um controle, ou então percorrerá, certamente, a nefasta trilha autoritária, espaço certo e incontroverso do “decisionismo”(ÁVILLA, 2013, p. 130)

Esta preocupação democrática, aplicada ao sistema penal, ganha relevância de primeira monta, pois os danos, ali causados, são infinitamente superiores aos demais ramos jurídicos.

Frise-se, por oportuno, que não se está a defender uma atividade hermenêutica penal cega à realidade, desatenta às transformações sociais. Uma interpretação do tipo “juiz boca da lei”. Nada disto. Quer-se apenas uma vinculação concreta, entre o “ser” e “dever ser”, mas transparentemente controlável.

Nesta senda, a proposta de Ávila sobre o proceder da ponderação, nos parece uma ponte segura e firme ao caminho humanitário da contenção punitiva na medida em que:

...propugna-se por um modelo criterioso de aplicação, no qual os princípios têm funções específicas que não afastam pura e simplesmente as regras eventualmente aplicáveis. O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré – ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E, nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados (2013, pp.129/130).

Mais adiante o mesmo autor arremata:

Sem a observância desses requisitos ou fase, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que *explica* tudo, mas não *orienta* nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais que uma “caixa preta” legitimadora de “decisionismos” e formalizadora de um “intucionismo moral”. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento (*idem*).

Voltando à presunção de inocência e à autorização da execução provisória da pena da sentença condenatória, ainda pendente de recurso, da forma como realizada pela Suprema Corte, podemos afirmar que a ponderação realizada no julgamento do HC 126.292, conforme o voto condutor, faliu ao não obedecer vários destes critérios.

Porém, sua maior negligência, tenha sido mesmo desprezar por completo a vinculação existente entre a presunção de inocência, em todas as suas dimensões – norma tratamento, probatória e juízo – com os princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal (MORAES, 2010). Isto de fato estimulou aquela proposição ao total reducionismo da regra e não princípio (reprise-se porque efetivamente relevante), em uma incontornável expansão punitiva, pautada em afirmações não comprovadas e com declamadas e bem fundamentadas críticas da sociologia criminal (BARATA, 2009).

6 – ALGUMAS REFLEXÕES INCONCLUSIVAS

Nossas proposições, antes de tentar encerrar a questão posta, representam apenas e somente, uma pequena largada a este tão instigante tema que é a execução provisória da pena e a sua aplicação em face da presunção de inocência.

Por esse caminho inicial de observação, podemos constatar que a construção do discurso jurídico penal dominante desnuda uma intrincada relação entre o ideário prevencionista da intervenção penal e a pretensão neoglobalizante de eficiência judicial. Um aporte teórico distante, milhas e milhas do “ser”. Algo mesmo que acaba por impedir que o “dever ser”, seja algo cristalinamente factível (ZAFFARONI, 2005a).

Essas bases epistêmicas de forte influência eurocêntricas, desconectadas às nossas estruturas sociais, políticas, culturais e econômicas (SANTOS; MENDES, 2017), tornam-se, na grande maioria das vezes, meras conjecturas.

Mas qual a razão dessas teorizações tão distantes e incompatíveis com o nosso sistema não serem expurgadas pelo discurso jurídico penal aqui prevalecente?

Creemos que elas até hoje predominam, pois retroalimentam o “narcisismo teórico” (ZAFFARONI et al, 2006, p. 68) do discurso penal, fortalecendo e buscando sempre uma relegitimação do poder punitivo.

Nesse contexto, ganha importância o exame de movimentos como o do “relativismo axiológico” (ÁVILLA, 2013), que opera uma desenfreada superlativização, ou em linha paradoxal, uma minoração dos princípios, lhes retirando a própria força normativa e operando pela imposição de valores pessoais, puros atos discricionários (GRAU, 2017).

Essa atuação relativizante das normas jurídicas é um novo instrumental à disposição do poder punitivo. Uma nova peça nesta engrenagem punitiva que dificulta, ainda mais o projeto humanista de contenção punitiva e redução dos danos penais, na medida em que vem mascarada por um sedutor discurso de imprescindível adaptação da atividade judicial às “mutações constitucionais”.¹³ Algo que pode até enganar os telespectadores sedentos pelo discurso punitivista, bem como aos insensíveis atores do sistema, mas que não açoitam os que verdadeiramente compreendem o sentido humano desta planificação contentiva.

Nada mais, referimo-nos ao novel instrumento da máquina de punição – relativismo axiológico – reafirmador e legitimante da intervenção penal em curso, ou como prefere simplesmente Zaffaroni (2005b, p. 102), do “genocídio em marcha, em ação”.

7 - REFERÊNCIAS

ÁVILLA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

¹³ Voto condutor do acórdão no julgamento do HC 126.292 STF, Min. Rel. Luís Roberto Barroso, pp. 5/9.

CACICEDO, Patrick. **Pena e Funcionalismo: Uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CASARA, Rubens. **Estado Pós – Democrático**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CRUZ, Flavio Antônio. *Execução provisória da pena: algumas considerações sobre a ponderação do imponderável*. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel/>>. Acessado em 06 de setembro de 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

ESTELLITA, Heloisa. *A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. v. 4, pp. 709/730, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2017.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

LYRA, Roberto. **Penitência de um penitenciário**. Belo Horizonte: Editora Líder, [1957] 2013.

KHALED JUNIOR, Sala H. *A criminalização da advocacia no Brasil*. In SOUZA, Bernardo de Azevedo; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (Org.) **Democracia e(m) sistema penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

MACHADO, Maíra Rocha. *O estudo de caso na pesquisa em direito*. In MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, pp. 357/389.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna: o Público e os Direitos Humanos*. In **Novos Estudos**. N 68. Março 2004. São Paulo, pp. 39/60.

ROSA, Alexandre Morais da.; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENDES, José Manuel Mendes. **Demodiversidades Imaginar Novas Possibilidades Democráticas**. Lisboa: Almedina, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El Enemigo em el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2007.

_____ **En Busca de Las Penas Perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 2005a.

_____ **En Torno de La Cuestión Penal**. Buenos Aires: B de F, 2005b.

_____ **A importância da criminologia para o direito e processo penal.** YouTube. (2015, Novembro 03).