

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o surgimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43.

PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN FRONT OF THE THEORY OF MODERN CRIMINAL RATIONALITY, ANALYSIS OF DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY Nº 43.

**Witan Silva Barros
Mellina Lopes Corrêa Gueiros**

Resumo

Análise do princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. A temática inicia com levantamento histórico dos primeiros diplomas legislativos acerca presunção de inocência como fundamental. Aspectos conceituais de dignidade da pessoa humana são apresentados, e em seguida o caso paradigma ensejador deste estudo, além dos aspectos teóricos da racionalidade penal moderna e considerações finais. A metodologia percorrida foi o estudo de caso, a partir de análise documental de sítios oficiais e acervo doutrinário.

Palavras-chave: Direito penal, Constitucionalidade, Racionalidade penal

Abstract/Resumen/Résumé

Analysis of the principle of presumption of innocence, based on the judgment of the Declaratory Action of Constitutionality 43 before the Supreme Federal Court, which established the constitutionality of article 283 of the Code of Criminal Procedure. It begins with a historical survey of the first legislative acts on the presumption of innocence as fundamental. Conceptual aspects of human dignity are presented, as well as the enabling paradigm of this study, in addition to the theoretical aspects of modern criminal rationality, and final considerations. The methodology used was the case study, based on documentary analysis of official sites and doctrine.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Constitutionality, Penal rationality

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, princípio de presunção de inocência, estado de inocência, da não culpabilidade, a partir do estudo do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal- STF, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal - CPP frente ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Inicia a temática a partir de um modesto levantamento histórico acerca dos primeiros diplomas legislativos que conceberam o princípio da presunção de inocência como fundamental e reflexo de uma vida cidadã digna. É a partir da Revolução Francesa, em 1789, que a civilização ocidental demonstrou fortemente seu interesse na proteção dos direitos naturais do homem, direitos concernentes a proteção de vida digna, os quais se instrumentalizaram com a proteção aos direitos civis. O marco histórico mais marcante foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual estabeleceu no artigo 9º a presunção de inocência até que sobrevenha sentença penal condenatória (FRANÇA, 1789). Dentro desse contexto, surgiu, também, a percepção de que o sistema jurídico penal, se configura como um subsistema com certa autonomia, conforme lições de Álvaro Pires (2004), denominada “racionalidade penal moderna”. Outrossim, em 1948, após os horrores da 2ª Guerra Mundial, as nações aliadas e vencedoras do conflito se reuniram em assembleia e decidiram elaborar um catálogo de direitos que pudesse resguardar, reafirmar a dignidade humana como primado para a convivência pacífica entre os povos, e mais uma vez a presunção de inocência foi objeto de proteção expressa, conforme se depreende da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 11º, parágrafo 1º (DUDH, 1948), que seguido pelo Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, cito Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme se verifica em seu artigo 8º, parágrafo 2º (CIDH, 1969). A reafirmação desse direito humano é o resultado do término de grandes levantes de cunho, eminentemente, social e econômico, em que os direitos civis são subjugados. No Brasil, não foi diferente, já que o princípio de presunção de inocência foi aquiescido pela Constituição Federal de 1988, a chamada Carta Cidadã, após um longo período ditatorial, que o precedeu.

A segunda fase teórica do artigo apresenta os aspectos conceituais de dignidade da pessoa humana.

Em momento seguinte, aponta o caso paradigma que violou a grandeza constitucional do princípio da presunção da inocência, o qual objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, bem assim, como a teoria da racionalidade penal moderna que sustenta o paradigma, assim como o próprio sistema penal, por vezes, e em dada circunstância

mitigam a aplicabilidade, validade de preceitos fundamentais. O Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/1941 em seu artigo 283, somente após a reforma proposta pela Lei 12.403/2011, garantiu expressamente o reconhecimento desse princípio a ser aplicado no processo penal brasileiro. Após o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, no dia 7/11/2019, os quais sob relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello do Supremo Tribunal Federal – STF, doravante STF, referido dispositivo sofreu alteração em 24/12/2019, por meio da Lei 13.964 (BRASIL, 1941).

O caminho metodológico utilizado para o estudo foi da pesquisa qualitativa de estudo de caso, com a mobilização documental de sítios oficiais, legislação, doutrina.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A ação penal se constitui pela realização de atos ordenados de modo seriado, onde cada elemento que o compõe, o movimenta, tem uma função específica dentro desse complexo, mas todos corroboram em favor da garantia do amplo debate acerca das ações e/ou omissões do suposto objeto de reprimenda penal. Diz-se suposto, em razão de que é garantia do sujeito passivo da ação, a presunção de inocência, até o esgotamento da persecução criminal.

A presunção de inocência se sustenta dentro de um sistema jurídico democrático, no qual percebe-se a garantia do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal como princípios instrumentais à adequada proteção do primeiro, o que não seria plenamente alcançável em regimes jurídicos de exceção.

O princípio do Estado de Inocência, também conhecido como presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade tem como marco histórico principal o final do século XVIII, marcado pela “era das revoluções”, que tomaram conta da Europa Continental, e via a necessidade do fortalecimento dos direitos civis, pois vivenciava um sistema criminal fundado em base inquisitória, “romano-canônica”, vigente desde o século XII. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma dos direitos e garantias fundamentais do homem (RANGEL, 2011), a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º estabelece que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (FRANÇA, 1789). O dispositivo entende que vigora o estado de inocência, enquanto não houver o esgotamento do debate processual com a declaração de culpa do sujeito passivo da ação penal. Esse momento histórico significou para o sistema jurídico, a percepção de que o sistema criminal se constitui como um subsistema de direito, com certa autonomia, e é identificado por Álvaro Pires (2004) como racionalidade penal

moderna.

Outro diploma legal internacional de proteção ao princípio fundamental de presunção de inocência foi o insculpido após a 2ª Guerra Mundial. A Europa, tomada pelos movimentos totalitários, também sentidos em outros continentes, foi arrasada pelo conflito mundial, e com a vitória da coalisão aliada, se deu a criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 24 de outubro de 1945, e em 1948 adotou-se a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, 1948). A Declaração consolidou a vontade das nações amigas em torno da proteção mundial dos direitos civis contra possíveis abusos, dentre os quais a presunção de inocência é um de seus fundamentos, a partir de onde foi elevado a condição de direito humano, bem inalienável, irrenunciável. O artigo 11º, parágrafo 1º é o dispositivo da Declaração que disciplina a presunção de inocência, conforme segue:

Artigo 11º. 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (DUDH, 1948).

Outrossim, no âmbito regional, no continente Americano, o princípio da presunção de inocência também é objeto de proteção através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, conforme se verifica em seu artigo 8º, parágrafo 2º (CIDH, 1969), a seguir transcrito:

Artigo 8º
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (CIDH, 1969).

No Brasil, a Constituição da República de 1988, doravante CF, institui presunção de inocência, no artigo 5º, LVII (BRASIL, 1988) como norma-princípio impossível de modificação através do Poder Constituinte Originário, conforme estabelece o artigo 60, § 4º, IV (BRASIL, 1988).

O inciso LVII do artigo 5º da CF/1988 estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

O princípio do Estado de Inocência, também conhecido como presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade, é assim, a garantia do agente passivo da ação penal em ser tratado como inocente, enquanto perdurar a tramitação processual, ou ainda, de não ser considerado culpado antes de finda a ação penal, independente da gravidade dos fatos. Portanto, é uma regra de tratamento.

O Ministro Celso de Mello (2016), do Supremo Tribunal Federal – STF, em seu voto nos Embargos de Declaração interpostos no *Habeas Corpus* nº 126.292, mesmo vencido, se

posicionou sobre o cumprimento provisório de execução de sentença, reafirmando sua posição acerca da inconstitucionalidade de decisão que relativiza a garantia da presunção da inocência, enquanto não houver o trânsito em julgado, nos seguintes termos:

Peço vênia para acolher estes embargos de declaração, em ordem a deferir o “writ”, em razão dos fundamentos que dão suporte ao voto que, neste caso, já proferi, pois entendo que as premissas em que ele se apoia mostram-se compatíveis com a interpretação que confiro ao art. 283 do CPP, que impede a execução provisória da condenação penal antes de seu trânsito em julgado, considerada a cláusula constitucional que consagra o direito fundamental de qualquer pessoa de sempre ser presumida inocente, independentemente da natureza da infração penal a ela imputada, nos termos do que estabelece o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República.

Tenho por inconstitucional, e flagrantemente ofensiva à presunção de inocência, a compreensão do E. Plenário deste Supremo Tribunal que criou, sem qualquer razão legítima, uma inaceitável antecipação artificial do trânsito em julgado para efeito de autorizar a execução provisória (e, portanto, prematura) da sentença penal condenatória, quando se sabe que, em respeito à autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República, a própria Lei de Execução Penal subordina o início da efetivação executória das penas privativas de liberdade (art. 105) e das penas restritivas de direitos (art. 147) ao prévio trânsito em julgado da condenação judicial, o mesmo ocorrendo – vale lembrar – com a execução de uma simples pena de multa, que só exigível uma vez tornada irrecorrível a sentença que a impuser (CP, art. 50). (MELLO, 2016).

Do mesmo modo, o filósofo italiano Césare Beccaria (2001) argumentava acerca da presunção de inocência, o qual preceituava que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo”. Nas lições de Paulo Rangel ao comentar o princípio constitucional de presunção de inocência, afirma não se tratar de presunção de inocência, mas de declaração de inocência, já que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, vejamos:

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

A Constituição não presume a inocência, mas declara que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. (RANGEL, 2011).

Ante a divergência terminológica proposta por este acerca da expressão presunção de inocência ou declaração de inocência, o importante é compreender que não haverá culpa antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. É sob esse comando que deve caminhar o ordenamento processual penal brasileiro, assim como, as decisões judiciais, já que o estado de inocência é direito natural de todo homem, de todo o cidadão, e mitigá-lo, a partir da castração

precoce da liberdade do indivíduo, deve obedecer a critérios previamente definidos, e muito bem fundamentados.

3 ASPECTOS CONCEITUAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III preceitua a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira (Brasil, 1988). Segundo a concepção de Alexy dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de onde se extrai a ideia do mínimo existencial (BARCELLOS, 2002). A dignidade da pessoa humana tem sido empregada como elemento norteador para garantia de elasticidade na proteção aos interesses plurais, mesmo se invisibilizados pelo contexto da modernidade colonial, por meio da ponderação de direitos se estabelece um mínimo razoável oponível, em última análise à coletividade, conforme lição de Alexy (TORRES, 2002).

Sarlet com muita propriedade diz que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento de proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos)” (TORRES, 2002). A partir dessa premissa, tem-se que, a efetividade dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo artigo 5º da CF/1988 é regra de força cogente e oponível contra o Poder Público, e os instrumentos jurídicos que permitem reivindicá-lo fazem parte do sistema de controle.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a mola propulsora da equiparação dos direitos fundamentais dentro de um contexto de classificação unitário, e se configura como núcleo duro, mínimo existencial, que não pode ser relativizado:

O princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar um lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições (SARLET, 2011).

Do mesmo modo, a dignidade da pessoa humana é percebida, também como todas as condições mínimas de vida que garanta ao cidadão o desenvolvimento social no contexto em que se encontra, sendo, dessa forma, entendido por Amartya Sen (2009) como direito de liberdade, vejamos:

[...] Procuramos demonstrar neste livro que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. [...] Mas as liberdades também dependem de outros determinantes, como as disposições sociais e econômica (por exemplo, os serviços de educação e

saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).

[...] Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vertir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem sociais (SEN, 2009).

A presunção de inocência, o contraditório, o devido processo legal e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, são pilares de garantia, acerca da intervenção estatal, no que há de mais precioso ao indivíduo, a liberdade física; esta somente lhe será castrada a partir de um sistema democrático e acusatório. Ressalte-se que o processo penal também possui outras medidas punitivas distintas da prisão, as quais não serão objeto de debate no presente artigo.

Em últimas linhas, o princípio da dignidade da pessoa humana está estreitamente ligado a ideia do mínimo existencial, e, a defesa da garantia de não sofrer intervenção na esfera da liberdade e do patrimônio, por meio de qualquer processo; decorrem desse fundamento constitucional, que são mais do que isso, são valores da humanidade, irrenunciáveis.

4 ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Em 18 de maio, de 2016 foi ajuizado Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 (BRASIL, 2016), pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, hoje Partido Patriota, em que recorreu ao STF para requerer provimento judicial no sentido de declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, doravante CPP, além de outros pedidos subsidiários decorrentes da procedência ou não desse pedido principal. Naquela ocasião, o artigo 283 possuía redação inserida pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011, conforme teor a seguir:

Artigo 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

O fato que suscitou o interesse do Partido Ecológico Nacional, doravante PEN, acerca da decisão do STF no Habeas Corpus nº 126.292, sob a relatoria do Ministro Teori Zavaschi, que por maioria do plenário, denegou a ordem pretendida, e determinou o cumprimento de pena

de prisão, mesmo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O julgado ocorreu em 17/2/2016 e possui o seguinte teor:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA 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, 2015).

A partir de então, a dúvida acerca da constitucionalidade do dispositivo 283 do CPP, com alteração promovida no ano de 2011, se estabeleceu, já que este em plena vigência, não tinha sido objeto de deliberação direta acerca de sua constitucionalidade ou não.

O julgamento do *Habeas Corpus* – HC nº 126.292 ocorreu em fevereiro do ano de 2016, e contrariou inúmeros julgados do próprio Supremo, cuja temática é a mesma deste, cito: HC nº 123.235/MT, HC 122.072/SP, HC 118.684/ES, HC 116.867/SP, HC 115.269/RR, HC 115.358/SP, HC 112.071/SP, HC 111.497/SP, RHC 108.588/DF (BRASIL, 2016, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011). Esses julgados foram extraídos do sítio do STF, e proferidos após a edição da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011, que alterou a redação do artigo 283 do CPP, e, antes do *Habeas Corpus* nº 126.292, este, paradigma da controvérsia suscitada pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43; esta ajuizada em 16/5/2016.

O cenário onde está inserido o STF, atualmente, é composto pela influência de muitos atores sociais, em que o papel das mídias tem agregado aos “fatos, valores” aos quais é atribuído “um aspecto normativo”, que Pires (2004) denomina de “racionalidade penal”.

Dessa maneira, o contexto político e social brasileiro vivenciado, ao tempo do julgamento do *Habeas Corpus*, doravante HC, nº 126.292, ocorrido em 17/2/2016, era de grave crise acerca da moralidade da classe política brasileira, alvo de investigações por crimes relacionados à corrupção, lavagem de dinheiro, e tantos outros tipos penais, que escandalizaram o Brasil, os brasileiros, o mundo (BRASIL, 2014), culminando com a prisão de vários políticos do alto escalão, dentre eles, o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Este foi preso em abril do ano de 2018, por ordem emanada do processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (BRASIL, 2016), em decisão de primeiro grau de jurisdição. Essas investigações causaram grande clamor público, e, muitas vezes, os movimentos da opinião pública parecem impulsionar uma preocupação da administração da justiça em ser “bem entendida”, e obter aprovação pública, muitas vezes justapondo essa necessidade em detrimento

de questões teóricas que permeiam as demandas judiciais, e, a despeito, ainda, de garantias humanas fundamentais construídas por um longo processo histórico de lutas.

Ao tratar da “juridicização do público pelo sistema penal e os direitos humanos”, Pires (2004) cita o posicionamento da corte inglesa, onde vigora o sistema “*common law*”, a qual denota a interferência das paixões públicas, senão vejamos:

(45) Considera-se, por exemplo, esta outra decisão de uma corte inglesa, em que Lorde Lawton diz: “A sociedade, pela corte, deve mostrar que, tem horror a certos tipos de crimes, e a única forma pela qual a corte pode mostrar isso é por meio de sentenças que ela outorga. Os tribunais não existem para refletir a opinião pública. Por outro lado, não devem negligenciá-la. Talvez o principal dever da corte seja guiar a opinião pública” (PIRES, 2004).

A mudança paradigmática adotada pelo STF evidencia, dentro desse contexto, uma certa autonomia do direito penal dentro do sistema jurídico de direito, já que mitigou preceito constitucional, concedendo àquele uma racionalidade própria, atribuindo à sanção de prisão, antes do trânsito em julgado, uma maior ou menor potência a depender do “grau de afeição ao bem” (PIRES, 2004) que se deseja proteger. Segundo Pires (2004), a concepção de racionalidade penal compõe-se de dois sentidos, conforme passa a transcrever:

Num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo, não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos, por exemplo). Num sentido empírico descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. Assim, qualifico como *moderna* essa forma de racionalidade penal que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII. Assinale-se que um tal sistema de pensamento jamais é inteiramente determinado por uma causalidade material externa (transformações na sociedade): a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia *no interior* do direito. Dessa maneira, o direito penal moderno será construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria (PIRES, 2004).

Ao tempo do julgamento da ADC 43 pelo plenário do STF, que iniciou em outubro e terminou no dia 7/11/2019, com várias sessões, suspensões, sustentações orais de vários setores da sociedade, identificados como “*amicus curiae*”, também vários levantes da opinião pública digladiavam em torno do caráter dos Ministros, de questões político ideológica, notícias alarmistas acerca da libertação de mais de 190 mil presos, dos interesses nacionais em manter políticos alvo da operação “Lava Jato”, encarcerados.

Acerca da notícia relacionada a liberação de 190 mil presos, caso fosse julgada

procedente a ADC 43, o próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou nota de esclarecimento acerca disso, em 16/10/2019, informando que em verdade, a procedência poderia afetar 4895 casos (BRASIL, 2019).

Aliás, o encarceramento, a sanção de prisão tem evoluindo substancialmente como opção quase que exclusiva dentro do sistema penal, e, segundo Álvaro Pires (2004), na racionalidade penal moderna se sobrepõe, propriamente a descrição normativa de conduta, e quando o sistema se propõe a mudança deste modo de disciplinar o sistema criminal, é que fica evidente a dependência dessa forma de organização, “é que se toma consciência da colonização que ele exerce”. E continua dizendo que a lei penal é formulada a partir de uma “estrutura normativa telescópica” em que tal construção se fundamenta em dois níveis de norma, “de primeiro grau, referentes ao comportamento, e de segundo grau, relativas à norma de sanção”. Nesse contexto, é a pena afliativa de prisão, que assumirá papel “dominante no autorretrato identitário do sistema penal”. Segundo Pires, essa forma de perceber o sistema penal, que não é uma particularidade do sistema romano-germânico, do *common law*, ou do sistema nacional, se alia a uma linha de pensamento medieval, para onde se aponta que a “pena afliativa”, particularmente a prisão, “comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito”.

No entanto, a aliança entre a estrutura normativa telescópica e essa linha de pensamento, que valoriza a pena afliativa, sugere que a norma de comportamento e a pena correspondente formam um todo indissociável, capaz de gerar distorções de sentido, como a percebida no julgamento do HC nº 126.292.

Assim, Pires (2004) aponta que essa aliança de pensamento acerca do sistema penal agrega em torno de si três problemas ao sentido do sistema, vejamos:

O primeiro consiste em que o crime (norma de comportamento) será definido pela pena tanto no direito como no saber jurídico e, muitas vezes, das ciências sociais. No direito, essa maneira de definir o crime produzirá uma imediata dogmatização da relação crime/pena (afliativa). Assim, Von Feuerbach dirá de maneira lapidar, entre a descrição e o dogma: “Não há crime sem pena”. No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (afliativa), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma ação não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena). Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena afliativa, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno.

O segundo problema é que se produzirá uma ilusão de simplicidade quanto ao trabalho do legislador e do juiz no momento da escolha da sanção: tender-se-á a crer que eles devem privilegiar a escolha da pena afliativa, particularmente

a de prisão, de modo que ela aparecerá como uma resposta evidente. E o terceiro problema se verifica no plano filosófico: a combinação entre crime e pena afliativa engendrará uma formidável ilusão de *necessidade* e *identidade* quanto à natureza dessa associação, o que se manifesta sob dois aspectos (PIRES, 2004).

A mudança paradigmática estabelecida pelo HC nº 126.292 foi impulsionada pela reativação da racionalidade penal moderna, que como aponta Pires (2004) se congrega de elementos dos quais indica o seguinte:

[...] limito-me a indicar algumas transformações no ambiente do sistema penal que podemos associar com a reativação da racionalidade penal moderna: a expansão das mídias e sua influência e impacto em matéria penal; a importância dada ao público e às sondagens de opinião pública pelo sistema político e pelas ciências sociais; a emergência discursiva de uma "sociedade de vítimas"; a participação crescente no debate penal de movimentos sociais, ou de segmentos deles, "sem teoria sobre o sistema penal. Esses movimentos caracterizavam-se também por um engajamento de urgência em causas precisas (em oposição a um engajamento na reforma global); por privilegiar uma auto-representação como vítimas e uma única orientação de reforma (natureza repressiva); por utilizar toda sorte de canais para publicizar o tema em questão e para obter uma solução predeterminada; e pela tendência a instrumentalizar o Estado e apresentar sua causa como "útil para todos" (PIRES, 2004).

Da mesma sorte, a Ação Direta de Constitucionalidade –ADC, doravante ADC, que tramitou sob o número 43, além da 44 e 54, foram todas julgadas pelo STF em 7/11/2019, sendo que ainda não foi disponibilizado, no sítio do Supremo Tribunal Federal, o acórdão do julgado. A decisão contrariou o entendimento do HC nº 126.292, assim como, outras que estivessem no sentido de determinar o recolhimento provisório à prisão, antes do esgotamento do debate processual.

A leitura do relatório foi realizada na sessão do dia 17/10/2019, e seguiu-se com as sustentações orais de todos os interessados na demanda. Cumpre destacar alguns pontos interessantes constantes daquele:

O proponente da ação PEN, mas ao tempo do julgamento da ADC 43, mudou de nomenclatura para Patriota, arguiu que a decisão do HC nº 126.292 não possui força vinculante, já que proferida em controle difuso, no entanto, orientou muitas decisões judiciais em sentido semelhante (BRASIL, 2019). O pronunciamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, autor da ADC 44 arguiu que o HC nº 126.292 influencia o posicionamento dos tribunais federais e estaduais no mesmo sentido. O *habeas* não estaria revestido do preceituado pelo artigo 97 da CF (BRASIL, 1988) o qual enuncia para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público, o controle deve ser concentrado e por

maioria dos membros, restando válido, portanto, o artigo 283 do CPP.

A manifestação do Sr. Presidente da República e o Senado Federal foi pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

A Advocacia-Geral da União se posicionou contrariamente a procedência da ADC 43, aduzindo que “o assentado no *habeas corpus* 126.292 não representou uniformização da jurisprudência [...]. Assinala a impropriedade da utilização abusiva de recursos com o fim de afastar o início do cumprimento da pena, devendo tal prática ser coibida diante do caso concreto”. Esse posicionamento foi objeto de manifestação expressa do Ministro Relator. Este criticou a atuação da Advocacia-Geral da União, a qual contraria sua missão constitucional de defender o ato normativo do Poder Público. Em 29/3/2019, a Advocacia reuiu seu posicionamento, arguindo que ao art. 283 do CPP deve ser aplicada interpretação conforme a CF, a qual deve ser “coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

Em manifestação, a Procuradoria-Geral da República opina pela inadmissão das ações declaratórias de constitucionalidade. Invoca motivo superveniente decorrente do julgamento de agravo de instrumento em recurso extraordinário de nº 964.246, o qual reafirmou por “maioria”, a conclusão do HC nº 126.292, e assim ausente controvérsia a justificar as ADC’s 43 e 44, bem assim, que referida decisão teria eficácia vinculante. Destaca ainda a parcial inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP em face da proibição da execução provisória de sentença, e que esse elemento desvirtua o sistema penal, pois possibilita o “manejo estratégico de recursos protelatórios”.

Em 28/4/2018 o Partido Comunista do Brasil apresentou a ADC nº 54 acerca da mesma temática, mas apresentando como fato novo o julgamento de agravo de instrumento em recurso extraordinário de nº 964.246, o qual reafirmou por “maioria”, a conclusão do HC nº 126.292, justificando a controvérsia.

O voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADC nº 43 inicia dizendo: “Vivenciamos dias incertos sob o ângulo republicano” (BRASIL; 2019). E pontua no início da leitura de seu voto, a mudança de posicionamento do autor da ADC, PEN, hoje Partido Patriota, que em sua sustentação oral, curiosamente, pediu a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP, contrariando o pedido inicial. E prossegue o Ministro “a visão que tenho sobre o tema em discussão – é desde sempre conhecida. A reiterei quando apreciado o *Habeas Corpus* nº 126.292, no que, em 2016 implicou mudança da jurisprudência sedimentada a partir do *Habeas Corpus* nº 84.078, relator o proficiente ministro Eros Grau”. O Ministro referia-se ao *Habeas*

Corpus nº 84.078 que foi julgado no ano de 2009 e tempos depois influenciou a alteração do artigo 283 do CPP através da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

Argumenta ainda o Ministro que: “Não se pode potencializar o decidido, pelo Pleno, no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis”. O Ministro relator prossegue em seu voto:

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Carta da República, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, relator, o ministro Eros Grau, encerrado em 5 de fevereiro de 2009, segundo a qual “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento adotado na apreciação do *habeas* de nº 126.292: passados 7 anos, e não apenas 2, reverte-se a óptica que embasou a reforma do Código de Processo Penal. Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou.

Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão da garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania (BRASIL, 2019).

A linha de argumentação do Ministro prossegue informando que por ocasião de sua participação na sessão plenária do dia 17 de fevereiro de 2016, do *habeas corpus* 126.292 asseverou:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar a vir à nossa testa. Considerando o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

[...]

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse o significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender -, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de

Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do extraordinário (BRASIL, 2019).

Finaliza o Ministro seu voto no seguinte sentido:

Julgo procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade de nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Como consequência, determino a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

[...]

É que se pretende, em última análise, realinhar a sistemática da prisão à literalidade de prender-se indivíduo antes do trânsito em julgado do pronunciamento, situação na qual cabe ao magistrado, cautelarmente, impor, com os cuidados de estilo, a preventiva ou outras medidas descritas na norma processual. O pedido subsidiário apenas evidencia que, antes do exaurimento dos mecanismos recursais, surge inadequada a prisão do réu, salvo atendidos os requisitos do preceito em jogo, cujas balizas direcionam, pedagogicamente, à excepcionalidade da custódia (BRASIL, 2019).

A decisão final do STF ocorreu em 7/11/2019 e teve o seguinte teor:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, vencido o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019 (BRASIL, 2019).

A decisão favoreceu a libertação de inúmeros presos provisórios por execução de sentença, e sem trânsito em julgado, incluindo vários políticos de visibilidade nacional, como o próprio ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, sendo que sua defesa protocolou em 8/11/2019 o pedido de soltura imediata, direcionado a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba/PA, de onde emanou a ordem de prisão, proferida em abril de 2018. O pedido foi direcionado aos autos do processo nº 5014411-33.2018.4.04.7000, e no mesmo dia foi concedido o alvará de soltura, em atendimento a decisão da ADC 43. Eis o teor da decisão do Juiz Federal Danilo Pereira Junior:

3. Na hipótese sob exame, tal como noticiado pelo executado, não há trânsito em julgado.

Outrossim, como mencionado acima, observa-se que a presente execução iniciou-se exclusivamente em virtude da confirmação da sentença condenatória em segundo grau, não existindo qualquer outro fundamento fático para o início do cumprimento das penas.

Portanto, à vista do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 - e ressalvado meu entendimento pessoal acerca da conformidade à Justiça, em sua acepção universal, de tal orientação -, mister concluir pela ausência de fundamento para o prosseguimento da presente execução penal provisória, impondo-se a interrupção do cumprimento da pena privativa de liberdade.

4. Expeça-se alvará de soltura em favor do executado, encaminhando-o à SR/DPF/PR, com urgência.

Determino, em face das situações já verificadas no curso do processo, que as autoridades públicas e os advogados do réu ajustem os protocolos de segurança para o adequado cumprimento da ordem, evitando-se situações de tumulto e risco à segurança pública.

Intimem-se. (BRASIL, 2019)

Em que pese as repercussões midiáticas coligidas em torno do julgamento da ADC 43, esse julgado reafirmou a necessidade de proteção das garantias individuais, a que todo cidadão deve ter acesso, independente de questões ocasionais. Melhor dizendo, se há necessidade de se rever o sistema penal, que este venha acompanhado de mudanças estruturais e legítimas, não submetidas a casuísmos desagregadores da democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível a sociedade moderna se movimentar na construção de um sistema penal mais humano, onde caiba a compreensão acerca de que violentar garantias humanas fundamentais a despeito da inexistência de uma construção teórica, é inconcebível?! Inúmeras questões margeiam o sistema de racionalidade penal moderna, algumas vezes se agregando a ele, outras influenciando as decisões judiciais, não sei se de maneira isolada, mas a questão posta pelo HC nº 126.292, assim como, a retomada teórica fundamental em torno da ADC's 42, 44 e 54 significaram a redenção em favor da proteção da garantia do estado de inocência.

Naquele momento, os ânimos foram esfriados, mas em seguida a esse fato, o Congresso em 24/12/2019 editou uma pequena reforma do artigo 283 do CPP, e tramita no Senado Federal, Proposta de Emenda Constitucional de nº 5/2019 que propõe a inclusão do inciso XVI ao artigo 93. O artigo 283 do CPP pela nova redação proposta pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, dispôs da seguinte forma:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (BRASIL, 2019).

Outrossim, a Proposta de Emenda Constitucional de nº 5/2019 tem o seguinte teor:

A decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos

(BRASIL, 2019).

“Tempos difíceis vive essa pobre República!”, afirma o Ministro Relator Marco Aurélio (BRASIL, 2019). Haveremos de concordar. O assunto ainda não foi esgotado, ao que parece.

O papel das mídias de notória influência no sistema de justiça, se apresenta como um grande desafio democrático, já que questões culturais, morais, clamor público, aspectos conceituais em torno de binômios como trânsito em julgado/impunidade, justo/injusto, certo/errado, bem/mal, bom/mau, circulam em torno do sistema, militando em favor da imposição “tarifas de sofrimento” (PIRES; 2004) para o atendimento de questões de caráter superficial, e não estrutural, com a imposição de sacrifício as garantias estabelecidas na Constituição Federal, em Tratados Internacionais, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11-46.

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores. 2001, p. 22. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> acesso em 30/3/2020.

BRASIL, Código de Processo Penal (1941). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> acesso em 4/4/2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2019). Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>> acesso em 5/4/2020.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 1/3/2020.

BRASIL, Ministério Público Federal – MPF. Operação Lava Jato. 2014. < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>> acessado em 10/4/2020.

BRASIL, Planalto (2019). **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3> acessado em 14/4/2020.

BRASIL, Senado Federal (2019). **Proposta de Emenda Constitucional nº 5/2019**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7917872&ts=1581077789011&disposition=inline>> acesso em 13/4/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF (2016). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065>> acesso em 5/4/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF (2016, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRESUNCAO+DE+I+NOCENCIA+EXECUCAO+DE+SENTENCA%29&pagina=12&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/vg55wlg>> acessado em 8/4/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2015). **Habeas Corpus nº 126.292**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> acesso em 5/4/2020.

BRASIL, **Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4**. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.2016. disponível em:

<https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=qmgU&hdnRefId=654cf2d3ebacb4938d77e391643197e4&selForma=NU&txtValor=50465129420164047000&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=PR&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras> acessado em 10/4/2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Ação Execução Penal Provisória nº 5014411-33.2018.4.04.7000. Decisão data de 8/11/2019. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701573233765185206966236677986&evento=699&key=ae1e2125c8474421471a9a34bde33320bda0bea2e64872bf5f7cfd2cab0ff9f8&hash=1e39d1ab68d31c45296a5e3f341ae8ac> acessado em 14/4/2020.

FRANÇA, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>> acesso em 29/3/2020.

MELLO, Celso. Supremo Tribunal Federal – STF. Voto em Embargos de Declaração em Habeas Corpus nº 126.292. 2016, p. 11-12. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>> acesso em 29/3/2020.

Organização das Nações Unidas – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> acesso em 28/3/2020.

Organização dos Estados Americanos - OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 28/3/2020.

PIRES, Álvaro (2004). **Racionalidade Penal Moderna**. 2004, p. 40-41, 48, 54 <<http://novosestudios.uol.com.br/produto/edicao-68/>> acessado em 12/4/2020.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal: Princípios Básicos do Processo Penal. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011, p. 22-23.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia das Letras. 2009. p.11-12.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13-14