

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDP | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidad Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPDP, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

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

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

A PRISÃO APÓS DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO COMO REFLEXO DA MUDANÇA DE PARADIGMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: APROXIMAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO.

THE PRISON AFTER DECISION ON APPEAL NOT RES JUDICATA AS A RESULT OF THE PARADIGM SHIFT IN THE SUPREME COURT CASE LAW APPROXIMATION OF THE STATE OF EXCEPTION.

**Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha
Alicio De Oliveira Rocha Junior**

Resumo

Em que pese a Constituição Federal, consagrando o princípio da presunção da inocência, dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, recentes decisões do STF, de patente caráter populista, operaram mudança de entendimento que coloca em risco a efetividade de tal princípio fundamental, basilar de todo Sistema Penal pátrio, gerando risco concreto de instalação de um Direito Penal de Exceção, situação inadmissível em nosso Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência, Coisa julgada, Execução penal, Estado de exceção

Abstract/Resumen/Résumé

Despite the Federal Constitution, enshrining the principle of presumption of innocence, provide that "no one shall be considered guilty until the final and unappealable penal sentence," recent decisions of the Supreme Court, patent populist, operated change of understanding laying on risk the effectiveness of such a fundamental principle fundamental of all Penal System parental rights, generating real risk of installing a criminal law exception, unacceptable situation in our democratic state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The presumption of innocence principle, Res judicata, Penal execution, State of exception

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, consagrando o princípio da presunção da inocência, ou da não-culpabilidade, como direito fundamental individual.

No que se refere ao mencionado dispositivo constitucional, constata-se que recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 126.292-SP, em 17 de fevereiro de 2016, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, julgadas em 05 de outubro de 2016 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, julgado em 11 de novembro de 2016 e que teve repercussão geral reconhecida, operaram brusca mudança de entendimento relativamente à efetivação da execução provisória da pena privativa de liberdade antes da formação da coisa julgada condenatória e, conseqüentemente, resultaram em grave mitigação hermenêutica referente às balizas interpretativas do princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade, fragilizando tal direito fundamental quando ponderado em face do direito fundamental à estabilidade do sistema penal.

Tal mudança de paradigma, influenciada por clamor social sob suposta pretensão de se resguardar uma sociedade mais segura, ideia diariamente reverberada pela mídia, especialmente a sensacionalista, poderá vir a efetivar indesejável panorama jurídico reflexivo de típico Estado de Exceção, com o fortalecimento, irrazoável e desproporcional, do sistema penal típico de suposta situação de Emergência Penal, em detrimento da necessária concretização do direito fundamental da presunção de não-culpabilidade.

O presente trabalho tem como objetivo principal fomentar a discussão a respeito da mudança de paradigma em sede da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, retornando a entendimento anterior e vigente até o ano de 2009, pela possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, sem aquiescência do condenado, antes de seu efetivo trânsito em julgado, analisando-se os argumentos favoráveis e contrários ao novo paradigma jurisprudencial vinculante, bem como verificar os motivos que levaram a tal mudança de paradigma e se essa situação se consubstancia em efetivo avanço ou retrocesso na realização da interpretação conforme a Constituição Federal, na forma em que se operou em relação ao

Co-autores PATRÍCIA VIEIRA DE MELO FERREIRA ROCHA e ALÍCIO DE OLIVEIRA ROCHA JUNIOR. Ambos contribuíram para o resultado da Pesquisa, especialmente no que se refere ao seu Desenvolvimento e Conclusões. A Pesquisa é original, trata das recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão após decisão condenatória em segunda instância não transitada em julgado.

sopesamento de forças entre os princípios da presunção da inocência ou não-culpabilidade e o princípio da necessidade de estabilidade do sistema penal.

Ainda, pretende analisar se o resultado dos julgamentos concretizam situação de Estado de Exceção e de Emergência Penal, quando os fins podem vir a justificar os meios, até aqueles considerados injustos e/ou violadores de direitos e garantias individuais ou coletivos dos cidadãos.

No presente Artigo será utilizado o método dedutivo, mediante a realização de pesquisa bibliográfica, na doutrina e jurisprudência constitucionalista, especialmente a nacional, mas sem relevar a influência do direito comparado, destacando-se o estudo da hermenêutica constitucional, dos direitos fundamentais, especialmente das garantias processuais penais fundamentais, sistema internacional de proteção dos direitos humanos, teorias constitucionais, ciência política, filosofia, dentre outras matérias consideradas relevantes ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

Trata-se sobre a mudança de paradigma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à hermenêutica do princípio da presunção de inocência, destacando-se tal mudança à luz da aproximação com a doutrina filosófica de John Locke, na linha de que os seres humanos nascem bons, iguais e independentes, sendo que a sociedade é responsável pela formação dos indivíduos e, em contraponto, com a doutrina filosófica de Thomas Hobbes, afirmativa de que o ser humano nasce mau, é um ser não sociável e, assim, faz-se necessário um Estado autoritário, que dite as regras e as normas de convivência para tornar o homem educado e sociável.

Também serão analisadas as normas legais que disciplinam o tema, especialmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e Tratados Internacionais, bem como o entendimento do Poder Judiciário pátrio sobre o tema da presunção de inocência e execução provisória de pena, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória e sem a concordância do condenado.

Também será utilizado o método indutivo, através da realização de pesquisa no âmbito nacional, bem como nas sociedades alienígenas, de casos concretos onde a partir da ponderação de valores houve a relativização do princípio da presunção de inocência frente ao princípio da segurança/estabilidade do sistema penal.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 DECISÕES POPULISTAS COMO REFLEXO DA EMERGÊNCIA PENAL: O ATIVISMO JUDICIAL DE EXCEÇÃO PARA SACIAR A SOCIEDADE CIVIL, DIANTE DA CRISE DO PODER LEGISLATIVO NO CUMPRIMENTO DE SUAS ATRIBUIÇÕES.

Segundo Anderson Clei Santos, “o esvaziamento do espaço político não é um fenômeno único e exclusivamente brasileiro, em verdade, insere-se dentro de um quadro institucional mundial de esvaziamento dos espaços públicos de discussão social fruto de nossa sociedade globalizada e de massas em que as regras do jogo político foram substituídas pelos ditames da economia – o “Mercado”.”

Segue Anderson Clei Santos afirmando que “o atual estágio histórico-social marcado pela globalização e precipuamente, pela suplantação do homem político pelo homem econômico em um quadro social marcado pela superposição da economia em relação à política explica o déficit de legitimidade do Legislativo e seu enfraquecimento.”

Segundo Antoine Garapon, justifica-se um crescente ativismo judicial não por opção do Poder Judiciário, mas pela decrescente atuação eficaz (omissões) do Poder Legislativo, especialmente, mas também do Poder Executivo.

A quantidade de leis desnecessárias, em detrimento daquelas essenciais para a solução de situações cruciais na democracia, demonstram não somente a prevalência de interesses pessoais em face dos reais interesses públicos, mas refletem a falência do Poder Legislativo no exercício de suas atribuições constitucionais.

Muitas decisões em sede de Direito Penal material e processual, sejam do Supremo Tribunal Federal, tais como as discutidas neste Artigo, bem como outras de Tribunais Superiores e de Segunda Instância, são uma resposta à falta (lacuna) de normas, abrindo-se espaço para que possam ocorrer violações às garantias processuais assentadas em nossa Constituição Federal e, assim, cabe ao Poder Judiciário a posição de “ultima ratio” na solução de problemas sociais, exercendo, nas palavras de Antoine Garapon, papel de verdadeiro “guardador de promessas”.

Segundo o Professor Fauzi Hassan Choukr, “o jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camuflados pelo perigoso discurso do “algo precisa ser feito”, extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores. (...) A desnaturação axiológica se

dá por vários modos mas, em particular, um deles é danoso, qual seja, o emprego simbólico do direito e do processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder. Como decorrência, a cada emprego simbólico do sistema repressivo há uma sensível invasão na seara dos direitos fundamentais, embora formalmente eles continuem presentes nos ordenamentos.”

Prossegue o Professor Fauzi Choukr afirmando que, atualmente, “a intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. (...) Seria desnecessário anotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal – muito embora destacando-se sua autonomia científica – acaba por assimilar essa mesma função simbólica.”

Afirma Fauzi Choukr que “como decorrência natural dessa visão promocional, a cultura dos direitos e garantias fundamentais é apresentada como causa de entrave ao funcionamento eficiente do sistema. Sem embargo, a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo (...) No criticado convívio entre as culturas da normalidade e de emergência, a técnica inquisitiva vai representar um significativo aumento do papel policial na construção do sistema repressivo (...) No contexto da emergência, onde a busca da verdade material aparece como uma meta esgotada em si mesma, dando margem a toda sorte de subjetivismo judiciais (o que significa a abertura da possibilidade do arbítrio estatal, desprezada a figura humana do juiz), dificultada fica a compreensão da lição de Hassemer, quando adverte que, apenas um direito processual penal aplicado com estrito respeito às suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração da lei.”

Prossegue Fauzi Choukr afirmando que, “para além do tema probatório outro, de não menor magnitude, sofre conseqüências diretas da cultura emergencial, qual seja, a constrição da liberdade no curso do processo. A prisão, de figura excepcional antes da sentença condenatória transitada em julgado, passa a ser encarada como algo natural à relação processual. Mais além. Os argumentos naturalmente pertencentes à exceção passam a integrar a rotina persecutória, como se a transposição não fosse traumática (...) Com efeito, rasgada a Constituição para o combate à criminalidade, o que se tem é a continuidade do discurso do pânico, mesmo com todo o arsenal anticonstitucional colocado à disposição para o seu

combate. Assim, mais medidas são exigidas ante a fragilidade das anteriormente tomadas, e a retórica da intransigência aparece ainda aqui sob o manto do já mencionado “algo precisa ser feito”.

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TRATADOS INTERNACIONAIS E CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Diz o art. 283 do Código de Processo Penal, em harmonia com o que dispõe a Constituição Federal (art. 5º, LVII; art. 60, §4º, IV; art. 37, VII, “b”) que “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.”

Tal conteúdo é expresso e taxativo no sentido de não permitir prisão para cumprimento da pena provativa de liberdade (na forma de execução provisória da pena), salvo com a concordância do condenado, antes que a decisão condenatória transite em julgado. Não há margem de discricionariedade ou flexibilidade para a interpretação dada, na forma acima transcrita, nos votos da maioria dos Ministros do STF, que entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena provativa de liberdade após condenação em 2ª Instância.

O art. 5º, LVII, da CF, que “ninguém será considerado culpado o até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Aqui, vê-se que o nosso Constituinte alinhou-se à doutrina de John Locke, pois, para o mencionado dispositivo constitucional, o ser humano deve ser considerado bom, inocente, não-culpado, até decisão definitiva, transitada em julgado, imutável (*res judicata*), em sentido diverso e, somente, assim, poderá ser considerado culpado. Como já dito, não há espaço, na interpretação conforme o conteúdo material de nossa Constituição Federal, para uma interpretação, nesse ponto, na linha hobbeana.

Sendo o princípio da presunção de inocência um direito fundamental da pessoa humana, não pode ser violado segundo a multimencionada mudança de paradigma operada pelo Supremo Tribunal Federal, nem mesmo alterado por emenda/reforma constitucional, a teor do art. 60, §4º, IV, da CF.

Confira-se, nessa linha de entendimento, as conclusões do Parecer dos E. Professores Aury Lopez Júnior e Gustavo Siqueira Badaró, no sentido de que a garantia constitucional da presunção de inocência vigora, nos precisos termos do inciso LVII do caput do art. 5º da Constituição Federal, “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendida

essa expressão, em seu significado técnico, de momento da passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada.”

Segundo Aury Lopez Júnior e Gustavo Siqueira Badaró, a chamada garantia da “presunção da inocência”, assegurada na Constituição de 1988, foi prevista, historicamente, em diversos diplomas internacionais de direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183^a Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que assegurou, de forma explícita, a presunção de inocência, ao dispor, que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro de 1966, estabelece em seu artigo 14, item 2, que: “qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.”

A Convenção americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22 de dezembro de 1969, igualmente assegura em seu art.8º, “Garantias judiciais”, item 2, primeira parte, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

Ressalte-se que tanto o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, integram o ordenamento jurídico nacional e, na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, “todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais”.

Ainda segundo Aury Lopez Júnior e Gustavo Siqueira Badaró, a presunção de inocência se trata de garantia integrante do devido processo legal, garantia que marca a posição do acusado como sujeito de direitos no processo penal, tendo em vista que a prova da imputação cabe à acusação e integralmente à acusação, sendo a presunção de inocência, antes de tudo, um princípio político, como componente basilar de um modelo processual penal que

queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.

Tais Autores destacam que o indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais, sendo que, o direito a liberdade, contudo, não é absoluto e pode ser juridicamente restringido, desde que haja expressa previsão legal e observado o devido processo legal. Assim, o direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se inclui a “presunção de inocência”, que assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito.

Seguem Aury Lopez Júnior e Gustavo Siqueira Badaró informando que o estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e, portanto, a presunção de inocência é uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. Afirmam que o o dispositivo constitucional do art. 5º, LVII, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência, podendo ser interpretada sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo, tratando-se, assim, de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza, assemelhando-se, nesse ponto com o “in dubio pro reo”, funcionando como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado.

Verifica-se, portanto, que a situação de ser preso, para iniciar a execução provisória da pena privativa de liberdade objeto de decisão condenatória de Segunda Instância não transitada em julgado e ser considerado culpado, situação de nítido conteúdo declaratório, não são idênticas, mas não são necessariamente distintas e desvinculadas. Em termos semânticos, têm conteúdo diverso, haja vista que, por exemplo, é possível ser considerado culpado e ainda não ter sido preso. Porém, o contrário, não acontece, pois, para ser preso, é preciso que o acusado tenha sido considerado culpado.

Em termos jurídicos, segundo a lição de Daniel Hachem, a prisão, “como execução da pena (desprovida de natureza cautelar) exige obrigatoriamente que o acusado tenha sido considerado culpado, porque a aplicação da sanção penal requer a prévia ocorrência de crime, e o crime só se configura quando estiverem presentes três elementos: antijuridicidade; tipicidade; culpabilidade. A declaração de culpabilidade é condição necessária para a execução da pena. Logo, um acusado pode ser declarado culpado antes de ter sofrido a pena,

mas não pode sofrer a pena antes de ser declarado culpado.”

Portanto, constata-se que, para a execução da pena privativa de liberdade, da pena de prisão, é preciso ter ocorrido um crime e, para que haja crime, é preciso que haja a declaração da culpa. Para a Constituição Federal, somente se pode considerar o acusado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, nessa linha, não se dissociam completamente os conteúdos da prisão, para execução da pena, da declaração de culpa, pois, para o ordenamento jurídico brasileiro, para ser preso, no sentido de “cumprir pena”, o condenado tem de ser considerado culpado.

2.3 A PRISÃO APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM 2ª INSTÂNCIA AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: RETROCESSO NO RETORNO À DOUTRINA HOBBEANA.

As recentes decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 126.292-SP, em 17 de fevereiro de 2016, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, com julgamento finalizado em 05 de outubro de 2016 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, julgado em 11 de novembro de 2016 e que teve repercussão geral reconhecida por unanimidade, para, no mérito, por maioria, reafirmar a jurisprudência estabelecida nas ADC nºs 43 e 44, operaram brusca ruptura de entendimento relativamente à efetivação do princípio da presunção de inocência, autorizando a prisão e o início da execução provisória da pena privativa de liberdade sem a concordância do condenado, antes mesmo do trânsito em julgado de decisão condenatória em segunda instância.

Concretizou-se, com a mencionada mudança de paradigma, grave mitigação hermenêutica referente à interpretação do princípio constitucional e direito fundamental da presunção de inocência ou não-culpabilidade, fragilizando tal mandamento quando ponderado em face do direito fundamental à estabilidade do sistema penal.

Verifica-se que a ruptura de paradigma jurisprudencial sofreu forte influência dos ideais e anseios atuais da sociedade civil, resultando num clamor social geral em busca de se resguardar uma convivência social mais segura para os cidadãos, tendente a celerizar o afastamento do convívio social dos cidadãos tidos como inocentes daqueles condenados em segunda instância, efetivando-se uma presunção parcial de inocência, derivada de anseio social amplificado pela mídia, especialmente a sensacionalista.

A concretização dessa situação de influência do populismo penal, presente na doutrina do direito penal do inimigo, poderá vir a efetivar indesejável panorama jurídico

reflexivo de típico Estado de Exceção, com o fortalecimento irrazoável e desproporcional deste tipo de sistema penal, representativo de situação de emergência, em detrimento da necessária concretização do direito fundamental individual da presunção de não-culpabilidade.

Tal influência social, de afastamento do convívio social dos condenados em segunda instância com decisão ainda não transitada em julgado e ao arripio do texto da Constituição Federal, reflete a doutrina do direito penal do inimigo e remete à linha argumentativa da filosofia do inglês Thomas Hobbes, para quem o homem, na sua essência, não é um ser do bem, ao contrário, o homem é mau e, assim, deve haver um Estado forte, absoluto, a limitar as pretensões individuais, linha de pensamento que justifica a necessidade de Emergência Penal e outras formas de autoritarismo e totalitarismo. Segundo Hobbes, como o homem já nascia mau e não sabia viver em sociedade, era precisa um Estado autoritário, que ditasse as regras, as normas de convivência, sendo que a sociedade (e também o Estado totalitário) teria o papel de “educá-lo”, “humanizá-lo”, de torná-lo “sociável”.

Tal seara, de efetivação de situação de emergência penal reflexiva de Estado de Exceção, fundamentada por anseios sociais influenciados pela filosofia hobbeana, de segregação dos cidadãos tidos como criminosos do convívio social dos demais, informa algumas das premissas argumentativas aptas influenciar a decisão da maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sustentação do novo paradigma vinculante.

Em sede do ARE nº 964246, o Relator, Min, Teori Zavascki, ressaltou que no julgamento do Habeas Corpus nº 126292, também da sua relatoria, realizado em 17 de fevereiro de 2016, o STF, por maioria, alterou entendimento até então dominante e retomou jurisprudência que vigorou na Casa até 2009, no sentido de que a presunção de inocência não impede prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirma sentença penal condenatória, tendo destacado que tal matéria voltou a ser apreciada pelo Plenário do STF em outubro de 2016, quando, na ocasião, ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, a maioria do Plenário reconheceu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Segundo o Min. Relator do ARE nº 964246, no voto prolatado em 11 de novembro de 2016, “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.” e “antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem

jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação, a presunção de inocência”.

Segue o Min. Teori Zavascki afirmando que, no “juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo de origem. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas”, complementando que “ressalvada a via da revisão criminal, é nas instâncias ordinárias que se esgota a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”, concluindo que “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, por não se prestarem ao debate de matéria fático-probatória. (...) com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa. (...) a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.”

Segundo afirmação do Exmo. Ministro Relator, nessa linha, “a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país” e “o processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”.

Ainda no voto condutor da maioria, o Min. Teori Zavascki citou estudo de direito comparado para indicar que em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando eventual referendo de Tribunal Supremo e listou, como exemplos, as legislações de Inglaterra, Estados Unidos da América, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, tendo reafirmado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixando a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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”.

Percebe-se que a maioria do Plenário do STF, atualmente, afirma que o início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio

constitucional da presunção da inocência, por entender que a manutenção da sentença penal condenatória pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que é suficiente para autorizar o início da execução da pena.

Tal entendimento, segundo se extrai dos votos dos doutos Ministros do Supremo Tribunal Federal, indica que a discutida mudança de paradigma tem como premissas, inclusive, exaltações à necessidade de trazer maior segurança ao sistema penal pátrio, à efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados, auxiliando no combate a ideia de morosidade da Justiça e para diminuir a sensação social de impunidade, além de prestigiar o trabalho de juízes de primeira e segunda instâncias, de inibir recursos exclusivamente protelatórios aos Tribunais Superiores, seja para retardar o início do cumprimento da pena de prisão ou para tentar obter a prescrição da pretensão penal executória, tendo em vista a notória demora de julgamento pelos Tribunais Superiores.

No mesmo sentido, pela reafirmação do novo paradigma jurisprudencial vinculante, vê-se manifestações dos Ministros do STF afirmando que a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura.

O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que “a presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência e ressaltou que, no caso de se alegar suposto abuso na decisão condenatória, os tribunais superiores dispõem de meios para sustar a execução antecipada, bem como a defesa do Condenado dispõe de instrumentos, tais como o habeas corpus e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo, sendo que o sistema penal e processual penal estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal.

Já a Ministra Carmem Lúcia, atual Presidente do STF, afirmou que “havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema penal e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. (...) A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo.”

Constata-se, segundo tais premissas que fundamentam os votos balizadores do novo

paradigma jurisprudencial vinculante, indesejável influência da doutrina hobbeana, tendo em vista que o ora condenado em 2ª Instância – ainda que por decisão não transitada em julgado -, passa a ser considerado um ser humano mau (culpado), não apto a viver em sociedade e que deve ser extirpado do convívio social dos demais seres humanos, fulminando-se o princípio constitucional da presunção da inocência.

Atentando-se para o conteúdo material de nossa Constituição Federal e segundo a hermenêutica informadora dos direitos fundamentais individuais como cláusulas pétreas de nosso ordenamento constitucional, verifica-se melhor adequada, ao nosso Sistema, a influência da doutrina filosófica de John Locke que, em contraponto a Tomas Hobbes, afirma que os seres humanos nascem bons, iguais e independentes, sendo que, quando do nascimento, a mente humana é uma espécie de “tábula rasa”, uma “folha em branco” e as experiências que esta pessoa passa pela vida é que vão formando seus conhecimentos e personalidade.

Tal filosofia se adequa à melhor hermenêutica de nosso texto constitucional federal, tendo em vista que se alinha ao real conceito de presunção de inocência, considerado direito fundamental da pessoa humana e verdadeira cláusula pétrea, quando a efetiva presunção é de que o ser humano é inocente (não-culpado) até decisão definitiva, transitada em julgado, em sentido diverso.

Problematiza-se, segundo a discussão acima estabelecida, se o novo paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, autorizador da prisão após decisão condenatória em Segunda Instância ainda não transitada em julgado se revela adequado, necessário e proporcional, à luz da ponderação de princípios relativos a direitos fundamentais? Sopesando-se a força do princípio da presunção da inocência com o peso do princípio da segurança/estabilidade do sistema penal, ou mesmo com o peso do princípio da efetividade do direito penal e dos bens por ele tutelados, pode-se vir concluir, num caso concreto, pela restrição do princípio da presunção de inocência em favor do(s) outro(s)? Translúcida a resposta em sentido negativo, tendo em vista que, na situação apreciada (autorização de prisão após decisão condenatória em Segunda Instância não transitada em julgado), não pode prevalecer a tese reafirmada, por maioria, pelo Supremo Tribunal Federal.

A mencionada tese informa que, após a decisão de segunda instância, não poderiam mais ser revistas questões relativas a fatos e provas, operando-se, nesse ponto, a coisa julgada relativa ao exame da situação fática, tornando-se, assim, imutável e insuscetível de alteração por via de recurso. Restou, portanto, relativizado o conceito de coisa julgada, tradicionalmente obtido após o decurso de todos os prazos para interposição de recursos em

face do julgado.

Nesse toar, o Supremo Tribunal Federal cindiu o conceito de coisa julgada, afirmando existir uma diferença entre “coisa julgada da situação fática” e a “coisa julgada da situação jurídica”. Tal cisão não encontra apoio em nenhum fundamento jurídico ou normativo, tendo em vista que não existe, em nosso ordenamento jurídico, previsão normativa a autorizar tal diferenciação, bem o fato de não ser possível rediscutir questões fáticas ou probatórias em terceira instância não afasta a possibilidade de reverter a decisão de segunda instância e evitar que um inocente sofra uma restrição indevida ao seu direito fundamental de liberdade.

Segundo Daniel Hachem, caso se permita “relativizar o conceito de “trânsito em julgado”, o Poder Judiciário teria de fazê-lo não só para restringir direitos fundamentais do cidadão, mas também para protegê-los.” Segue exemplificando que, no caso de “o jurisdicionado perder prazo para recurso, poderá pedir que o Poder Judiciário pondere a norma que impõe o não conhecimento do recurso interposto após o “trânsito em julgado” (conceito que passa a ser relativo e ponderável) com outros direitos fundamentais que estejam envolvidos em sua situação concreta. É óbvio que isso não deve ser admitido, pois a segurança do sistema – seja para o Estado, seja para o cidadão – exige que existam normas de cunho definitivo e imponderável (que alguns autores convencionaram chamar de regra), como vinham sendo até então aquelas que fixavam os efeitos do “trânsito em julgado”.”

Também não pode prevalecer a premissa argumentativa de que a presunção de inocência, princípio que é e sujeito à ponderação com outras normas constitucionais, poderia ceder parcialmente no que diz respeito ao princípio de segurança/estabilidade do sistema penal, ou mesmo quanto ao princípio da efetividade do direito penal e dos bens por ele tutelados, em face da pendência de recursos interpostos contra a decisão de segunda instância, o que poderia levar à impunidade, inclusive com a possibilidade de ocorrência da prescrição, haja vista a enorme quantidade de recursos existentes no sistema processual brasileiro, o que resulta na morosidade de julgamentos pelos tribunais superiores (terceira instância).

É que o argumento da impunidade não é um argumento jurídico, mas, no máximo, uma questão de política criminal, apta a justificar mudanças no Sistema Penal por intermédio da alteração das leis existentes, mas não pode resultar no afastamento ou restrição de normas definidoras de direitos fundamentais e, portanto, um argumento fático como a “impunidade”, ainda que decorrente da morosidade nos julgamentos pelos tribunais superiores, não pode se sobrepor aos valores de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do princípio da presunção de inocência.

3. CONCLUSÕES

Verifica-se que o Pretório Excelso operou, segundo a desatada mudança de paradigma jurisprudencial que autorizou a prisão após decisão de Segunda Instância ainda não transitada em julgado, grave lesão ao princípio constitucional e direito fundamental de presunção de não-culpabilidade ou presunção de inocência, fragilizando-o quando em ponderação com outros princípios, a exemplo do princípio de preservação da estabilidade e segurança do sistema penal, ou mesmo do princípio da efetividade do direito penal e dos bens por ele tutelados, permitindo equivocada restrição à presunção de inocência, equívoco hermenêutico que instalou retrocesso irremediável relativamente à interpretação jurisdicional conforme a Constituição e concretizou situação típica de Estado de Exceção, autorizativo de restrições e ingerências reflexivas de emergência penal, limitadoras dos direitos fundamentais.

A suposta situação de emergência penal pode vir a justificar a edição de atos e decisões injustos e que violam direitos fundamentais enraizados na Constituição Federal e nos demais diplomas legais de “status” constitucional, atos e decisões embasados em injustificáveis argumentos de que, no curso de suposta situação de Estado de Exceção e de Emergência Penal, os fins podem vir a justificar os meios, quaisquer que sejam, mesmo aqueles que se demonstrem injustos e/ou violadores de direitos e garantias individuais ou coletivos dos cidadãos, ferindo, portanto, os critérios de ponderações de princípios, a exemplo da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e, indesejavelmente, referendando a violação de princípios e direitos fundamentais por outros que, naquele caso concreto, seriam de menor força/peso e não poderiam prevalecer em detrimento dos direitos fundamentais individuais, a exemplo do princípio da presunção de inocência, direito fundamental e cláusula pétrea de nosso ordenamento jurídico constitucional.

Não se pode perder de vista que as bases do Direito Penal Constitucional brasileiro não estão assentadas em situações eventuais ou excepcionais, daí porque o princípio da presunção da inocência foi alçado à condição de direito fundamental individual somente podendo ser excepcionado em situações determinadas e não-generalizadas e, mesmo assim, desde que sopesado em relação a outro direito fundamental que, na análise daquela situação específica, deve prevalecer.

Pensar de forma diferente e aceitar como acertado o novo posicionamento do STF seria esquecer que tal decisão atingirá não somente aqueles condenados em segunda instância, mas também poderá vir a atingir todos os cidadãos, posto que passíveis de eventual submissão à persecução penal estatal, especialmente em situação de Estado de Exceção, quando as

Instituições e os Poderes constituídos buscam justificar a necessidade de maior intervenção e arbítrio Estatal em relação a restrições dos direitos individuais dos cidadãos, sob a justificativa de emergência penal, em contraponto como que determina o ordenamento constitucional de nosso Estado Democrático de Direito, que ordena que o ser humano têm o direito fundamental expresso de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, bem como não pode ser preso compulsoriamente em sede de execução provisória da pena privativa de liberdade, somente em caso de prisão decorrente de condenação definitiva, transitada em julgado, imutável e da qual não caiba mais recurso.

4. BIBLIOGRAFIA

1. LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. “Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf> Visualizado em 19/10/2016.
2. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.
3. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.
4. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.
5. MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo. Editora Atlas. 2014.
6. PRADO, Geraldo. “Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis”. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-ou-direito-processual-penal-das-praticas-sociais-as-praticas-sociais-reguladas-pela-constituicao-por-tratados-e-leis-por-geraldo-prado/>>. Consultado em 26/10/2016.
7. GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. “*As Nulidades no Processo Penal*”. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 71.
8. HACHEM, Daniel Wunder. “Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)”. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da->

presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>. Acessado em 26/10/2016.

9. GARAPON, Antoinr. “O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia”. ARAGÃO, Francisco [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

10. SANTOS, Anderson Clei. “A crise do Legislativo e o protagonismo do Judiciário: uma análise crítica.” in COELHO NETO, Ubirajara (organizador). “Temas de Direito Constitucional: Estudos em homenagem ao Prof.º Carlos Rebelo Junior.” Evocati, 2013, (pp. 41-58).

11. CHOUKR, Fauzi Hassan. “Bases para compreensão e crítica do Direito Emergencial.” Disponível em <https://www.academia.edu/24060241/BASES_PARA_COMPREENS%C3%83O_E_CR%C3%8DTICA_DO_DIREITO>. Acessado em 30 de maio de 2016.