

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUA APLICAÇÃO COMO REFLEXO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REPRESSIVA

Marilene Petrucci dos Reis Alves Pimenta

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292/SP, que determinou a possibilidade de execução provisória da pena após decisão de segunda instância, e compreender como esta se insere em um contexto de clamor por uma política criminal cerceadora de direitos e garantias fundamentais. Para tanto, foi realizada uma abordagem metodológica jurídico-sociológica, por meio de uma pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, inter-relacionando os campos do Direito, em seus diferentes ramos, com o da sociologia e da criminologia crítica. Chegou-se à conclusão de que a referida decisão viola o texto constitucional, apresentando-se como reflexo de um ideal punitivista e repressivo que permeia todas as esferas políticas e sociais, dentre elas o Poder Judiciário.

Palavras-chave: execução provisória da pena, presunção de inocência, política criminal, constitucionalismo

Abstract: This article has the aim of analyze the constitutionality of the Supreme Court's decision, at the Habeas Corpus 126.292/SP, which has determined the possibility of provisional execution of penalty after a second instance decision, and understand how this decision is inserted in a context of clamor for a criminal justice system that curtails fundamental rights and guarantees. Therefore it was realized a bibliographic research at the doctrine and jurisprudence, inter-relating the branches of law, sociology and critical criminology. We concluded the decision violates the constitutional text, presenting itself as a reflex of a punitive and repressive ideal that permeates all of the political and social spheres, including the Judiciary.

Keywords: provisional execution of penalty, innocence presumption, criminal policy, constitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

No contexto atual, tornou-se perceptível uma intervenção mais ativa do Judiciário em diversos âmbitos, inclusive, na seara criminal. Tem-se buscado, cada vez mais, a efetivação de um discurso punitivista, como suposto meio de promoção da segurança pública e de combate à criminalidade.

Nesse sentido, direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 são relativizados em prol da instauração de uma política criminal repressiva. Dessa forma, não apenas os Poderes Executivo e Legislativo, mas também o Judiciário, adotam tal

postura, se afastando dos textos normativos e da base principiológica do Direito Penal e, por conseguinte, tomando decisões arbitrárias, num claro distanciamento daquilo que seria o papel primordial da Corte Constitucional em um Estado Democrático de Direito, qual seja, a proteção de direitos e garantias fundamentais, ainda que se tenha que ir de encontro aos anseios de um grupo majoritário.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, violou claramente um dos preceitos constitucionais mais importantes para a consagração de um processo penal democrático, qual seja, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por meio de decisão no HC 126.292/SP, em controle de constitucionalidade difuso, o STF possibilitou a execução provisória da pena após a decisão do Tribunal de 2ª instância, numa afronta ao disposto no artigo 5º, LVII, da CF/88.

Em tal cenário, é de suma importância problematizar referido instituto, para garantir a efetividade de um processo penal democrático e garantista, que preza pela presunção de inocência, consagrada pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, parte-se primeiramente de uma análise acerca da função do direito penal e processual penal no contexto democrático, no sentido de impor limites à atuação do Estado no exercício de seu poder punitivo. Posteriormente, cumpre analisar o papel do Judiciário, em especial da Corte Constitucional, de assegurar a efetividade do texto constitucional por meio da proteção de direitos fundamentais, ainda que em caráter contramajoritário.

Tendo isto em vista, busca-se demonstrar como, tanto a função do direito penal, quanto da Corte Constitucional são deturpadas na atual conjuntura, em razão da preponderância de um discurso punitivista que clama por uma política penal repressiva e pelo cerceamento dos direitos e garantias fundamentais daquele que é acusado do cometimento de um delito.

Em seguida, passa-se a discorrer acerca da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, discutindo-se a impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Por fim, faz-se uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP, que permitiu a execução provisória da pena após decisão condenatória proferida por tribunal de segunda instância, sem que houvesse trânsito em julgado.

2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL ENQUANTO LIMITADORES DE ABUSOS NO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

O Direito Penal surge historicamente como um meio de negação da vingança privada, visando a impedir que esta aconteça, dando um carácter de racionalidade àquilo que, se exercido pelos particulares, seria movido por apenas uma “atroz paixão”. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2002, p. 269) afirma que “a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança.”

Assim, o direito penal surge enquanto um conjunto de normas que visam a tutelar bens jurídicos previamente definidos, prevendo como consequência para sua violação uma coerção jurídica grave, com o fim de evitar novas violações a bens jurídicos pelos indivíduos. (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015)

Esse processo em que se estabelece a seleção de condutas que serão alvo da coação do poder punitivo é chamado de criminalização, que se subdivide em primária e secundária. Eugenio Raúl Zaffaroni, em conjunto com outros autores, (2002) conceitua a criminalização primária como um ato formal sancionador de uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas – é uma declaração que se refere a condutas ou atos que serão penalizados. A criminalização secundária, por sua vez, é a ação punitiva exercida concretamente sobre os indivíduos, no momento em que as agências policiais detectam uma pessoa a quem se atribui uma conduta criminalizada primariamente e a submete a investigação, a um processo criminal e, eventualmente, a uma sanção penal.¹ Mas quais atos a serem incriminados ou passíveis de punição serão selecionados no momento da criminalização primária?

¹No original em espanhol: “*Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. [...], la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización).*” (ZAFFARONI et. al., 2002, p. 7)

Juarez Cirino dos Santos (2014) afirma que existem objetivos do Direito Penal que são declarados no discurso jurídico oficial. Nesse sentido, o Direito Penal deve se ocupar em proteger os bens jurídicos mais relevantes para a vida humana individual ou coletiva, tais como a vida, a integridade física, a sexualidade, o patrimônio, etc. Essa proteção, no entanto, é, nos dizeres do autor, “subsidiária e fragmentária”: subsidiária, na medida em que pressupõe a atuação de outros ramos jurídicos, emergindo o ordenamento jurídico-penal apenas quando aqueles não são suficientes para a efetivação desta proteção; e fragmentária, porque não se ocupa da proteção de todos os bens jurídicos elencados na Constituição da República, mas seleciona apenas alguns a serem tutelados.

Assim, pode-se dizer que a criminalização primária seleciona, em tese, as condutas que violam alguns bens jurídicos considerados como os mais relevantes para a vida em sociedade, bens esses cuja proteção é de tal importância que não pode ser suficientemente exercida por outros ramos jurídicos. Nesse sentido, o Direito Penal é considerado como a *ultimaratio*, a última intervenção possível.

Nesse sentido, surge a política criminal como “programa oficial de controle do crime e da criminalidade” (SANTOS, 2014, p. 423), ou seja, como o meio de o poder estatal repreender certos atos definidos no processo de criminalização primária. Esta política criminal é legitimada pela ideologia penal oficial que atribui funções à pena, quais sejam, a de retribuição do crime e a de prevenção geral e especial da criminalidade/criminalização.

A primeira consiste na “imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito” (SANTOS, 2014, p. 425). A prevenção especial, por seu turno, busca evitar que o indivíduo que comete delitos venha a cometê-los novamente, por meio de sua neutralização, ou seja, da impossibilidade de que pratique condutas criminosas durante a execução da pena, bem como de sua correção/ressocialização, que teoricamente, seria trabalhada no período em que se encontra em estabelecimento prisional. (SANTOS, 2014) Por fim, a prevenção geral visa à intimidação e ao reforço dos valores protegidos pela ordem penal, com o intuito de desestimular as pessoas a praticarem delitos, de modo a proteger bens jurídicos e reafirmar a validade da norma penal. (SANTOS, 2014)

Para Luigi Ferrajoli (2002), no entanto, o direito penal tem como função não apenas a de prevenir o cometimento de delitos, por meio da aplicação de penas privativas de liberdade,

mas também a de prevenir contra a aplicação de penas arbitrárias ou desmedidas. Portanto, para o autor, o direito penal tem uma dupla função preventiva, sendo que a primeira citada reflete o interesse da maioria dos indivíduos, não desviantes, pertencentes à sociedade, enquanto a segunda reflete o interesse daquele que é acusado de ter cometido um delito.

Segundo Ferrajoli (2002), em ambos os casos, o direito penal visa à proteção dos direitos fundamentais da parte mais vulnerável na relação contra arbitrariedades. Nas palavras do autor,

[...] a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto *lei do mais fraco*, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. E sob esta base que as duas finalidades preventivas - a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias - são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a "necessidade política" do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições. (FERRAJOLI, 2002, p. 270)

Tendo em mente ambas as funções de prevenção, nos ocuparemos com mais profundidade, neste trabalho, da segunda função do direito penal, qual seja, aquela que visa a proteger o acusado contra arbitrariedades a serem cometidas pelo Estado no exercício de seu poder punitivo.

Segundo Zaffaroni (2002), a função mais óbvia do direito penal é a contenção do poder punitivo, pois, se assim não o fosse, este estaria submetido ao impulso das agências executivas e políticas, o que, por conseguinte, ocasionaria o desaparecimento do Estado de Direito e da República.² Ainda segundo o autor, “a função de contenção e redução do direito penal é o componente dialético indispensável para sua subsistência e progresso.”³ (ZAFFARONI et. al., 2002, p. 5-6)

² No original em espanhol: *La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma.* (ZAFFARONI et. al., 2002, p. 5)

³[...] la función de contención y reducción del derecho penal es el componente dialéctico indispensable para su subsistencia y progreso.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, o manejo do poder penal-repressivo não pode se dar descontrolada e arbitrariamente, devendo ser limitado de modo a respeitar os direitos fundamentais, conferindo legitimidade às sanções penais aplicadas. (ROSA, 2013). À tutela dos direitos fundamentais com o objetivo de se evitar arbitrariedades nas proibições e punições, dá-se o nome de “garantismo”.⁴ (FERRAJOLI, 2002)

Segundo Luigi Ferrajoli (2002), o objetivo precípua, que justifica a existência do Direito Penal e o torna aceitável na sociedade, consiste justamente no estabelecimento de regras a serem aplicadas a todos de maneira equânime, resguardando-se a dignidade daqueles que são acusados do cometimento de um delito, bem como o respeito a seus demais direitos e garantias fundamentais, ainda que contra os interesses da maioria.

O garantismo penal, enquanto meio de impor limites à atuação do ente estatal na utilização de seu poder punitivo, representa a concretização do projeto constitucional democrático estabelecido em 1988. Considerando que a Constituição “é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal”, (ROSA, 2013, p. 33) para conferir-lhe força normativa, é necessário que qualquer norma jurídica passe por uma “oxigenação constitucional de viés garantista”. (ROSA, 2013, p. 33)

Em outras palavras, a *Constituição*, nesta concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal. (ROSA, 2013, p. 33)

Com efeito, o garantismo constitui uma conotação estrutural e substancial da democracia, na medida em que as garantias atuam como limitadoras do poder público,

⁴ Atualmente, a noção de garantismo tem sido desvirtuada pela noção de garantismo integral, que consiste na invocação de garantias em favor do Estado, quando do exercício de seu poder punitivo. O que se verifica, no entanto, é que, ao defender tal ideia, se está, na verdade, negando o próprio garantismo, eis que, segundo Ferrajoli, este se justificaria na proteção do mais fraco, que, na relação entre indivíduo e Estado, seria o próprio indivíduo. Ao se conceder garantias processuais penais ao Estado, não havendo limitação ao seu poder de punir, arbitrariedades seriam legitimadas, o que esvaziaria o próprio conceito de garantismo. Nesse sentido, recomenda-se as seguintes leituras: COPETTI NETO, Alfredo; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo integral: a “teoria” que só existe no Brasil.** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>>. Acesso em 31/07/2017.

KHALED JR., Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatao ou semi-desnatao?** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatao-ou-semi-desnatao/>>. Acesso em 31/07/2017.

expressando “os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto”. (FERRAJOLI, 2002, p. 693)

Nesse sentido, sendo o Direito Penal meio contenedor do poder punitivo que impulsiona o progresso do Estado Constitucional de Direito (ZAFFARONI, 2002), o Processo Penal exsurge enquanto “instrumento a serviço da realização do projeto democrático” (LOPES JÚNIOR., 2016, p. 66)

De fato, consoante ensinamentos de Aury Lopes Júnior (2016), o processo penal está a serviço do direito penal e, nesse sentido, deve ser utilizado enquanto ferramenta para efetivar os direitos fundamentais, enquanto garantias constitucionais democráticas, contra o exercício arbitrário do poder punitivo estatal.

Isso porque, embora o processo penal seja o instrumento utilizado pelo Estado para impor sanções àqueles que violam os bens jurídicos tutelados penalmente, esta punição não pode se dar discricionariamente, justamente porque consiste no cerceamento de um dos direitos fundamentais mais importantes do indivíduo, qual seja, a liberdade de locomoção. (LIMA, 2015)

Conforme preleciona Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 37),

[...] considerando-se que, da aplicação do direito penal pode resultar a privação da liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, não se pode descurar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos e que, em verdade, condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. Na medida em que a liberdade de locomoção do cidadão funciona como um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a própria Constituição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal. É a boa aplicação (ou não) desses direitos e garantias que permite, assim, avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir a civilização da barbárie.

Assim, conclui-se que o processo penal é instrumento limitador do poder para tutelar a parte mais fraca – o indivíduo que é suspeito do cometimento de um delito, perante o Estado, detentor do poder punitivo – e, assim, garantir a efetivação das garantias constitucionais democráticas. (LOPES JÚNIOR., 2016)

Contudo, como veremos no próximo tópico, este discurso oficial acerca da função garantista do direito material e processual penal, encontrado inclusive nos manuais acadêmicos e

amplamente ensinado nas universidades, vem sendo deturpado na prática cotidiana, dando lugar a um discurso punitivista que domina todos os setores da sociedade brasileira.

3. A DETURPAÇÃO DO PAPEL DO DIREITO PENAL PELO DISCURSO PUNITIVISTA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Como visto, o direito penal e o processo penal têm sua função primordial muito bem delimitada em uma sociedade pautada por ideais democráticos, função esta sendo a de limitar abusos no exercício do poder punitivo de modo a garantir a aplicação dos direitos fundamentais. Contudo, observa-se que esta função vem sendo esquecida, dando lugar à propagação de um novo discurso, que permeia todos os setores da vida cotidiana: o discurso punitivista.

Em meio a uma sociedade fortemente marcada por desigualdades sociais e pela violência, toma corpo um discurso simplista que sobreleva o sistema penal e o poder punitivo como os meios mais eficazes para resolver problemas sociais complexos, restando reduzido ao ínfimo o espaço reflexivo, sob o pretexto de que as situações que se apresentam requerem soluções imediatas. (ZAFFARONI, 2002)

Nesse contexto, sob o argumento de que a intervenção estatal é necessária para proteger direitos, é montado um enorme “aparato policial militarizado que opera à margem de toda a legalidade.”⁵ (ZAFFARONI, 1991, p. 1)

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (1998), tem ganhado espaço aquilo que pode ser chamado de legislação penal de emergência, ou seja, uma legislação que: a) se funda em um fato novo, pretensamente novo ou extraordinário; b) a opinião pública reclama uma solução aos problemas gerados por tal fato; c) a lei penal não resolve o problema, mas tem por objetivo o de proporcionar a sensação de que tende a resolvê-lo ou atenuá-lo; d) adota regras que não se coadunam com o direito penal liberal.

Dessa forma, o que se verifica na contemporaneidade – o que, diga-se de passagem, não é algo inédito na história – é o surgimento de um discurso penal que propaga a ideia de

⁵ No original em espanhol: Con el pretexto de intervenciones consideradas necesarias y legales para proteger la vida (y los derechos), que en la práctica no lleva a cabo o lo hace con total ineficacia monta un aparato policial militarizado que opera al margen de toda legalidad.

relativização de direitos fundamentais individuais como condição necessária para a paz social. Alega-se uma emergência, como uma ameaça extraordinária que põe em risco a humanidade, e o medo é utilizado para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo, que se apresenta como a única solução para neutralizá-lo. Nesse sentido, o poder punitivo se vale da emergência enquanto elemento discursivo legitimador para sua falta de contenção, buscando, com isso verticalizar-se ainda mais, o que gera, como consequência, a naturalização dos massacres. (ZAFFARONI, 2013)

Esse discurso emergencialista se propaga em todas as esferas, ocupando os espaços legislativos, judiciais, das agências executivas e é massificado pelos meios de comunicação, transformando-se em senso comum inquestionável. O recrudescimento das leis é visto como a solução para todos os problemas de segurança pública; a aplicação da pena em seu patamar máximo e o endurecimento das progressões de regime, bem como a decretação indiscriminada da prisão preventiva, são o caminho para o combate à criminalidade; a não aplicação das garantias processuais, do contraditório e da ampla defesa é o único meio de combate à impunidade.

E assim, uma vez assumindo tais premissas enquanto verdadeiras, o discurso punitivista se torna publicidade, vendendo a ilusão de que será obtida maior segurança por meio de maior repressão, de modo que a própria classe política o adere com o fito de obter mais popularidade, sancionando leis violadoras de princípios e garantias constitucionais. (ZAFFARONI, 2011)

Nos dizeres de Marcelo Neves (2007, p. 38), a “legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi”, na medida em que se tenta dar a aparência de que esta é a solução para os problemas referentes à violência e criminalidade. Contudo, como afirma o autor, “o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.” (NEVES, 2007, p. 38)

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. (NEVES, 2007, p. 39)

Tem-se que essa crescente legislação penal que acompanha os discursos de necessidade de um direito penal de emergência responde a ideologias politicamente antiliberais, que vão marcando uma tendência que põe em perigo o Estado de Direito, devido ao poder arbitrário que outorga às agências executivas do sistema penal. (ZAFFARONI, 1998, p. 5)

Nesse sentido, o discurso penal de emergência influencia não apenas a produção legislativa, mas também sua aplicação pelo Judiciário. Segundo Zaffaroni, (2011, p. 80), “os juízes, por sua vez, também se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa. Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada [...]”.

Desse modo, embora o âmbito judicial deva ser aquele em que se efetiva as disposições constitucionais e infraconstitucionais, com a aplicação dos princípios e regras que garantem direitos fundamentais, ele também é tomado por referido discurso, de modo que muitos juristas tomam por verdadeiros seus pressupostos, acabando por admitir a “racionalização justificadora de todo o exercício de poder do sistema penal.” (ZAFFARONI, 2001, p. 30)

Tal fato, por sua vez, possui reflexos no processo penal,⁶ que, segundo Rubens Casara (2015, p. 12), no contexto atual, passa por um processo de espetacularização, no qual “não há espaço para garantir direitos fundamentais.” Estes, que são essenciais na consolidação do Estado Democrático de Direito, são deixados de lado, em virtude de sua incompatibilidade com os desejos do público, que se deixa seduzir pelo sensacionalismo e por uma perspectiva maniqueísta de combate ao mal, e os juristas que têm medo de decidir contra a opinião pública são vistos como heróis ao violarem tais garantias. (CASARA, 2015, p. 13-14)

Em meio a esse discurso punitivista de emergência no processo penal “os direitos e garantias fundamentais passam a ser percebidos como obstáculos que devem ser afastados em

⁶ Segundo Aury Lopes Júnior, o processo penal brasileiro é definido pela Constituição Federal de 1988 como um processo acusatório, no qual o juiz se mantém afastado da iniciativa probatória, como meio de assegurar a imparcialidade do julgador, constituindo, portanto, um processo “fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal” de maneira a assegurar um trato digno para com o acusado. Contudo, ainda segundo o autor, o processo penal brasileiro é, em realidade, inquisitório, em virtude do envolvimento do juiz no procedimento e na investigação, possuindo inclusive poderes instrutórios, o que representa “uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo.” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 40-44)

nome dos desejos de punição e da eficiência do mercado”, de modo que “o respeito à legalidade estrita revela-se enfadonho e contraproducente”. (CASARA, 2015, p. 13)

Isso ocorre na medida em que os indivíduos que cometem delitos são vistos como inimigos, no sentido adotado por Günther Jakobs⁷ (2009, p. 35). Significa dizer que os indivíduos que cometem delitos, por não terem adentrado em um “estado de cidadania não pode(m) participar dos benefícios do conceito de pessoa”, tendo, portanto, todas as suas garantias penais e processuais penais anuladas, pois não são merecedores da tutela dos direitos humanos.

O bandido é algo não mais humano, e por isso não mais digno de direitos humanos. Nem cidadão, nem pessoa, nem mesmo um miserável animal, o bandido é o inimigo. Seu estatuto jurídico, em sendo ele não mais uma pessoa, é inexistente. Ele é pura vida, sem dignidade, sobre a qual o poder soberano pode impingir qualquer coisa – mesmo a morte mais abjeta. (MARTINS JÚNIOR, 2016, p. 246)

Sendo os direitos fundamentais o elemento justificante da contenção do poder punitivo, uma vez eliminados por meio do discurso de que determinados indivíduos não são detentores deles, não há limites à atuação arbitrária e irrestrita do poder punitivo. Assim, ausentes as garantias constitucionais, penais e processuais penais, ocorre o rompimento com a ordem constitucional democrática do Estado de Direito.

É nesse sentido que Fernando Nogueira Martins Júnior (2016) afirma que a realidade vivida atualmente constitui um estado de exceção permanente, na medida em que a atuação do Estado se torna completamente ilimitada. Segundo o autor,

o estado de exceção é a situação que se instaura quando alguém, com poder real para tanto, dá a ordem de suspensão da validade do ordenamento jurídico, para que as forças destinadas à prevenção e, especialmente, à repressão dos fatos extraordinários possam agir com maior desenvoltura e eficácia. Quando da declaração do estado de exceção (por óbvio, não importando como ele é chamado), há a afirmação, feita da forma mais contundente, no sentido de que as leis postas são um empecilho para o poder e sua necessidade de resolução do (suposto) grave problema. As normas que até então valiam, já não valem mais – apesar de não deixarem de existir. (MARTINS JÚNIOR, 2016, p. 229)

⁷ Nesse sentido, para melhor compreensão e aprofundamento no tema, recomenda-se a leitura do livro JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Assim, feitas tais considerações acerca do discurso dominante na realidade contemporânea, que propaga a ideia de relativização dos direitos e garantias fundamentais em se tratando de matéria criminal, tornando o poder punitivo livre de restrições, passa-se a uma análise de qual seria a função da Corte Constitucional para, contrariando tal tendência, assegurar o cumprimento dos preceitos democráticos de um Estado de Direito.

4. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DA CORTE CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nas sociedades contemporâneas ocidentais, tem-se o ideal de democracia como parâmetro a ser perquirido para se chegar a uma civilização mais justa, nas quais todas as pessoas possuem o direito a serem tratadas com igual consideração e respeito, tendo assegurados seus direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a Constituição aparece como elemento fundante da sociedade, concedendo legitimidade ao Estado para atuar no sentido de concretizar suas disposições (ROSA, 2013). No Brasil, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 é um marco na instituição do regime democrático no país.

Contudo, ao se falar em democracia, muitas confusões conceituais podem surgir, sendo que, dentre elas, a que mais se sobressai é o senso comum de que democracia consiste no governo da maioria. Para aqueles defensores desta noção, havendo um conflito entre interesses de um indivíduo ou grupo minoritário em contraposição aos interesses da maior parte dos componentes de dada sociedade, os interesses da maioria devem prevalecer. É essa forma de pensamento que dá origem a princípios como o do interesse público ou o *in dubio pro societate*, no sentido que se deve dar maior importância aos interesses da coletividade como um todo do que a preferências de apenas um ou outro indivíduo.

No entanto, embora o ideal democrático seja em certa medida satisfeito quando as decisões da maioria são respeitadas (cite-se como exemplo o voto da maioria na eleição de representantes para ocuparem os cargos estatais), o princípio majoritário não é suficiente para se conceber um governo de fato democrático, sendo necessário, para tanto, que todos os seus membros sejam “concebidos e igualmente respeitados como agentes morais.” (BINENBOJM, 2014, p. 92)

Consoante Ronald Dworkin (1995), não basta que haja uma regra estipulada por uma maioria para que se possa afirmar que se está diante de uma regra democrática: é preciso que certas condições posteriores sejam satisfeitas. Com efeito, o autor defende que deve haver uma estrutura constitucional que a maioria não possa alterar, sob pena de rompimento com o próprio regime democrático (não seria possível, por exemplo, a criação de uma norma, pela maioria, que abolisse as eleições para representantes políticos).

Nesse sentido, Dworkin (1995) distingue normas possibilitadoras de normas limitadoras. As primeiras constituem um governo da maioria, no sentido de estipular regulamentações acerca das eleições, do direito ao voto, da representação nos entes federados, etc.; as segundas, por sua vez, funcionam como restrições aos poderes definidos pelas normas possibilitadoras e concedidos aos representantes eleitos pelo povo. Assim, o autor afirma que são essenciais à configuração de um regime democrático não apenas as normas possibilitadoras, mas, principalmente, as normas limitadoras.

Tais normas limitadoras consistem em verdadeiros direitos fundamentais dos cidadãos, que constituem restrições ao Estado, bem como aos demais indivíduos no sentido de impedir a prática de condutas que os violem. Nesse sentido, a Constituição de um Estado possui como escopo a proteção dos cidadãos “contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.” (DWORKIN, 2002, p. 209) Assim, dentro desta perspectiva, Dworkin (2002, p. 222-223) defende o constitucionalismo como uma “teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais.”

Nesse contexto, cumpre analisar o papel do Judiciário, em especial da Corte Constitucional, como órgão a dar efetividade ao conteúdo do texto constitucional e, nesse sentido, a contribuir com a consolidação de um Estado Democrático.

Consoante Binenbojm (2014), caberia ao Judiciário garantir a integridade dos procedimentos por meio dos quais é efetivado o regime democrático, de modo que o controle de constitucionalidade, realizado pelos juízes e Tribunais, deve ser exercido como meio de reforço à democracia. Para tanto, de acordo com John Rawls (2000), o tribunal, ao cumprir seu papel, deve impedir que o direito seja corrompido por legislações promulgadas por maiorias transitórias ou interesses estreitos.

Isto posto, importante é mencionar a distinção feita por Ronald Dworkin (2001) acerca dos argumentos de política e argumentos de princípio. Os primeiros buscam demonstrar que determinada decisão jurídica está de acordo com os objetivos políticos da comunidade, enquanto os segundos têm por objetivo demonstrar que a decisão está em conformidade com os direitos individuais ou coletivos.

Tendo por base essa diferenciação, o autor defende que as questões de princípio devem prevalecer sobre as questões de política, visto que os direitos fundamentais não podem ser anulados em face de interesses políticos de uma maioria; só assim poderá ser consolidado um regime democrático. Nesse sentido, cumpre transcrever:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2001, p. 101)

Assim, conclui-se que, partindo do pressuposto de que a democracia presume a existência de um núcleo de direitos fundamentais que não pode ser suplantado pelos interesses de uma maioria de indivíduos, e, tendo em vista o papel da Corte Constitucional de decidir de modo a dar eficácia às disposições constitucionais no sentido de concretizar o ideal democrático, tem-se que os juízes, ao proferirem decisões, devem fazê-lo com base em questões de princípio, e não de política, de modo a garantir a observância dos direitos fundamentais e dar efetividade à Constituição, que é elemento fundante de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, o que se verifica na sociedade atual, em especial a brasileira, é a deturpação desse ideal pelo Poder Judiciário, que vem deixando de cumprir seu papel contramajoritário para decidir com base em questões de política, inclusive em âmbito penal, promovendo verdadeira judicialização da política criminal, com vistas ao “combate à impunidade”.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL E A CONSEQUENTE RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, é função dos membros do Poder Judiciário, sobretudo dos Ministros que compõem a Corte Constitucional, decidir de modo a dar efetividade aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, ainda que para isso tenham que exercer um papel contramajoritário, de modo a fortalecer a democracia.

Consoante Loiane Verbicaro (2011), com a consolidação do Estado Democrático de Direito, ocorreu uma expansão do Poder Judiciário, que se projetou enquanto alternativa institucional adequada à proteção dos valores do constitucionalismo democrático. Assim, começou a haver uma participação mais intensa e ativista na arena política por parte do Judiciário, que passou a interferir na atuação dos demais poderes políticos estatais. Tal fenômeno é entendido como “judicialização da política”, podendo se citar como exemplos, dentre aqueles trazidos pelo autor, a aplicação de interpretações da Constituição a situações que não foram contempladas expressamente no texto constitucional ou infraconstitucional e a imposição de condutas à Administração Pública em matérias de políticas públicas.

Embora em um primeiro momento tal fenômeno aparente ser positivo, no sentido de dar maior eficácia aos direitos positivados, constata-se que, a partir do momento em que os juízes deixam de se vincular àquilo que está expressamente escrito no texto legal, não há restrições para que ocorra o efeito reverso, ou seja, que tais decisionismos passem a restringir o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, o que se verifica é, na verdade, uma judicialização da política, na medida em que o Poder Judiciário deixa de tomar decisões fundamentadas em critérios jurídico-normativos, para decidir com base em questões políticas. Na seara penal, isso se reflete quando os magistrados deixam de fundamentar suas decisões nas fontes formais do direito penal e processual penal e passam a justificá-las sob um viés consequencialista, ou seja, com base nos efeitos que a decisão terá em termos de política criminal.

Nesse contexto, é necessário não se olvidar daquilo que foi doravante exposto, no sentido de o discurso punitivista ter se fortalecido a ponto de dominar todos os setores da sociedade, reclamando maior repressão e poderio militar para resolver problemas que são sociais, de modo as agências penais passem a funcionar à margem de toda a legalidade, violando direitos individuais para atender ao clamor social.

Assim, tem-se que inevitavelmente o corpo de juízes, desembargadores e ministros também é influenciado por referido discurso, de modo que justamente no âmbito no qual deveria se dar a proteção aos direitos e garantias fundamentais contra o exercício arbitrário do poder estatal é onde ocorrem graves violações.

O discurso publicitário penal de que os delinquentes não são merecedores de direitos permeia todo o corpo político e social, contribuindo para a consolidação de um senso comum generalizado de que se deve se restringir ao máximo as garantias do acusado para que se possa alcançar uma condenação ao final do processo, bem como lhe impingir penas cada vez mais severas para que ele “pague pelo que fez”, de modo que a vingança volta a dominar as instituições punitivas.⁸

Muitos magistrados, diante dessa enorme influência do discurso punitivista, “acabam considerando verdadeiros os pressupostos do discurso jurídico-penal que devem esgrimir e, com isso, admitem, quase sem percebê-lo, a racionalização justificadora de todo o exercício de poder do sistema penal.” (ZAFFARONI, 2001, p. 30)

Nesse sentido, os magistrados, ao incorporarem tal ânsia repressiva, deturpam a função democraticamente legítima do direito penal e processual penal e interpretam seus institutos à luz de um viés autoritário, restringindo o âmbito de aplicação das garantias consagradas na legislação e no texto constitucional. Diante do fortalecimento do fenômeno de judicialização, os membros do Poder Judiciário, sobretudo os juízes, têm adotado uma postura cada vez mais ativista, no sentido de atuar em face da promoção de uma política criminal voltada à segurança pública. Contudo, referida política reproduz o ideal punitivista, consubstanciando-se em decisões de cunho meramente repressivo com vistas ao “combate à criminalidade e à impunidade”.

Tem-se, desse modo, dentre tantos outros exemplos, a utilização da prisão preventiva não mais como medida cautelar excepcional, mas como a regra no processo penal, verdadeira antecipação de pena diante da presunção de periculosidade do delincente. (ZAFFARONI, 2011) Do mesmo modo, constata-se grande número de condenações baseadas apenas em presunções ou

⁸ Nesse sentido, recomenda-se a leitura de: BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento de punir.** [s.l.], 1881. Disponível em: <<http://blogacritica.blogspot.com.br/2017/02/tobias-barreto-algumas-ideias-sobre-o.html>>. Acesso em 31/07/2017.

nenhuma outra prova além de depoimentos de policiais militares, os quais são diretamente interessados na condenação do réu que eles apreenderam, supostamente, em flagrante delito.

Além disso, cabe ressaltar que mesmo aqueles magistrados que não veem na política criminal repressiva e autoritária um meio de promover segurança pública e que possuem consciência de seu papel de garantidor da eficácia das disposições constitucionais se encontram à mercê da pressão dos meios midiáticos e da sociedade, cedendo ao autoritarismo “cool” (ZAFFARONI, 2011). Isso porque, na atual conjuntura, quando um juiz age em conformidade com a função que a Constituição lhe outorgou, seguindo de fato o que a lei e o texto constitucional determinam no tocante às garantias fundamentais do indivíduo acusado de cometer uma prática delituosa, ele é estigmatizado e pode sofrer consequências gravosas, como o desprestígio, denúncias e perseguições, seja pelos meios de comunicação, seja por colegas de profissão e políticos (ZAFFARONI, 2011).

Nesse contexto, diante da adoção, pelo Judiciário, de uma política criminal que tem como pano de fundo um discurso de combate à criminalidade e que busca sempre a condenação em vez de apurar a realidade dos fatos com respeito às prerrogativas do acusado, verifica-se que a Constituição Federal 1988 – paradigma estruturante de um Estado de Direito no Brasil pós-ditadura – tem sido constantemente violada e, nesse sentido, dentre as garantias fundamentais trazidas em seu bojo, a presunção de inocência é uma das que mais tem sido relativizada e até mesmo anulada, conforme será abordado nos próximos tópicos.

6. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A presunção de inocência é norma⁹ característica das sociedades democráticas, na medida em que constitui fator limitador ao exercício do poder punitivo do Estado. De acordo com

⁹ Embora geralmente a presunção de inocência seja tratada enquanto princípio, se tomarmos a distinção entre regras e princípios proposta por Ronald Dworkin, constata-se que a presunção de inocência, na maneira em que positivada na Constituição Federal de 1988, se apresenta também enquanto regra. Isso porque, consoante Dworkin (2002, p. 39; 42), “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.” Desse modo, verifica-se que o dispositivo constitucional “Art. 5º, LVII, CF/8 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de

ela, aquele que é acusado do cometimento de um delito, não poderá ser considerado culpado sem que responda a um processo do qual sobrevenha condenação definitiva. Dessa forma, “processo e condenação são condições em cuja ausência o acusado não pode ser considerado culpado, mas inocente, e não é suscetível de lhe ser aplicada uma pena nem que seja a título preventivo ou cautelar.” (FERRAJOLI, 2002, p. 589)

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 prevê, em seu artigo 11.1, que "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". Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto São José da Costa Rica) dispõe, em seu artigo 8.2.: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No Brasil, entretanto, consoante Felipe Martins Pinto (2008) a presunção de inocência surge, de maneira positivada, apenas durante o processo de redemocratização do país, pós ditadura militar, com a Constituição Federal de 1988. De fato, conforme ensinamento de Renato Brasileiro de Lima (2015), antes de sua entrada em vigor, esta noção existia somente de maneira implícita, como decorrência do devido processo legal.

Assim, verifica-se que, historicamente, dentre as garantias fundamentais que compõem o Estado democrático vigente, “a presunção de inocência constitui elemento marcante da superação de uma estrutura opressora de Estado, inibindo perseguições encobertas sob falaciosas vestes de punições oficiais e aparentemente legais”. (PINTO, 2008, p. 82)

Com efeito, consagra o artigo 5º, LVII, da Constituição, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, verifica-se que o texto constitucional “impõe um verdadeiro dever de tratamento”, visto que exige que o réu, durante

sentença penal condenatória” comporta-se, a partir da definição de Dworkin, enquanto regra, na medida em que ou se considera o indivíduo inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou não se considera, não podendo se falar em aplicação do referido dispositivo em maior ou menor grau de acordo com o peso em que possui no caso concreto. O não respeito ao trânsito em julgado para se tratar o indivíduo como inocente implica a não observância da regra, que tem por consequência sua invalidade no ordenamento jurídico

todo o curso do processo, até o trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória, seja tratado como inocente. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 79)

Este dever de tratamento alcança toda a dimensão da esfera pública. Conforme Felipe Martins Pinto (2008, p. 83-84),

no tocante aos poderes jurisdicional e executivo, os seus membros e os demais agentes públicos, necessariamente, estão obrigados a observar essa garantia no exercício de suas atribuições, tendo-a como limite interpretativo para a compreensão do alcance das normas. Já o Poder Legislativo, na produção legiferante, deve respeitar o conteúdo indisponível dos direitos fundamentais, incluída nestes a presunção de inocência, limitando, por exemplo, a configuração de normas que impliquem presunção de culpa, como, por exemplo, as que outorgam ao acusado o ônus de provar sua inocência.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2016) preleciona que a presunção de inocência possui duas dimensões, sendo uma interna e outra externa. A primeira consiste na determinação de que o ônus da prova no processo seja inteiramente do órgão acusador, bem como na imposição, ao juiz, do dever de absolver o réu em caso de dúvida acerca de sua conduta criminosa; além disso, impede que haja abusos em prisões cautelares, sem a formação de um juízo definitivo de culpa, visto que não é admitido que aquele que é considerado inocente cumpra pena. A dimensão externa, por sua vez, exige uma proteção do acusado contra a exploração midiática abusiva e a estigmatização de sua imagem enquanto vigora a presunção de sua inocência.

Em suma, a presunção de inocência

consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2015, p. 44)

Ressalte-se ainda que, segundo Renato Brasileiro de Lima (2015), a proteção ao acusado conferida pela Constituição de 1988 é mais ampla que aquela trazida no bojo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que esta exige apenas uma comprovação legal da culpa, não sendo necessário o trânsito em julgado que torna definitiva a condenação. O mesmo também se verifica nos ordenamentos jurídicos de outros países, que não preveem a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão para que o indivíduo seja considerado culpado.

Contudo, conforme preleciona o autor, tal fato não autoriza a interpretação de que a presunção de inocência pode deixar de ser aplicada quando já houver um juízo de formação de

culpa, sem que haja decisão transitada em julgado. Isso porque a Constituição brasileira “é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam” (LIMA, 2015, p. 45), de modo que a interpretação mais ampla do princípio deve prevalecer. Além disso, o art. 29, b, da própria Convenção Americana dispõe que, havendo normas que estendem a aplicação dos direitos humanos no ordenamento interno dos países signatários, estas não poderão ser restringidas ou limitadas por suas disposições.

Menelick de Carvalho Neto (2016, p. 51) também defende tal posicionamento, afirmando que, embora outros ordenamentos jurídicos possam prever como limite à presunção de inocência o marco temporal de uma condenação não definitiva, sem que com isso se descaracterize a presunção de inocência, na Constituição Federal de 1988 “há disposição, clara e inofidável, no sentido de que o marco temporal e processual apto a estabelecer a culpabilidade estrita do acusado é o trânsito em julgado.”

Segundo o autor,

é possível se encontrar diversas experiências constitucionais em que o réu pode iniciar o cumprimento da pena antes da prolação de decisão irrecorrível acerca de sua culpa, sem que se diga, com isso, que a presunção de inocência deixou de ser observada. Não ser o marco temporal adotado necessariamente essencial para a verificação da presunção de inocência, entretanto, em nada muda o fato de que o constituinte originário de 1988 o elegeu de forma eloquente – e essa opção necessariamente vincula o intérprete da Constituição [...] (CARVALHO NETO, 2016, p. 52-53)

Portanto, diante do marco temporal de vigência do estado de inocência estabelecido categoricamente pela Constituição Federal de 1988, qual seja, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não poderá um indivíduo acusado do cometimento de um crime ter tal garantia flexibilizada antes deste marco, ainda que já exista um juízo de culpabilidade formado por decisões de instâncias inferiores não transitadas em julgado (seja porque há recurso pendente em tribunais, seja porque ainda não decorreu o prazo para interposição de recurso). Nesse sentido, conforme se verá adiante, ressalvadas as hipóteses de aplicação de medidas cautelares, não é possível, diante da presunção de inocência, o cumprimento de pena de maneira antecipada, antes que haja condenação definitiva.

6.1 A impossibilidade de execução provisória da pena a partir da CF/88

Como vimos, a norma relativa à presunção de inocência, consagrada pela Constituição Federal de 1988, exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se possa considerar um indivíduo culpado do cometimento de algum delito.

Entretanto, antes de sua entrada em vigor, o Código de Processo Penal de 1941 previa, em seu artigo 637, que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.” Assim, diante da previsão legal de ausência de efeito suspensivo de recurso extraordinário, prevalecia o entendimento de que era possível a execução da sentença penal, mesmo na pendência de recurso interposto perante tribunal superior.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, marco da redemocratização do país, passou a ser exigido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que um indivíduo passasse a ser considerado culpado. De fato, prevê o art. 5º, LVII, da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Isso significa dizer que, havendo recurso pendente, seja perante tribunal de segunda instância, seja perante qualquer dos tribunais superiores, não poderá um cidadão ser considerado culpado da prática de um delito. Dessa forma, pela interpretação do texto constitucional, conclui-se que, não havendo juízo definitivo de culpa, ante a ausência de trânsito em julgado, não se pode impor a um acusado a execução de pena.

Consoante Felipe Martins Pinto (2008, p 89),

[...] a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando impuser o recolhimento ao cárcere para o indivíduo que, livre estando, após julgamento de segundo grau, interpuser recursos especial e/ou extraordinário, constitui modalidade anômala de prisão anterior à formação da culpa e, como carece de elementos de cautela, representa afronta à presunção de inocência [...].

Importante ressaltar que a própria Lei de Execução Penal, em vigor desde 11 de julho de 1984, já previa, em seu artigo 105, antes mesmo da vigência da Constituição Federal de 1988, o trânsito em julgado como marco inicial da execução de pena.¹⁰

¹⁰Art. 105, LEP. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Contudo, não obstante a exigência de que haja trânsito em julgado para que um indivíduo possa ser considerado culpado, pela Constituição Federal de 1988, bem como da Lei de Execução Penal, para o início da execução da pena, os tribunais mantiveram o entendimento de que era possível a execução de pena privativa de liberdade após condenação penal em segunda instância, mesmo na pendência de recurso aos tribunais superiores, em virtude do disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal, que não conferia efeito suspensivo ao recurso extraordinário. (LIMA, 2016)

Tal interpretação, inclusive, culminou na edição da súmula 267, pelo STJ, em 2007, que assim dispunha: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”

O Supremo Tribunal Federal somente veio a consolidar interpretação em conformidade com o texto constitucional em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, estabelecendo que a execução da pena somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Eros Grau, no referido Habeas Corpus:

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.

Na mesma toada, corroborando o dispositivo constitucional, veio a Lei nº 12.403 de 2011 a alterar os dispositivos processuais penais acerca da prisão processual, da liberdade provisória e das medidas cautelares. Nesse sentido, a novel legislação conferiu nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal, que passou a estabelecer que:

Art. 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. (Grifo nosso)

Verifica-se, portanto, que, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, tomando em consideração o artigo 5º, LVII, da CF/88, juntamente ao art. 105 da LEP e o artigo 283, do CPP, não há espaço exegético para que se conclua que é possível, na atual ordem democrática, a execução antecipada da pena sem que haja trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Conforme preleciona Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 11-12),

O art. 283 do CPP é categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção no processo penal: a) prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva: são as únicas espécies de prisão cautelar passíveis de decretação no curso da investigação ou do processo; b) prisão penal (*carcer ad poenam*): a prisão penal só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Assim, não é possível invocar o artigo 637 do Código de Processo Penal como argumento para determinar a execução antecipada da pena, seja ela privativa de liberdade ou restritiva de direitos, pois referido dispositivo, inserido no ordenamento jurídico em 1941, ao não conferir efeito suspensivo a recurso de caráter extraordinário, se mostra em desconformidade com o ordenamento jurídico constitucional pós 1988. Isso porque, há um

requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal, qual seja, a formação da coisa julgada, que é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, seja ele dotado de efeito suspensivo ou não. (LIMA, 2016, p. 11-12)

Dessa forma, pode-se falar em revogação tácita da aplicação do artigo 637, do CPP, não tendo mais validade tal dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, não podendo ser utilizado como argumento apto a embasar uma execução antecipada da pena. Assim, consoante José Barcelos de Souza (2008), descaberá a prisão de maneira automática após a condenação, enquanto não transitar em julgado, exceto em casos nos quais o tribunal a imponha, fundamentadamente, como medida cautelar,¹¹ “pois não se harmoniza com o princípio de ser o réu considerado inocente enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, prendê-lo só porque foi dada a sentença, sem necessidade de cogitar-se da conveniência, em cada caso, de uma prisão cautelar.” (SOUZA, 2008, p. 112)

¹¹Para isso, devem restar preenchidos os requisitos autorizativos da prisão preventiva, previstos no art. 312, do CPP.

Além disso, há que se ressaltar que, diferentemente da esfera cível, na qual havendo execução provisória de sentença mesmo na pendência de recurso, há possibilidade de retorno ao estado anterior, na esfera criminal não há como devolver ao sentenciado o tempo em que teve sua liberdade restringida, de modo que “ninguém, pedido de desculpas algum, indenização alguma tiraria das costas do cidadão injustamente preso a cadeia que levou.” (SOUZA, 2008, p. 105)

Nesse sentido, Menelick de Carvalho Neto (2016, p. 26-27) afirma que:

Em verdade, no âmbito do cumprimento da pena de prisão, as consequências são muito mais impactantes do que na esfera cível, sobretudo por conta de sua inerente irreversibilidade. Enquanto no processo civil a restituição ao *status quo ante* (ou, no mínimo, a reparação por perdas e danos) em caso de ulterior desconstituição do título executivo provisório sempre se afigura no horizonte de expectativa, no processo penal, em caso de ulterior absolvição, nada será capaz de apagar a realidade escatológica da experiência do cárcere, nem tampouco será restituído o tempo de vida perdido. É preciso, então, que o debate seja posto em termos claros e precisos. A execução da pena de prisão nunca será provisória, sempre será definitiva.

Entretanto, como se verá adiante, em recente julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal, que tinha entendimento assente no texto constitucional, sem que sobreviesse qualquer modificação normativa substancial no sentido de possibilitar a execução antecipada da pena na pendência de recurso de caráter extraordinário, modificou seu entendimento no sentido de permitir a execução provisória da pena após condenação proferida por Tribunal de 2ª instância. (CARVALHO NETO, 2016)

Nesse sentido, passa-se a uma análise geral dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, demonstrando como a decisão é um reflexo do que foi aqui exposto em relação a uma judicialização da política criminal, no sentido de impor medidas cada vez mais repressivas, de modo a satisfazer a ânsia punitivista.

7. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A DECISÃO DE 2ª INSTÂNCIA COMO REFLEXO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REPRESSIVA

Como dissemos, no dia 17 de fevereiro de 2017, quando do julgamento do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal deu uma guinada jurisprudencial no sentido de admitir a execução provisória da pena após decisão condenatória proferida por Tribunal de Segunda

Instância, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário interposto perante os Tribunais Superiores.

Dentre os vários argumentos elencados pelos ministros para deixar de dar aplicabilidade ao disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, são de maior relevância para serem aqui abordados a necessidade de relativização da presunção de inocência face à demanda por combate à impunidade, o recurso ao direito comparado, e a alegação de que a presunção de inocência não é mitigada com a execução provisória, na medida em que o acusado foi tratado como inocente até a decisão condenatória de segunda instância.

Em relação aos dois últimos argumentos, como outrora aqui já exposto, a Constituição da República é clara e insofismável no sentido de prescrever como marco temporal para a presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que não há que se falar na duração de vigência desse princípio apenas até condenação em segunda instância. Conforme Menelick de Carvalho Neto (2016, p. 43), “o princípio constitucional da presunção de inocência não pode ser visto como gradativamente exaurido à medida que avança a marcha processual”.

Do mesmo modo, em relação ao recurso ao direito comparado no sentido de se afirmar que grande parte dos demais países adota como critério para presunção de inocência apenas a formação de um juízo de culpabilidade por juiz ou tribunal, sem que haja trânsito em julgado, permitindo-se, nestes países, a execução antecipada da pena, também já foi discorrido que tal argumento é inválido perante a Constituição da República. Isso porque, embora se possa determinar que um indivíduo é presumido inocente até que haja uma sentença condenatória, ainda que objeto de recurso, sem que com isso se torne inválido o princípio da presunção de inocência, o texto constitucional brasileiro prescreve que, para que um indivíduo seja considerado culpado, é necessário que a sentença condenatória tenha transitado em julgado. Desse modo, tendo a Constituição Federal ampliado o âmbito de incidência da presunção de inocência, dispondo de maneira diversa do ordenamento jurídico de outros países, não se mostra possível, dentro da interpretação constitucional, o recurso ao direito comparado para restringir referido direito fundamental.

Cumprido, nessa medida, tratar acerca da questão levantada por praticamente todos os Ministros que votaram favoráveis à execução provisória da pena: a necessidade de relativização

da aplicação da presunção de inocência face à impunidade, ocasionada, segundo argumentam, pelos numerosos recursos protelatórios que aumentariam os casos de prescrição penal, sem que o sentenciado viesse a cumprir pena.

Este tipo de argumento reflete o que veio sendo discorrido ao longo deste artigo no sentido de que há um discurso punitivista que permeia toda a sociedade e exerce influência sobre os magistrados, no sentido de se impor uma política criminal repressiva como forma de combate à criminalidade, tornando o indivíduo acusado do cometimento de um delito alguém desprovido de direitos e garantias fundamentais.

Isso se observa pela leitura dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que utilizam como fundamento para a violação do disposto pelo poder constituinte originário a atual conjuntura de impunidade, conforme se observa do seguinte trecho do voto do Min. Teori Zavascki:

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (Grifo nosso)

No mesmo sentido, o Min. Luís Roberto Barroso, ao estruturar seu voto, reserva uma parte inteira para tratar de “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”, no qual se ocupa de questões exclusivas de política criminal, dentre elas, a “quebra do paradigma de impunidade”. Do mesmo modo, o voto do Min. Luiz Fux revela a preocupação com a opinião pública e o interesse geral da sociedade, em contraposição ao direito fundamental, quando afirma: “[...] e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer [...]”. (HC 126.292, p. 59)

Verifica-se, portanto, que a preocupação dos ministros com as consequências que a decisão relativa à possibilidade de execução provisória da pena, após decisão de segunda instância, poderia ocasionar em relação à “impunidade” e o “interesse da sociedade” reflete a ocorrência do fenômeno da judicialização da política criminal. Nessa medida, o Supremo Tribunal Federal, na análise da possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em

julgado de sentença condenatória, deixa de argumentar em termos jurídico-normativos – que, como visto, conduz à conclusão de que não é possível a execução provisória em virtude do disposto nos arts. 5º, LVII, CF/88, art. 105, da LEP e art. 283, do CPP – para decidir com base em argumentos de política, relacionados ao bem-estar geral da sociedade, com um viés consequencialista.

Consoante Menelick de Carvalho Neto (2016, p. 29), “pretender que a antecipação da execução da pena seja usada como meio de redução da impunidade é pretender, mais uma vez, que o Judiciário formule políticas públicas ao invés de garantir direitos fundamentais.” Segundo o autor, esta decisão do STF vai em sentido contrário à hermenêutica constitucional do Estado Democrático de Direito, na medida em que deixa se seduzir por argumentos típicos de política, que não poderiam ser invocados para afastar a força normativa de um princípio constitucional no sentido de flexibilizar o direito fundamental à presunção de inocência.

Dessa maneira, verifica-se que na medida em que isso ocorre, o direito penal e o direito processual penal deixam de ser aplicados de maneira a concretizar sua função garantista de limitar o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Ao contrário, a decisão proferida no HC 126.292, permitindo a execução provisória da pena, é reflexo da deturpação do direito penal e processual penal na atual conjuntura social e política, na qual prevalece um discurso emergencialista de necessidade de recrudescimento das leis e maior rigor penal na aplicação de sanções punitivas, consagrando assim a instituição de uma política criminal repressiva.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 126.292/SP, ao permitir a execução provisória da pena, contrariou flagrantemente a Constituição Federal de 1988, bem como os dispositivos infraconstitucionais da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal. Verifica-se que o fundamento adotado se constitui, predominantemente, por argumentos de política, na medida em que demonstra preocupação com a promoção de um bem-estar geral da maioria da população, com o combate à impunidade. Assim, considerando que seria papel do Supremo Tribunal Federal decidir com base em

argumentos de princípio para dar efetividade ao texto constitucional por meio da garantia do cumprimento dos direitos fundamentais, dentre eles a presunção de inocência, constata-se que sua função tem sido desvirtuada pelo discurso punitivista que permeia as agências penais e demais esferas do poder estatal, dentre elas o Judiciário, promovendo verdadeira judicialização da política criminal, que se reflete na referida decisão.

Constata-se, por fim, que essa deturpação do papel contramajoritário do Judiciário tem origem na difusão de um discurso que defende a ausência de limites para o poder punitivo do Estado, como meio de combate à criminalidade, e a consequente restrição de todas as garantias ao indivíduo que é acusado de cometer um delito, de modo que este deixa de ser visto como um sujeito de direitos. Dessa forma, o escopo do Direito Penal e Processual Penal cede em face do discurso emergencialista, e a presunção de inocência – maior garantia democrática do indivíduo contra as arbitrariedades estatais em matéria criminal – é violada para permitir o exercício irrestrito do poder punitivo pelo Estado.

9 REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 25/07/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18/07/2017.

BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> . Acesso em 25/07/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 84.078-7/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em 25/07/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC n° 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: MinTeori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26/07/2017.

CARVALHO NETO, Menelick de, et. al. Parecer ADC 43. **Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal**. Faculdade de Direito da UnB, 15 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-adc-43-prisao-antes-transito.pdf>> Acesso em 18/07/2017.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia**. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, n° 3:1, p. 2-11, em 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Processo penal: material suplementar**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. **Os bons executores da lei: a polícia soberana como dispositivo central do estado de exceção brasileiro**. 2016. 405 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte-MG.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 18/07/2017.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução penal: constatações, críticas alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79-103.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução penal: constatações, críticas alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79-103.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O protagonismo judicial e a ilegitimidade democrática da judicialização da política**. 2011. 135 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal do Pará, Belém. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia. In: OUVIÑA, Guillermo, et. al. **Teorías Actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998. p. 613-620.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Un discurso perverso: de cómo la realidad deslegitima al discurso jurídico penal en América Latina. **Revista No hay derecho**, Buenos Aires, nº 2, 1991.