V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

FELIX ARAUJO NETO

GILBERTO GIACOIA

GERMÁN ALBERTO ALLER MAISONNAVE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Felix Araujo Neto, Germán Alberto Aller Maisonnave, Gilberto Giacoia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-242-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No contexto do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevideo, de 08 a 10 de setembro de 2016, na perspectiva de integração ampliada na linha da internacionalização, iniciada agora no âmbito latino americano, produz o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição II, como resultado, este livro reunindo, de suas atividades constantes da apresentação de artigos afinados pelo viés reflexivo, a partir da base constitucional, da intervenção penal em diferentes segmentos teóricos, voltados à defesa de uma sua cada vez maior legitimação pelos postulados garantistas, dimensionados no permanente conflito entre o jus puniedi versus jus libertatis.

Espaço privilegiado para o desenvolvimento da pesquisa e da investigação científica no âmbito dos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, os já tradicionais encontros do CONPEDI ganham nova dimensão, reunindo pesquisadores, além fronteiras, emprestando vivo incremento ao intercâmbio de ideias e experiências e abrindo novas frentes de difusão da produção científica no âmbito internacional.

Assim, neste Grupo de Trabalho (Direito Penal e Constituição II), os pesquisadores se debruçam sobre várias temáticas, indo desde a defesa da ampliação dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate à corrupção, passando pela justiça penal de transição em que se analisam as articulações ao contexto de alguns países da América Latina frente aos conflitos internos, atuação da Corte Penal Internacional em relação à tipificação do delito de agressão, aspectos críticos da Lei Antiterrorismo, fundamentos políticos do Processo de Impeachment em uma visão funcionalista, revisitando a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob nova luz teórica, debatendo a sociedade de risco e o controle social na vertente da dinâmica do ativismo judicial no Brasil, o conceito dogmático da culpabilidade para além de uma estrutura lógico-real (como instituto funcional), o caráter fragmentário da tutela penal ambiental, os fatores criminógenos nas atividades empresariais sob moderna mecânica de controle (compliance), além da problemática da pena e da medida de segurança sob comando dos limites constitucionais flexionados por recentes interpretações pretorianas pelo STF em detrimento do postulado da liberdade, trazendo como pano de fundo as cortinas da doutrina dos direitos humanos.

Textos todos produzidos por valorosos autores comprometidos como os valores acadêmicos, os ideais de justiça e a responsabilidade científica que se exige do estudioso do Direito, muito mais ainda nos dias de hoje.

Enfim, mais uma vez, esta publicação, junto a de outros artigos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho deste V Encontro Internacional, coloca o CONPEDI em posição de destaque, pois à frente de expressiva conquista, protagonizando valioso contributo à pós-graduação, pesquisa e extensão na área do Direito e, assim, prosseguindo firme em seu belo destino institucional.

Prof. Dr. GILBERTO GIACOIA - Doutor em Direito, procurador de justiça do Ministério Público do Paraná e professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. GERMAN ALLER - Doutor em Direito, advogado e professor da Universidad de la República do Uruguai

Prof. Dr. FELIX ARAÚJO NETO - Doutor em Direito, advogado professor da Universidade Estadual da Paraíba E FACISA

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL: UM ATENTADO CONTRA AS LIBERDADES PÚBLICAS?

PROVISIONAL ENFORCEMENT OF A CRIMINAL CONVICTION: AN ATTACK ON CIVIL LIBERTIES?

Denise Hammerschmidt [1]
Gilberto Giacoia [2]

Resumo

Baseado em investigação bibliográfica conduzida pelo método dedutivo, técnica exploratória descritiva, este estudo dogmático inspira-se em recente decisão do STF revertendo tendência de dar tratamento absoluto ao principio da inocência ao admitir execução de condenação criminal confirmada em segundo grau, buscando cotejar posições contrapostas, na perspectiva conceitual jusfilosófica do jus puniendi e jus libertatis, para concluir, na hermenêutica constitucional, que esta segunda categoria de direito, por sua característica de irreparabilidade, deve preceder àquela que, assim, não pode ser ultrapassada mesmo a pretexto de maior efetividade da Justiça Criminal, pena de afrouxamento do modelo garantista, extraído da filosofia política de 1988.

Palavras-chave: Liberdade, Execução provisória de condenação criminal, Stf, Princípio da presunção de inocência, Hermenêutica constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

Oriented with bibliographic research conducted through deductive approach, this study was inspired by the STF decision which has reverted the tendency to give absolute treatment to the principle of presumption of innocence, acknowledging the possibility of immediate executions of criminal conviction confirmed at the second degree. Analyzes the discrepant positions in the jus-philosophical perspective of jus puniendi and jus libertatis, concluding, in constitutional hermeneutics, that this second category, by its irreparable characteristic, must precede that one and, therefore, can’t be overtaken even by the pretext of a greater effectiveness of Criminal Justice, extracted from the political philosophy of 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom, Provisional enforcement of criminal conviction, Brazilian supreme court, Principle of presumption of innocence, Constitutional hermeneutics

[1] Magistrada no TJPR. Doutora e Mestra em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona. Mestra em Direito Penal pela UEM. Professora de Direito Processual Penal da EMAP-PR.

[2] Procurador de Justiça no MPPR. Pós-Doutor em Direito pelas Faculdades de Direito das Universidades de Coimbra e Barcelona. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor na UENP.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Temos a clara impressão de que o debate revisitado com a decisão do STF, tomada por maioria de votos no *Habeas Corpus* 126.292, pelo seu Plenário, está apenas se iniciando, muito distante, pois, de se consolidar como o entendimento anterior histórico e inclusive sumulado havia sido, representando sua alteração apenas mais um componente político-jurídico a fomentar a hermenêutica constitucional do princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, na perspectiva conceitual jusfilosófica do permanente conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis,* no marco da definição do modelo de Estado Democrático de Direito que, substancialmente, queremos.

Neste horizonte, desenvolve-se, aqui, ligeiro esforço cognitivo para resgatar o tratamento temático da liberdade, vinculando-o, de forma necessária, às observações que compõem, propriamente, o objeto deste trabalho, referentes aos principais fundamentos da decisão em comento, de modo a suscitar reflexões acerca de um possível retrocesso no sentido de negar prevalência ao regime das liberdades públicas, de modo a afetar sua consubstanciação com hegemônico a outros valores sociais em jogo.

Sem embargo, pois, das críticas que se fazem devidas a uma espécie de fraude de etiquetas no âmbito penal, propõe-se, aqui, o reconhecimento dos positivos influxos da superioridade desse regime, no curso civilizatório, dada a extraordinária importância de sua utilização contra as atrocidades e desumanidades históricas praticadas com seu sacrifício, senão no curso forense, ao menos no permanente processo de elaboração e reelaboração da dogmática penal, efetiva demanda de um modelo humanista baseado nos prerrogativas fundamentais do homem, próprias dos Estados Democráticos de Direito, que têm impedido muitas vezes a expansão desenfreada de mecanismos de controle social desconectados de uma matriz garantista, em particular na área penal, espaço que deve seguir sendo visto e utilizado como mecanismo instrumental forte e concentrado de proteção dos valores mais caros da pessoa humana e da própria sociedade, e, assim, de incidência excepcional, reclamando-se sempre e renovadamente uma crescente valorização do princípio da dignidade humana.

Com efeito, a liberdade é um bem que, na dimensão hierárquica da dignidade humana, merece especialíssima tutela estatal. Por isso mesmo, a teoria do conhecimento, reconhecendo-a como primado da pessoa humana, se esforça para mantê-la em lugar de destaque na gestão tanto das ciências do *ser* quanto das do *dever-ser*, desenvolvendo múltiplas reflexões sobre suas enormes influências na vida dos seres humanos em sociedade e de como se pode, de modo sempre excepcional, restringi-la. Esta investigação trata, portanto, de abordar a nova tendência jurisprudencial sem perder de vista essa perspectiva, assim como

as consequências, neste contexto, do uso de suas ferramentas de análises, com o fim de remover ou cambiar conceitos básicos que determinam a responsabilidade do homem na vida social, por vincular-se com a estrutura da personalidade, da conduta ou da posição dos indivíduos. E isso se faz, aqui, no âmbito da responsabilidade penal.

1. A LIBERDADE COMO VALOR DE BASE JUS-FILOSÓFICA

Como introdução a esse instigante tema, pertinente a reflexão do pensador e filósofo político britânico, Isaiah Berlin (Berlin, 1999, pp. 18-19, 45) - de tradição liberal e que dedica parte substancial de seus estudos à liberdade -, ao iniciar seu interessante texto *"O sentido de realidade",* na tentativa de explicar o pressuposto, para alguns, de um certo *determinismo* ou *mecanismo universal* contido na marcha da história da humanidade, tentando tornar mais claro para nós essa lógica[1]. Transportando esta bela página sobre o sentido da realidade para o tema que iniciamos tratando, ao pretendermos transformá-lo no principal ponto de conexão

[1] **"**Todo mundo, sem dúvida, acredita haver fatores que estejam em grande parte ou totalmente além do controle humano. E quando descrevemos este ou aquele sistema como impraticável ou utópico, frequentemente queremos dizer de sua impraticabilidade em face de certos fatos ou processos incontroláveis. Estes, por sua vez, são de muitos tipos: regiões da natureza em que não podemos interferir, como, por exemplo, o sistema solar ou a esfera geral com que lida a astronomia; aí não podemos alterar o estado dos elementos em questão nem as leis às quais obedecem. Quanto ao restante do mundo físico, objeto das diversas ciências naturais, concebemos que as leis que o governam são por nós inalteráveis, mas reivindicamos ser capazes de intervir em algum grau, alterando os estados das coisas e pessoas que obedecem a essas leis. Alguns acreditam que tais intervenções estejam elas próprias sujeitas a leis: que nós mesmos sejamos totalmente determinados por nosso passado; que nosso comportamento é em princípio totalmente previsível; que nossa 'liberdade' de interferir nos processos naturais é, por conseguinte, ilusória. Outros negam no todo ou em parte, mas isso não nos diz respeito aqui, pois o que desejam ambos os lados é confirmar que grandes porções de nosso universo, particularmente sua parte inanimada, é como é e sofre as intervenções que sofre independentemente do que façamos ou deixemos de fazer. Ao examinarmos o mundo dos seres conscientes, pensamos certamente que alguns itens sejam governados pela 'necessidade'. Para começar, há os efeitos da interação dos seres humanos com a natureza –seus próprios corpos e aquilo que lhes é externo. Supõe-se a existência de certas necessidades humanas básicas: de alimento, de abrigo, dos mínimos meios necessários pelos quais a vida pode prosseguir, talvez de algumas formas de prazer ou auto-expressão, de comunicação; que estas sejam afetadas por fenômenos relativamente imutáveis como o clima, a formação geográfica e os produtos do ambiente natural; que tomem a forma de instituições econômicas, sociais e religiosas, e assim por diante, cada qual sendo o efeito combinado de fatores físicos, biológicos, psicológicos, geográficos e demais; e que certas uniformidades possam ser decobertas, em cujos termos sejam observáveis padrões nas vidas tanto de indivíduos como de sociedades –padrões cíclicos do tipo discutido por PLATÃO e POLÍBIO, ou não-recorrentes, como nas obras sagradas dos judeus, cristãos e talvez do pitagóricos e órficos, padrões e ordens de existência que se encontram em várias religiões e filosofias orientais e, nos tempos modernos, nas cosmologias de escritores como VICO, HEGEL, COMTE, BUCKLE, MARX, PARETO, e de um bom punhado de psicólogos sociais, antropólogos e filósofos da história contemporâneos. Tende-se aí a tratar instituições humanas como não procedentes exclusivamente de propósitos ou desejos humanos deliberados; porém, mesmo levando devidamente em conta tais propósitos conscientes –tanto da parte dos que fundam quanto dos que usam e participam de instiruições-, destacam-se as causas inconscientes ou semiconscientes tanto de indivíduos como de grupos, e mais, os subprodutos dos encontros dos propósitos não-coordenados de vários seres humanos, cada qual agindo como age, em parte por motivos coerentes e articulados, em parte por causas ou razões pouco conhecidas por ele ou por outros, causando consequentemente estados de coisas que podem não ter sido pretendidos como tais por ninguém, mas por seu turno condicionam as vidas, os caracteres e as ações dos homens". E, mais adiante, prossegue: "Em grande parte, é nisso que consiste compreender os seres humanos".

com o objeto desta pesquisa logo mais desenvolvido na parte atinente à dogmática jurídico-penal, podemos afirmar, desde logo, que o uso da linguagem significou para a pessoa humana extraordinário avanço no processo comunicativo, que segue dinâmico. Pode haver passado sem uso linguístico, mas que se apresenta incipiente do ponto de vista da comunicação racional, podendo mais identificar-se com o grito da natureza. Daí a importância do emprego da palavra, no seu correto sentido que, invariavelmente, parte de sua base etimológica e, não raras vezes, ganha plúrimas tendências conceituais. É, efetivamente, o caso da palavra *"liberdade"*, que motiva a citação poética inicial.

O dicionário comum vai considerar liberdade como o direito de agir segundo o livre arbítrio, de acordo com a própria vontade de alguém, desde que não prejudique outra pessoa, é a sensação de estar livre e não depender de ninguém, livre para pensar, ir, vir e ficar. Por outro lado, no sentido político, liberdade é também um conjunto de ideias que compõem a esfera de direitos fundamentais de cada cidadão. Já do ponto de vista filosófico, a liberdade pode ser classificada como a independência do ser humano, o poder de autonomia e espontaneidade. Ora, nesse sentido, a liberdade passa a ser um conceito quase utópico, posto ser questionável se realmente os indivíduos têm a liberdade que dizem ter.

Muitas mentes ilustres – pensadores, teóricos e filósofos dedicaram parte de suas vidas e de seus esforços intelectuais na busca da extensão e profundidade do conceito de liberdade. Assim, dissertaram sobre ela, desde os antigos filósofos gregos – antes mesmo dos sofistas -, Descartes, Kant, Marx, Hegel, Espinosa, Rousseau, Sartre, dentre muitos outros.

Para Descartes (1952, p. 588) a liberdade é motivada pela decisão do próprio indivíduo, mas muitas vezes essa vontade depende de outros fatores, como dinheiro ou bens materiais. Para chegar a tanto, parte este filósofo francês primeiramente da ideia da existência da predestinação divina. Sobre o tema, afirma ele sem titubeios: *"Nós sabemos com certeza que Deus preordenou todas as coisas"*. Duvidar disso seria simplesmente um crime (o de Galileu?). E explica: *"o divino poder é tão grande que cometeríamos um crime só de pensar que poderíamos jamais ser capazes de fazer o que quer que seja que não fosse por ele ordenado antecipadamente (...)"*. Entretanto, a contrapartida a esse caloroso reconhecimento do poder divino não se faz esperar: e é que, diz nosso pensador logo a seguir, poderíamos *"nos embaraçar em dificuldades muito grandes se empreendêssemos concertar a liberdade de nossa vontade com os seus ordenamentos, e se tentássemos compreender, isto é, abarcar e como que limitar com nosso entendimento toda a extensão de nosso livre arbítrio*. Vê-se logo, na visão de Bornheim (2002, p. 45), onde está a prudência cartesiana: a prova bem clara da preordenação divina de todas as coisas está longe de poder tolher os embaraços com as

grandes dificuldades que teríamos de enfrentar se perseguíssemos a elucidação da dita predestinação divina. Há, prossegue Bornheim, um segundo tópico na doutrina que se afigura até mesmo arrasador. Pois há, até de fácil constatação, essa outra imensa verdade: é que *"percebemos em nós uma liberdade tão grande",* que ela resistiria mesmo se *"aquele que nos criou empenhasse seu poder a nos enganar de todos os modos".* De fato, a liberdade é uma evidência maior – ou passou a sê-lo a partir do início dos tempos modernos -, tão certa que *"nada há que conheçamos mais claramente".* Nós somos sem dúvida, e de modo tão total *"os senhores de nossas ações",* que cabe até ir avançando que *"a principal perfeição do homem está em dispor de um livre arbítrio"* (Descartes, 1952, p. 587).

Em outra perspectiva filosófica, segundo Kant, liberdade está relacionada com autonomia, é o direito do indivíduo estabelecer suas próprias regras, que devem ser seguidas racionalmente. Essa liberdade só ocorre realmente, por meio do conhecimento das leis morais e não apenas pela própria vontade da pessoa. Kant (1993, p. 34) diz que a liberdade é o livre arbítrio, enquanto "causalidade da razão pura (...) independentemente de toda condição empírica (de toda condição sensível em geral)". O agir livre se opera dentro de uma ética do dever, ou seja, "uma ação que possa tornar-se um agir universal", de modo que o arbítrio de um possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal.

Já Hegel identifica conduta humana à liberdade. Para ele, a ação é a exteriorização da vontade, como subjetiva ou moral, entendendo por moral o referente à ação humana[2].

Karl Marx diz que a liberdade humana é uma prática dos indivíduos, e ela está diretamente ligada aos bens materiais. Os indivíduos manifestam sua liberdade em grupo, e criam seu próprio mundo, com seus próprios interesses (Marx, 2010, p. 27).

Por outro lado, ao fazer a famosa pergunta "o que pode o homem?", Espinosa estava criticando um dos fundamentos da ideia de liberdade no Ocidente, que estima a liberdade ligada ao princípio da vontade. Todo esforço da *Ética* consistiu em romper o liame tradicional entre a liberdade e a vontade. A vontade pressupõe fazer o que se quer, como se quer e por que se quer: o que Espinosa demonstra é que não existe realmente autonomia da vontade que ignora as causas, imagina o possível e o contingente, e acredita na ação voluntária da alma sobre o corpo'. O homem só é livre, pois, não pela vontade, mas quando entra de posse da sua potência de agir. Os homens são livres apenas durante o tempo em que dura a ação, nem antes

[2] "Lo moral ha de ser tomado con el más amplio sentido, en el cual no significa tan sólo lo moralmente bueno. En el idioma francés 'le moral' es lo contrapuesto a lo 'physique' y significa lo espiritual, lo intelectual en general" (HEGEL, Enzyklopädie der philosophischen Wissenchaften – 1830 -, Hamburgo, 1969, § 503, pp. 397-398, *apud Millán-Puelles, El valor de la libertad,* Madrid, 1995, p. 57; e Sánches-Ostiz, Pablo, *La libertad del Derecho penal,* 2014*,* p. 181.

nem depois; ser livre e agir são uma só e mesma coisa, ensina Espinosa (2007, p. 72). O homem é livre quando entra de posse de sua potência de pensar e agir. É como escreve Hannah Arendt no ensaio *"O que é a liberdade?",* os filósofos começaram a se interessar pelo problema da liberdade "quando a liberdade não foi mais experimentada no fato de agir e de associar-se com outros, mas no querer e no comércio consigo mesmo, em síntese, quando a liberdade se tornou livre arbítrio". A liberdade só se manifesta, conclui ela, quando o eu quero e o eu posso coincidem. Isto é, não apenas desejo contra desejo, o que é próprio do livre arbítrio, mas a junção de desejo e poder.

É na pólis, acrescenta Adauto Novaes (2002, p. 11), que se inventa a democracia, mas é nela que se manifestam os entraves à democracia e à liberdade. O homem nasceu livre, escreve Rousseau; mas é preciso que a independência do indivíduo natural não lhe seja roubada quando entra na sociedade e se torna um cidadão; o problema consiste em encontrar um sistema social em que as exigências da ordem e da liberdade não sejam contraditórias.

Para Sartre (2012, p. 33), em sua visão existencialista, a liberdade é a condição de vida do ser humano, o princípio do homem é ser livre; livre por si mesmo, independente dos fatores do mundo, das coisas que ocorrem; o homem é livre para fazer o que tiver vontade.

Assim, do ponto de vista de seu significado semântico ao filosófico, não obstante as variadas e profundas discussões travadas, ao longo dos séculos, a respeito da problemática questão da liberdade da vontade humana, vale dizer, do debate acerca de ser ou não o homem dotado de liberdade plena, ou, em outras palavras, de ser ou não capaz de decidir livremente diante das alternativas que se lhe anteponham, algo resulta inconteste: os embates a respeito desse tema nunca chegaram a uma conclusão que fosse representativa de um entendimento assente, ou seja, que fornecesse uma resposta definitiva. Mas, o que mais surpreende é o fato já de há muito advertido por Mezger (1955, p. 102), de que os mais variados âmbitos do saber se ocupam com esta questão. Para este penalista alemão, as ciências da natureza não compreendem como, no cosmos bem ordenado da natureza, poderia ter lugar algo como uma vontade humana livre. A Ética e a Filosofia do Direito sempre acreditaram não poder afastá-la, pois, caso contrário, não poderiam fundamentar a responsabilidade e, assim, a Teoria do Conhecimento sempre esteve, quando se trata de liberdade humana, diante do seu mais difícil problema, talvez o último.

De fato, liberdade é uma palavra que tem sido usada de tal maneira que seria impossível circunscrevê-la a uma referência comum: ao longo da história, ela foi construída pela teologia, pela metafísica, pela moral e pela política até chegar ao que é hoje. A palavra liberdade, assim, tem mais valor do que sentido. Como também pode consistir na

personificação de ideologias liberais. Faz parte do lema "***Liberdade, Igualdade e Fraternidade***", criado em 1793 para expressar valores defendidos pela Revolução Francesa, um movimento político, como bem se sabe, que teve um impacto enorme nas sociedades contemporâneas e nos sistemas políticos da atualidade.

Apesar dessa polissemia, os homens tendem a se entenderem livres quando se dizem livres, da forma como sugere a poetisa brasileira Cecília Meireles, em sua frase inicialmente citada. Mas, com efeito, não parece fácil evitar a confusão dessas diferentes noções de liberdade, por exemplo, as chamadas *liberdades públicas* com livre arbítrio, ou *liberdade política* com a psicológica.

No plano da liberdade política, pode-se, efetivamente, associar liberdade e Estado, pois é possível afirmar que se inventou o Estado para ser o guardião da liberdade, como já anotou Marés (2002, pp. 266-267). Liberdade esta que, cada vez mais, foi sendo entendida como individual, de cada um. Os outros seres, a natureza, já tinham deixado de ser livres. Antes mesmo da modernidade, o ser humano já havia teorizado acerca da submissão da natureza ao homem. A ideia era de que a natureza serviria ao homem. Desconstituída a liberdade de todos os seres, se inicia a construção moderna da liberdade de todos os homens. Cada ser humano haveria de ser livre para organizar-se em sociedade, para pactuar a vida coletiva. O contrato social é obra de homens livres.

Na teoria política, antes do Estado, civil e organizado, havia o estado de natureza, de guerra, para Hobbes (2003, p. 92), de paz, para Locke. O estado de natureza, de qualquer forma, seria aquele onde ainda não havia sido firmado ou formado o Pacto, isto é, onde as liberdades humanas ainda não tinham se encontrado para formular as regras do convívio social. Locke, em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil (1994, p. 98) estuda isso que chama de estado de natureza, afirmando que a igualdade natural dos seres humanos gera um estado de liberdade diferente de um estado de licença. Esta diferença estaria marcada pelo fato de que, apesar da liberdade sem controle de dispor de si e de suas posses, a pessoa não tem liberdade para destruir-se a si mesma, nem para destruir, sem nobre razão, os seres que possui. Considera que neste estado a única lei que obriga a todos e condiciona a forma de governo é a razão. Se a lei, ou a razão, é violada, todos têm igual direito de reprimir tal violação e isto cria um estado de igualdade no qual não há superioridade nem jurisdição de um sobre os outros. A partir deste raciocínio, facilmente se chega à ideia do pacto social, porque a liberdade, para o homem em sociedade, é a de submeter ao que haja sido estabelecido por consentimento no seio do Estado. E o estabelecido, que limita a liberdade, há de ser feito em leis que sejam ditadas pelo parlamento de acordo com a missão que todos lhe hão confiado. Esta é

verdadeiramente a base do contrato social. Como o limite da liberdade é o contrato social, ou o conjunto de leis de uma nação, estas leis têm que ter forte dose de legitimidade, isto é, o reconhecimento de todos, porque é nela que se assenta o poder de limitar a liberdade.

Aqui, é preciso não esquecer que a modernidade é, de alguma forma, na expressão do próprio Marés, irmã gêmea do mercantilismo e que, por isso mesmo, a legitimidade necessária à manutenção do contrato social são os direitos individuais. Ou dito de outra forma, os limites da liberdade individual são aceitos porque trocados pelos direitos individuais, ou pelo direito de livremente acumular bens e deles dispor pela venda ou troca.

A liberdade protegida é a individual. Todo raciocínio da modernidade se insere no contexto da individualidade, como se a única forma de exercer a liberdade fosse o exercício de uma individualidade excludente. Tanto e tão profundamente está arraigada esta ideia que o jurista espanhol Nicolás López Calera (2000, p. 28), ao iniciar sua obra *¿Hay derechos colectivos?* em que defende a necessidade e imperiosidade de reconhecer os direitos coletivos, afirma que diz isso apesar de seu amor à liberdade. Quer dizer, considera o individualismo, ou os valores individuais, o verdadeiro critério da liberdade. A liberdade individual seria, então, o espaço/tempo em que cada ser humano age sem nenhuma restrição moral, legal ou social. É o exercício, a realização de uma vontade absoluta. Esta razão individual desembocou imediatamente e sem contemplações, por exemplo, em propriedade privada. Basta seguir o raciocínio de Locke para se observar este fenômeno evidente. Daí seus consequentes desdobramentos e controvérsias que, não é o caso, neste espaço, de dissecar.

De qualquer modo, dessas colocações há que se fazer duplo cotejo que relativiza essa construção conceitual de liberdade política. O primeiro vinculado à noção, aos poucos elaborada, de direitos coletivos. De fato, os paradigmas que tão zelosamente a modernidade criara, dividindo o mundo em Estados nacionais e soberanos com a função de garantir o direito individual de propriedade e liberdade, num dado momento se desmoronam ante os olhos atônitos de quem acreditou que a história havia chegado ao fim e o ser humano encontrara o paraíso, como ainda se expressa Marés (2002, p. 275).

Em reação natural, evidente e inteligente, os humanos começaram a se reagrupar ou a revitalizar antigos valores comuns e criar novos valores com a preocupação de autoproteção e proteção do planeta. Os povos, esquecidos em sua dimensão étnica e cultural, começaram a reivindicar processo próprios de repartição de riquezas e a defender direitos aos seus conhecimentos ancestrais e à vida. Outros grupos, vítimas de contaminações provocadas pela ânsia de acumulação capitalista ou por equívocos de planejamentos estatais centralizados, se

formaram no intuito de encontrar soluções para um planeta doente, cuja causa visível é a exclusão, o desperdício e a opulência senhorial.

Daí, surge clara no horizonte do Direito uma nova categoria jurídica: os direitos coletivos, que já não são mera soma de direitos subjetivos individuais, mas pertencem a grupos ou coletividades, cuja titularidade é difusa e multifária porque não pertence a ninguém em especial. Cada um pode promover sua defesa, como se titular individual fosse, mas nunca em benefício próprio, porém de todos. E, assim, a liberdade individual, para a existência deste direito, já não conta, porque não é capaz de modificá-lo. Mas, ao contrário, a liberdade do indivíduo, entendido como membro de uma coletividade (único sentido que pode ter a palavra indivíduo), se transforma em liberdade coletiva.

Nessa linha, aos poucos o que deve mudar é, assim, a lógica da sociedade. O que se deve contar não é a cumulação de bens, ainda que incorruptíveis, mas a possibilidade de vida humana no planeta. O ser humano para ser livre, antes tem que estar vivo. Curioso, entretanto, é que para continuar vivo depende da harmonia do planeta. E harmonia quer dizer liberdade de todos, inteligentes ou não. Mas se todos têm liberdade, cada um deverá respeitar a liberdade dos outros e o velho pacto que o ser humano fez consigo mesmo tem que ser refeito, para nele incluir outras partes que, não sabendo assinar, se comprometem a continuar vivas. Conclui Marés (2002, p. 276), *a liberdade ganhará, então, a dimensão da poesia vivida!*

E aí deriva, justamente, o outro cotejo, que é a visão de atualização do contratualismo, ou de um *contratualismo moderno,* cuja raiz está na forte concepção da necessidade de submissão do pacto a um processo de contínua renovação e legitimação. É que as forças sociais não se nivelam ou se estabilizam de uma vez para sempre. Mas, ao contrário, elas se compõem e se recompõem sem cessar, se tencionam e se distencionam permanentemente, representando a renovação do acordo uma revisitação ao conteúdo do contrato e à sua releitura crítica, perdendo o Estado o papel de poder de império e ganhando mais o espaço de mediador dos grandes entendimentos e negociações que se processam entre mega organizações sociais gestoras da liberdade coletiva. Óbvio não ser, aqui, o espaço para o aprofundamento desta temática, nem tampouco para o afastamento da noção de liberdade individual, com a qual se trabalha, em grande parte desta pesquisa.

2. *JUS PUNIENDI VERSUS JUS LIBERTATIS*

O esforço filosófico-teórico sintetizado acima para o encaminhamento da compreensão social do conceito de liberdade humana nos coloca diante do complexo problema do exercício estatal do *jus puniendi.* Esse problema pode ser concebido em sentidos

diversos. De um lado, o da ótica de justificação, natureza e limites do poder estatal de ditar normas que definam determinadas condutas como crimes e cominem penas correspondentes. E de outro a da natureza e limites do poder punitivo conferido ao Estado pelas normas jurídicas.

O primeiro foco foi sempre o da intrincada problemática de se conceber o poder de criar normas incriminadoras como um direito subjetivo da comunidade limitado pelos direitos subjetivos dos cidadãos segundo o modelo do pacto social. Assim colocado, o problema passa a ser metajurídico, pois faz referência a um momento anterior à existência do ordenamento e, assim, neste sentido, se poderia falar de um direito subjetivo de castigar não como um direito subjetivo jurídico, senão como um direito subjetivo natural ou ético (Vives Antón e Cobo del Rosal, 1999, p. 54).

Portanto, à medida em que, no conteúdo do presente texto se faz alusão ao Direito Penal positivo, a advertência primeira é a de se fazer referência ao *jus puniendi* entendido exclusivamente como poder dimanante das normas jurídicas e, em consequência, limitado por elas e a elas submetido

Aqui se comporta a colocação do viés político do problema. Ferri (1933, p. 115) foi quem primeiro reprovou à altura a doutrina alemã e seus seguidores italianos da concepção do poder de castigar como direito subjetivo, motivado por um transplante ao Direito Penal da técnica do Direito Privado (para os neoclássicos, toda teia de aranha de sua técnica e dogmática jurídica se baseia nos pressupostos de que o Estado e o delinquente se encontram naquelas condições jurídicas que o Direito Privado exige entre credor e devedor). O delito, segundo Ferri, não se compara a um negócio jurídico. Por ele, no processo penal não comparecem dois sujeitos que se colocam no mesmo nível: a contraposição ator-demandado não corresponde à contraposição entre réu e Ministério Público. O Estado e o delinquente não se movem no mesmo plano, porque precisamente o Estado, em cumprimento do dever de defesa social, cria a lei, isto é, dita as normas mediante as quais se há de resolver o litígio e não pode, assim e por isso mesmo, ser equiparado a um litigante. O delinquente não seria, assim, vítima do Estado. A afirmação, desse modo, da superioridade jurídica e moral do Estado e dos cidadãos de vida honrada frente ao delinquente conduz, no entender de Ferri, à configuração do poder punitivo, não como direito subjetivo, senão como uma potestade soberana.

Esta concepção foi fortemente objetada do ponto de vista político. Chegou-se à sua superação por se assentar ser preciso também, no âmbito do Direito Público, admitir a ideia de

direito subjetivo como categoria central, pois só ela asseguraria ao indivíduo uma margem de autonomia e por ela sua negação conduziria a consequências totalitárias.

É certo que essa configuração técnica do *jus puniendi,* mesmo assim, nem sempre segue a necessidade de se respeitar garantias individuais. De fato, revela a doutrina do Direito Penal subjetivo, formulada no marco de uma concepção imperativa, ser pouco apta a promover uma ordem de garantias. O Direito Penal subjetivo, nesta perspectiva, não seria mais que um reflexo do dever de submissão. Este aparece como a violação da norma: o direito do Estado à obediência se transforma em direito de castigar. Assim, quem afirma que o poder punitivo é um poder jurídico, diz, por isso mesmo, que deve ser limitado. Tenha-se presente, ademais, que a ideia de 'direito' não comporta de per si uma maior limitação que a de 'poder' e, inclusive, poderá suceder o contrário. O direito de castigar, sem dúvida, se verá limitado por outros direitos. Mas exatamente igual se verá limitado e pelos mesmos motivos, o 'poder', se efetivamente se apresenta como um poder jurídico (Vives Antón e Cobo del Rosal, 1999, p. 61).

E neste sentido, estes autores espanhóis por último citado recomendam o abandono do terreno especulativo, ou seja, reconhecendo não se poder falar concretamente de um direito subjetivo de castigar, examinando a natureza jurídica da atividade punitiva do Estado como o exercício de uma pretensão, vale dizer, quando o Estado exercita a pretensão punitiva aparece, externamente, como um particular que reclama que seja respeitado seu direito. E, assim, pode induzir a pensar que está, efetivamente, exercitando um direito subjetivo. Mas se se examina a questão mais de perto, se chega a conclusão de que não é assim. Ora, o Estado não comparece ao processo penal para realizar 'seu' direito, senão a pedir a realização do direito objetivo, que é tanto o direito da vítima quanto o do delinquente. O dever de objetividade estabelecido pelo processo penal para todos os seus atores aparece, nessa perspectiva, como algo essencial. A administração pode comparecer no processo para defender seus interesses. O Ministério Público (parte imparcial ou desinteressada no processo) não, porque, constitutivamente, carece de um interesse próprio que não seja o de cumprimento da lei. E mesmo o poder de julgar é, essencialmente, a potestade de aplicar o direito objetivo e, assim, se tem concebido, invariavelmente, na doutrina do processo penal.

De modo que a polêmica resta estéril, porquanto o poder punitivo configura-se, em sua essência, como um poder que o direito objetivo concede para sua própria realização, e, como poder correspondente a um órgão investido de 'autoridade', deve definir-se mais exatamente como potestade. Mas, isso não significa, obviamente, tratá-lo como um poder ilimitado. Ao contrário, em sua própria ideia de poder de realização do direito objetivo, reside

um fundamento muito mais limitativo, que o pensamento do *jus puniendi* não pode proporcionar (Vives Antón e Cobo del Rosal, 1999, p. 64). Sugere-se, pois, que ele, *jus puniendi* deva estar sujeito a uma série de limites que cobrem uma expressão sintética compreendida no âmbito dos princípios constitucionais penais.

Remete-se, daí, ao que interessa a este trabalho e desde logo, ao conceito de pena, contraposto ao que se entende por liberdade segundo o esforço teórico-filosófico já referido. E, aqui, abstraída a questão mais técnica de entendê-la como consequência jurídica do delito, dadas as infinitas definições que, em sua dimensão material, se têm formulado, há que se recorrer ao empenho jusfilosófico para não distanciá-la de seu sentido etimológico contido na expressão latina "*poena*".

Segundo Hobbes (1979, p. 386), a pena é um mal infligido pela autoridade pública a quem pratica ou omite o que essa mesma autoridade considera uma transgressão da lei, a fim que a vontade dos homens esteja, por isso mesmo, melhor disposta à obediência. Assim, a pena há de consistir, necessariamente, na inflição de um mal. Ora, se tem pretendido, em múltiplos sentidos, considerar, ao contrário, a pena como um bem, ou ao menos, que ela deveria sê-lo. Acerca desse extremo, é preciso distinguir entre as considerações do tipo ideal que se pode aceitar em torno da pena e de seu caráter real ou material.

Desde um ponto de vista ideal, posto que a pena pode, sem dúvida, produzir uma série de bens, caberia considerá-la um bem. Mas, desde um ponto de vista material, considerada em si mesma, a pena há de consistir em uma privação de bens e, portanto, se cifra e se concreta em um mal. Sem embargo, a definição desse mal em termos sensíveis e concretos, como sofrimento ou desagrado, não é adequada. É um mal por consistir a na privação de um direito, isto é, de um bem jurídico. Normalmente, a privação de qualquer bem jurídico irá produzir consequências desagradáveis para o sujeito que a sofre; mas este aspecto não pertence à essência. Por isso mesmo, esse mal, nos termos expostos, só pode ser imposto como causa de uma infração da lei, e precisamente à pessoa que apareça como responsável pela mesma. Uma instituição segundo a qual pudessem impor privações de direitos sem base em uma prévia infração da lei, ou que permitisse impor ditas privações a pessoas não responsáveis pela mesma, não poderia, conceitualmente, ser considerada como pena (Vives Antón e Cobo del Rosal, 1999, p. 796-797).

Esses aspectos conceituais foram, aqui, colocados, justamente para servirem ao exercício hermenêutico restritivo de seu emprego, balizando-se sempre o *jus puniendi* de modo a fundar-se em parâmetro que reputasse de sua essência a correspondência aos esforços cognitivos para compreender a dimensão quase transcendente do primado da liberdade em

relação à pessoa humana, de que se cuidará na apreciação dos postulados fundamentais que norteiam a decisão sob comento e de que, em seguida, se tratará.

3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: CONSIDERAÇÕES EM DECORRÊNCIA DA DECISÃO DO STF NO *HABEAS CORPUS* 126.292

Como se sabe, a execução provisória da pena ocorreria na hipótese em que há sentença penal condenatória submetida ao recurso de apelação, mas ainda não transitada em julgado.

Não se deve confundir a execução provisória da pena com as prisões cautelares, porque estas são medidas decretadas com o objetivo de assegurar o adequado desenrolar do processo penal, independentemente de sentença penal condenatória, e que só podem ser proferidas com base nos requisitos legais previstos (pressupostos de cautelaridade social ou processual).

A execução provisória da pena volta a ser questão de extrema relevância na execução penal em razão do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, promovido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17/02/2016, porque neste restou admitida a realização da execução provisória.

Por isso, passa-se a apontar, com alguns detalhes, a decisão mencionada, focando algumas de suas controvérsias e alguns de seus fundamentos, para então apontar as consequências e eventuais questionamentos relevantes que possam surgir sobre a matéria.

3.1 Histórico acerca do tema

A controvérsia acerca da execução provisória da pena é questão discutida antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988. Contudo, é a partir desta Carta Política que esta discussão ganha novos contornos.

Após o advento da Constituição Federal e antes do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, observam-se dois relevantes momentos sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro consolidado até o ano de 2009, em que havia ampla divergência dos julgados da Corte Suprema, ora a favor da execução provisória da decisão condenatória e ora contrários, até que a questão foi levada a plenário no *Habeas Corpus* 84.078/MG[3].

[3] *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem

A partir do exame do referido *writ*, restou sedimentado o entendimento de que a prisão, antes do trânsito em julgado, só poderia ser decretada a título cautelar. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de inadmitir a prisão antes do trânsito em julgado (ainda que existente sentença condenatória confirmada em segundo grau).

Este posicionamento foi adotado com fulcro no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, *in verbis*: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Também foram fundamentos para a decisão os artigos 105[4], 147[5] e 164[6],

---

efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF, HC 84078, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035, Divulg 25-02-2010, Public 26-02-2010, Ement Vol-02391-05, pp-01048)

[4] Art. 105. 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.

[5] Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

[6] Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez)

da Lei de Execução Penal.

O referido entendimento prevaleceu na Suprema Corte até o controverso julgamento do *Habeas Corpus* 126.292.

3.2 O *Habeas Corpus* 126.292

O *Habeas Corpus* 126.292 possui grande relevância por refletir a alteração de entendimento da Corte Superior, e por conta da ampla discussão realizada acerca do tema.

O remédio constitucional foi impetrado por um paciente, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, confirmando a condenação proferida em primeiro grau, determinando a imediata execução provisória da sentença penal.

Em suas razões, o paciente alegou que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao determinar a expedição do mandado de prisão, por causa da decisão condenatória, e não em razão de uma prisão cautelar, encontrava-se em confronto com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no *Habeas Corpus* 84.078/MG, que representava a jurisprudência da Corte até então.

Contudo, apesar do posicionamento anteriormente firmado, o STF, no *Habeas Corpus* 126.292, decidiu de forma diversa, como se observa na ementa a seguir:

> CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.[7]

O que se extrai do referido julgado, portanto, é que houve uma mudança de interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de execução provisória da pena, em caso de condenação proferida ou mantida em recurso de apelação, ainda que existam recursos pendentes de julgamento perante os Tribunais Superiores.

Para fins de elucidação, mais importante do que justificar um posicionamento adotado, parece ser mais relevante destacar os principais fundamentos utilizados por este controverso julgado, proferido por maioria de 7 votos a 4. Este esclarecimento é relevante posto que a mudança de entendimento e a existência de divergência só ocorrem porque os

---

dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

[7] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 126292, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, Processo Eletrônico DJE-100, Divulg 16-05-2016, Public 17-05-2016.

fundamentos de ambos os lados são pertinentes e, de certo modo, consistentes segundo as respectivas linhas que adotam. Assim, o entendimento que acabou prevalecendo no STF está baseado nos seguintes argumentos:

a) que inexiste efeito suspensivo no Recurso Especial ou Recurso Extraordinário (art. 637, do Código de Processo Penal e art. 27, §2º, da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, hoje vigente o art. 1.029, §5º do Código de Processo Civil de 2015, no mesmo sentido); b) houve o exaurimento do duplo grau de jurisdição pelo reexame da matéria em grau recursal; c) houve o exaurimento da produção probatória; d) não há mais, portanto, reexame da situação fática e das provas, ocorrendo uma espécie de preclusão material envolvendo os fatos da causa; e) em outros países admite-se a prisão após a sentença condenatória proferida em segundo grau, citando como exemplos: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina; f) é pequeno o número de Recursos Extraordinários que obtêm êxito para reforma das decisões; g) dentre os casos em que se alcança êxito, se forem excluídas as hipóteses de progressão de regime, que podem ser resolvidos por meio de *habeas corpus*, o número de reforma de decisões se torna ínfimo; h) há uma forma de inibição da jurisdição penal a partir do momento em que se observa a existência da interposição excessiva de recursos perante os Tribunais Superiores, conduzindo à ocorrência de prescrição; i) há desigualdade social gerada por esta forma de inibição da jurisdição penal, uma vez que a impossibilidade de cumprimento da execução provisória da pena gera um grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, porque aqueles que possuem mais condições de manter um advogado para interpor diversos recursos descabidos se privilegiam; j) há possibilidade de se atribuir efeito suspensivo aos recursos extraordinários mediante *habeas corpus* ou medida cautelar (e agora por pedido formulado no próprio recurso, conforme previsão contida no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.029, §5º); k) trata-se de uma interpretação harmônica do princípio da presunção de inocência com o princípio da efetividade da função jurisdicional; l) por fim, esta ideia interpretativa foi recentemente firmada em Lei, como se observa na Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135 de 04 de junho de 2010), a qual prevê como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes previstos na referida Lei, quando houver decisões proferidas por órgão colegiado; m) há uma deformação eloquente da presunção de inocência apontada pelo Ministro Luiz Fux nos seguintes termos: "quando uma interpretação constitucional não encontra, no tecido social, quando a sociedade não a aceita, ela fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social".

Contudo, a interpretação oposta, ou seja, a que restou vencida também possui

diversos e relevantes fundamentos, como se observa a seguir: a) o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, possui uma redação muito clara, no sentido de que a presunção de inocência prevalece até o trânsito em julgado; b) este dispositivo é tão claro que deve ser aplicado o preceito da antiga escola da exegese "*in claris cessat interpretatio*", pois onde o texto é claro e preciso deve-se cessar a interpretação, sob pena de reescrever a norma jurídica; c) a prisão antes do trânsito em julgado consiste em uma forma de julgamento antecipado da pena; d) tal entendimento revela uma arbitrariedade por parte das autoridades judiciárias; e) há um sistema de proteção institucionalizado pelo ordenamento constitucional e sua negativa representa autoritarismo; f) o Supremo Tribunal Federal tem o dever de proteger a supremacia da Constituição; g) o modelo brasileiro se revela um sistema mais garantista do que de outros países; h) interpretar desta forma implica em ofensa ao Estado de Direito Democrático, pois implica em redução de garantias; i) manter o entendimento adotado não impossibilita a realização de prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva), desde que presentes os requisitos autorizadores; j) não se pode admitir a culpa penal por presunção, nem a responsabilidade criminal por suspeita; k) a Lei de Execução Penal, em seus artigos 105, 147 e 164 exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; l) o sistema penitenciário brasileiro encontra-se completamente falido; m) o sistema penal brasileiro se encontra em um estado de coisas inconstitucional; n) haverá um acréscimo demasiado de *habeas corpus*.

Acreditamos que os motivos expostos pelo Supremo Tribunal Federal, para ambas as correntes são extremamente relevantes. Contudo, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, possui um redação muito clara no sentido de inadmitir a execução da pena antes do trânsito em julgado, como mais adiante se concluirá e isso orienta restrição hermenêutica. Reconhece-se que há um vácuo no sistema, que é sim, muito grave, capaz de gerar maior diferença social, bem como, que havia clamor público para que se admitissem hipóteses de execuções provisórias, reforçadas, essencialmente, pelas investigações da operação lava-jato.

Contudo, tais circunstâncias não podem prevalecer sobre a norma constitucional. É uma falha gravíssima ajustar a interpretação da Constituição Federal para que a orientação se ajuste ao sistema falido brasileiro, e não, fazer com que o sistema brasileiro seja moldado à luz da norma constitucional.

4. O COTEJO DOS FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS COM A VULNERABILIDADE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Não há dúvida que atravessamos um ciclo de ceticismo quanto à capacidade do Estado de tutelar a sociedade, num momento em que grassa a violência, transformando-se o homem presente um refém de seu próprio tempo. A ousadia com que são desrespeitados e violentados bens eminentemente públicos, indispensáveis à convivência coletiva, é assustadora. O crescimento demográfico desenfreado ocorrido no último quartel de século, em absoluta desproporção com o compasso de políticas públicas que pudessem nutrir, minimamente, a capacidade de atendimento à demanda de condições de vida digna em todos os quadrantes dessa imensa nação continental, desnudam, em termos de persecução penal, a morosidade de nossos mecanismo de ativação da Justiça Penal de fazer frente a toda ordem de violação dos mandamentos proibitivos que regram a convivência coletiva.

O clamor social contra a impunidade, de modo invariável vindo e conduzido por uma mídia sensacionalista e avassaladoramente criativa da ideia e imagens de insegurança social, abre claros espaços ao recrudescimento e draconização das leis e interpretações penais de modo a quase esvaziar o modelo garantista presente na filosofia política da Carta Constitucional de 1988, inspirada num novo tratamento dos direitos sociais, antes de cuidar preferencialmente da questão estrutural, levando a crer que o Estado Democrático de Direito brasileiro mais se preocuparia com as pessoas do que com as estruturas onde elas vivem e se inter-relacionam.

Admite-se, como faz o Min. Marco Aurélio em seu voto vencido, que a quadra é de delinquência maior, mas isso não significa que, para coibi-la, se possa lançar mão de princípios que compõem o núcleo duro do pacto social cidadão. Como se viu no esforço jusfilosófico antecedente, os direitos, por maior superioridade que gozem na base de fundamentação das decisões políticas ou encaminhamentos coletivos, nunca podem ser tidos como absolutos. Há momentos em que entram em tensão com outros direitos de igual ou maior magnitude. Mas, quando à ideia de direitos se acrescenta a expressão humanos, surge então uma superioridade ética sobre todas as outras formas de decisão coletiva ou deliberação política. Direitos humanos seriam, assim, numa conceituação preliminar, aquela esfera de intangibilidade que tutela a dignidade da pessoa, pelo simples fato de ser humana. Ora, se o debate que monopoliza as atenções dos teóricos e filósofos do direito moderno refere-se ao conteúdo dos direitos humanos e de onde eles procedem, se está, aqui, nesse caso emblemático em que se tensionam direitos de enorme magnitude, a trabalhar com soluções pragmáticas que, inegavelmente, senão vulneram, ao menos enfraquecem garantias

constitucionais arduamente conquistadas, ao longo dos tempos, não se atentando para a advertência extraída conceitualmente dos direitos humanos que devem ser entendidos, até na conceituação provocadora sugerida por Ronald Dworkin (1984, p. 153), como verdadeiros *trunfos a se sobreporem a todas as formas de encaminhamento coletivo ou decisão política*.

Assim, a pretexto de corrigir algumas distorções normativas do sistema penal, fundadas na base geradora da compreensão social de impunidade, no que diz respeito ao regime por exemplo de institutos como o da prescrição e o do cumprimento de pena, busca-se sacrificar os postulados de um Direito Penal moderado, em prol de um Direito Penal extensivo, valendo-se do comando de propaganda midiática das circunstâncias brasileiras, força-se a interpretação do princípio do duplo grau de jurisdição em detrimento do da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Opta-se pela maior eficiência do sistema penal, dada a sua seletividade, ou seja, trabalha-se com os efeitos, com esquecimento das causas.

Esquece-se até mesmo do sentido etimológico da *poena,* num sistema penitenciário caótico, que revela de forma retumbante a incapacidade de gestão do modelo penal e, portanto, de sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

E isso implicaria, ao que parece, a formulação de novo pacto que não está contido nos limites garantistas da Carta de 1988, que postergasse o âmbito dos direitos e garantias constitucionais por uma outra dimensão alheia à filosofia política que a norteou. É que se decide, sem processo legislativo quanto mais legislativo-constitucional, pela retirada da cláusula pétrea da não culpabilidade, ou ao menos se aceita não se tratar de garantia constitucional, porque, a prevalecer como definitiva (e, sendo o STF Corte Constitucional, enquanto subsistente sua orientação, há de prevalecer), se possa prender quem ainda não teve sua culpabilidade definitivamente proclamada, sendo perfeitamente possível, ainda que improvável, que venha a ser posteriormente considerado inocente. Privado do *jus libertatis,* primado da pessoa humana, alguém cujo título condenatório pode ser reformado, sem a presença dos pressupostos quer de cautelaridade social, quer de cautelaridade processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em conta a base jusfilosófica de onde procede a dimensão conceitual do *jus libertatis,* vinculado que está à esfera da dignidade da pessoa humana e, assim, à compreensão lata de direitos humanos, há que se levar em consideração sua superioridade ética no comando das decisões que cuidam de direitos que com ele se tensionam.

A despeito das justificáveis posições que densificam o resultado do julgamento contido no *HC* 126.292, em prol da maior eficiência do sistema penal e da redução do grau de impunidade, reclamos que, num sistema seletivo como é o brasileiro, são mesmo emergenciais, sua melhor funcionalidade (do sistema) não pode ser alcançada, contudo, à custa do sacrifício de conquistas que nos são tão caras.

Como no voto do Min. Celso de Mello, *a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado.* É que, ainda segundo sua linha reflexiva, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não se estaria inviabilizando a prisão cautelar de réus perigosos, mostrando-se evidente que a preservação da autoridade de uma Constituição, como a brasileira de 1988, promulgada com o destino de reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas –símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão-, faz-se impositiva, de modo que presumir a culpabilidade do réu, ainda que com base em decisão colegiada não definitiva, poderia representar a esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse. Só esse comando constitucional propicia, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica emancipatória dos direitos básicos do homem, e por isso mesmo deve se manter hígido.

É que, por se tratar de preceito pétreo, não está a permitir interpretações extensivas. Ora, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, como já se disse em hermenêutica (*claris cessat interpretativo*), sob pena de se reescrever a norma jurídica que, no caso, se trata de uma norma constitucional. De prevalecer, pois, o princípio da autocontenção, pena de extravasar o Judiciário seus próprios limites, avançando em campo estrutural do pacto social brasileiro. Conclui-se, assim, que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado, dito constitucional que é absolutamente taxativo, categórico e inultrapassável, salvo com mudança constitucional.

REFERÊNCIAS:

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BERLIN, Isaiah. *O sentido de realidade. Estudos das ideias e de sua história.* (HARDY, Henry org.), Renato Aguiar, Tradução. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

BORNHEIM, Gerd. As Medidas da Liberdade. In: NOVAES, Adauto (org.). *O Avesso da Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 45

DESCARTES, René. *Les príncipes de la philosophie.* Paris: Gallimard, 1952.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito,* São Paulo: Martins Fontes, 2003; Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London: Duckworth, 1984.
.

ESPINOSA, Baruch. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal.* Madrid: Reus, 1933.

HOBBES,Thomas. *Leviatán.*Madrid:Alianza Editorial,1979.*Leviatã,*SP:Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito.* Tradução de Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil.* Barcelona: Altaya, 1994.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. *¿Hay Derechos Colectivos?: individualidad y sociabilidad en la teoría del derecho.* Barcelona: Ariel Derecho, 2000.

MARCÃO, Renato, *Curso de execução penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARÉS, Carlos Frederico. *Liberdade e outros Direitos.* In: NOVAES, Adauto (org.). *O Avesso da Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. pp. 266-267.

MARX, Karl, *Crítica da Filosofia de Direito de Hegel.* RJ: Boitempo Editorial, 2010, p. 27.

MEZGER, Edmundo. *Tratado del derecho penal.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
MILLÁN-PUELLES. *El valor de la libertad,* Madrid, 1995.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOVAES, Adauto. *O risco da ilusão. In* O Avesso da Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SÁNCHES-OSTIZ, Pablo. *La libertad del Derecho penal,* 2014.

SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo.* SP: Vozes, 2012.

VIVES ANTÓN, T.S.; COBO DEL ROSAL, M. *Derecho penal parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.