

O DIREITO FUNDAMENTAL DE RECORRER EM LIBERDADE: APONTAMENTOS PARA UMA HERMENÊUTICA JURÍDICO-PENAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO APPEAL IN FREEDOM: NOTES FOR A LEGAL-PENAL HERMENEUTICS

Núbio Mendes Parreiras

Mestre em Direito Penal e especialista em Ciências pela PUCMG. Professor na Pós-Graduação (Lato Sensu) de Ciências Penais Pela PUCMG. Advogado e Presidente da 34ª Subseção da OAB de Itáúna/MG.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8461594600460836>

ORCID: 0000-0003-1130-589X

parreiras.nubio@gmail.com

Resumo: A hermenêutica jurídico-penal a qual o Brasil se filiou possui como alicerce a busca por segurança jurídica assegurada pela legalidade. Neste sentido, o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, embora tenha prestigiado o estado de inocência, o fez com exagerado e desnecessário esforço argumentativo, com impressionantes cinco votos divergindo. Portanto, faz-se necessário retomar a tradição de uma hermenêutica jurídico-penal.

Palavras-chave: Estado de Inocência - ADCs 43, 44 e 54 - Hermenêutica Jurídico-penal.

Abstract: The legal-penal hermeneutics that Brazil has joined is based on the search for legal certainty ensured by legality. In this sense, the judgment of ADCs 43, 44 and 54, although it has honored the state of innocence, did so with exaggerated and unnecessary argumentative effort, with an impressive five votes diverging. Therefore, it is necessary to return to the tradition of a legal-penal hermeneutics.

Keywords: State of Innocence - "ADCs 43, 44 and 54" - Legal-penal Hermeneutics.

Para uma melhor compreensão do direito fundamental de recorrer em liberdade discutido pelo STF nos julgamentos das ADCs 43, 44 e 54, parece necessário ensaiar alguns apontamentos acerca da hermenêutica jurídico-penal que filiamos.

A nossa tradição hermenêutica-penal

Ex. 1: Imagine a seguinte situação: em determinado curso o professor informa aos alunos que quem participar de determinada atividade ganhará 2 pontos extras. Ocorre que, quando da distribuição dos pontos, ele não concede para alguns.

Como os discentes se defenderiam? Ora professor, temos um combinado e o senhor não cumpriu. Firmamos um contrato com a instituição que pressupõe uma confiança na palavra do professor para imprimir uma previsibilidade na avaliação.

O professor se defende afirmando que, como docente, possui autoridade para mudar as regras sem precisar se justificar.

Ex. 2: Imaginem a seguinte situação: um jovem foi presenteado com um carro pelo pai quando da formatura no curso de Direito, tanto para premiar quanto para facilitar o deslocamento para advogar.

Quando parado numa blitz dirigindo sem cinto de segurança, a autoridade policial aplica-lhe uma penalidade. Não a prevista no CTB, mas o confisco do veículo. O jovem questiona a ausência de previsão legal e a autoridade policial, a exemplo do caso do professor, afirma que, como autoridade, possui autonomia para mudar as regras sem justificar.

Vejam que estes exemplos parecem absurdos. Alguém pode inclusive entender que se trata de devaneios de um lunático imaginar estas situações.

Não obstante, se fizermos uma viagem no tempo para, por exemplo, a França do final do século XVII, quando Luís XIV, para arrecadar fundos para a ampliação do Palácio de Versalhes, aumentava inadvertidamente e de forma abusiva a tributação sobre determinada atividade sem o menor pudor. Ou talvez confiscasse a propriedade de um sujeito que não o tratara com a devida deferência da época.

Podemos ainda voltar mais um pouco no tempo. Ao final do século XV em que **Kramer** e **Sprenger** (2010) escreveram o *Malleus Maleficarum* (O Martelo das Feiticeiras), o manual de criminologia mais antigo que conhecemos, dividido em três partes para orientar os inquisidores a identificar, produzir provas (sobretudo a confissão) e executar as penas das "bruxas hereges". Neste contexto, se determinado jovem fizesse uma cortesia para uma moça, não tem a resposta que esperava e, no dia seguinte, vai à autoridade e informa que a viu, na noite anterior, saindo de sua casa voando com uma vassoura? A moça seria chamada e torturada com o fim de confessar o voo, e, por mais que tentasse explicar que aquilo era um absurdo, que era impossível ela voar e muito menos ser condenada por tal suposição, seria executada, queimada viva.

Vejam que estas situações, contrastadas com nosso ordenamento jurídico parecem absurdas. Mas não pareciam para grande parte dos juristas da época.

A ideia de contrato, de propriedade, de legalidade, possui íntima vinculação com os chamados Direitos de primeira geração, os individuais, exatamente para conferir segurança jurídica e previsibilidade na vida em sociedade.

Isto só foi construído com as revoluções liberais, destacando parte do Direito, tradicionalmente chamada de Público, para garantir o cidadão contra as vontades do rei. Este é, por excelência, o Direito Liberal.

Assim, como destaca **Coutinho** (2021) através do princípio da compatibilidade, o cidadão pode fazer tudo que não é compatível com proibição legal e, através do princípio da conformidade, o Estado pode agir e/ou exigir apenas na forma conforme prevista em lei. Ou seja, no Direito privado, podemos fazer tudo o que a lei não proíbe (critério de não contradição à lei); no público, o Poder pode fazer só o que está na lei (critério de subordinação à lei).

Esta hermenêutica é reconhecida no Ocidente como válida para o Direito e Processo Administrativo, Tributário, Criminal, exatamente para evitar a pessoalidade (Art. 37, CR/88).

É claro que a literatura jurídica apresenta diversas correntes, mas as

únicas que vão desacreditar este discurso são as não-positivistas, como a microfísica do poder de **Michel Foucault**, a construção teórica de **Carl Schmitt** (MASCARO, 2016, p. 373 ss.) e as críticas, provenientes do marxismo (MASCARO, 2016, p. 448 ss.). Elas apontam como utopia o discurso da segurança jurídica e da legalidade.

Veja-se que, ao contrário do que é entendido por muitos, teóricos como **Dworkin** (1999) ou **Robert Alexy** (2011), desde esta perspectiva do professor **Alysson Mascaro**, não podem ser classificados como não-positivistas, já que, tal qual **Hans Kelsen** e **Herbert Hart**, também almejam a segurança jurídica.

Portanto, foi nesta esteira da busca por segurança jurídica e legalidade que, após as revoluções burguesas, a hermenêutica jurídico-penal foi se construindo desde o século XVIII, a começar, principalmente, por **Cesare Bonesana**, o **Marquês de Beccaria**, cuja obra alertava para a importância de contenção do poder punitivo, esboçando aquilo que hoje conhecemos como princípio da legalidade, sistematizado ainda no início do século XIX.

Daí que, desde o século XIX, até os presentes dias, a construção da dogmática penal seguiu esta trilha de contenção do poder punitivo pela legalidade.

Ou seja, é necessária prévia e clara previsão legal para toda restrição de liberdade pessoal ou dos bens do cidadão pelo Estado. Quando não estiver clara, a interpretação mais favorável à liberdade é a que deve prevalecer, como antinomia normativa ou mesmo inconstitucionalidade de determinada disposição, seja por desacordo com algum princípio, ou mesmo a alguma regra constitucional.

Por outro lado, regras e princípios podem ter interpretações extensivas para beneficiar o cidadão, como casos de analogia, a título de ilustração, como deve ocorrer, na perspectiva defendida por **Cirino dos Santos** (2017, p. 653), em transplantar a caracterização de idoso para a redução do prazo prescricional do art. 115 do CP, tal qual a edição do art. 1º do Estatuto do Idoso dispõe, ou seja, às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, e não mais o maior de 70 (setenta) anos (art. 115, CP).

O direito fundamental de recorrer em liberdade

Das principais formulações teóricas acerca da distinção entre regras e princípios, o que se tira em comum é que as regras são melhor delimitadas legalmente do que os princípios, já que estes carregam um formato mais amplo e flexível (antinomia jurídica imprópria), a ponto de alguns autores defenderem inclusive a possibilidade de ponderação, como **Alexy** (2011, p. 85). Assim, as regras assumem uma forma mais concreta e os princípios abstrata, como apontado por **Ferrajoli** (2010, p. 333-336; 2012, p. 39).

Não por outra razão que há, através da disposição do transcrito artigo 5º, LVII, CR/88, um direito fundamental de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se tratando, portanto, tão somente de um princípio, mas, muito além, de uma regra jurídica, já que pormenorizadamente descrita no texto constitucional.

Ora, muito embora o estado de inocência – erroneamente denominado por alguns como mera presunção – dê forma a um princípio processual penal, por estar, ainda, precisamente delimitado no art. 283 do CPP, tal

qual no referido artigo 5º, LVII, da CR/88, constitui-se em uma regra, que, da forma ali disposta, se apresenta tão cristalina quanto, por exemplo, a regra de respeitar os sinais de trânsito (semáforo, placas etc.).

É forçoso reconhecer, contudo, que, a exemplo de demais garantias (como a das restrições à busca domiciliar ignoradas na periferia), o direito fundamental de recorrer em liberdade vem sendo historicamente ignorado no Brasil, país em que aproximadamente um terço dos presos não tem sequer condenação em primeiro grau (LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, 2017, p. 14), mas está com prisão processual, com contornos de pena antecipada.

Neste diapasão, a prisão processual (e as demais medidas cautelares), seria algo distinto da prisão-pena que, junto com as demais penas alternativas, são matérias da Execução Penal, já que incidente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já as medidas cautelares (inclusive a prisão) incidem em momentos antes do trânsito em julgado da condenação, seja na fase da investigação preliminar, seja na processual, e exigem a cautelaridade que, a partir da proporcionalidade (necessidade e adequação), asseguraria alguma coisa, como a lisura da instrução probatória, a impossibilidade de fuga etc.

Os julgamentos das ADCs 43, 44, 54

Em que pese o princípio da legalidade e a pretensão de segurança jurídica, o tratamento jurisprudencial ao estado de inocência (art. 5º, LVII, CR/88), ao longo da vigência da CR/88, não tem estado à altura.

Ora, a partir dos parâmetros de hermenêutica jurídico-penal aqui traçados, não resta dúvida de que a redação do art. 5º, LVII, CR/88, somada à do art. 283 do CPP, constitui uma regra que dá vida ao princípio do estado de inocência e dispõe que não há execução de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ocorre que o STF, nas oportunidades que teve de firmar entendimento sobre a questão, não aplicou a contento a boa hermenêutica jurídico-penal no tocante ao Estado de Inocência ao ponto de, no julgamento das ADCs 43, 44, 54, proferiu de forma bem apertada (6x5) ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Pior, alguns votos chegaram a promover uma falsificação conceitual do estado de inocência, interpretando-o vigente até o julgamento de segundo grau.

Ora, de qual parte da redação do artigo 5º, LVII, CR/88 é permitida uma interpretação neste sentido? Nenhuma!

Sobretudo diante de um sistema carcerário caótico, com mais da metade dos presos sem condenação definitiva, em flagrante desrespeito à CR/88 e à cautelaridade!

O curioso é que o senso comum tradicionalmente pensa a política criminal para o outro. Por isso, descarta o respeito às regras do jogo. A bem da verdade, precisamos nos dar conta de que somos todos “reles mortais” e, ao contrário daquela minoria com imunidade, precisamos defender as garantias, uma vez que, se ganharmos na loteria do azar e chegarmos a responder a um processo penal, com a boa hermenêutica jurídico-penal já teremos dificuldades, imaginem sem elas.

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. PEC 37 – Partes principais – Críticas tecidas pelo Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. [s. l.: s. n.], 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BNU0aj0zSWs>. Acesso em: 21 abr. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi

Hassan Choufr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Trad. André Karam Trindade, In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 13-56.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2010.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Brasília: DEPEN/MJ, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.