

demandem do Poder Judiciário o controle imprescindível da violência institucional.

Temos agido diretamente, junto aos nossos parceiros na luta contra a violência de Estado, na pressão ao Governador de São Paulo para que atenda à comissão da qual o IBCCRIM faz parte, que elaborou um programa de ações para reduzir a letalidade policial imediatamente. O governador, contudo, não vem atendendo ao nosso pedido de audiência e, conseqüentemente, deixa de receber as propostas concretas que o instituto endossa na intenção de promover mudanças na política estadual de segurança.

Sem esmorecer nessa frente, por meio daquilo que nos distingue como um instituto com vocação para a produção de saber científico, devemos empenhar o nosso melhor esforço no ativismo judicial que retire o Poder Judiciário, o Ministério Público e os governos estaduais da posição de conivência com o extermínio.

Isto significa honrar o legado dos fundadores, como nosso querido Ranulfo de Melo Freire, que nos ensinaram estratégias de como fazer a luta por democracia e por direitos fundamentais por dentro das estruturas de um Judiciário autoritário. Assim, vamos do luto à luta quando a frágil democracia do país mais uma vez se vê ameaçada.

NOTAS

¹ Nesse sentido, por exemplo, cita-se o relatório "São Paulo sob achaque: corrupção, crime organizado e violência institucional em Maio de 2006", produzido pela Justiça Global e pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Harvard (disponível em http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2011/05/SaoPaulosobAchaque_JusticaGlobal_2011.pdf), no qual são apontadas falhas profundas na atuação do Ministério Público e do Judiciário na apuração do massacre levado a cabo por forças policiais e grupos de extermínio ligados às polícias durante os crimes de maio de 2006. Também nesse sentido, cf. a pesquisa de ZAC-CONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica do extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

OS LIMITES DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS, À LUZ DO EXEMPLO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

LIMITATIONS TO THE PONDERATION OF PRINCIPLES IN VIEW OF THE POSSIBILITY OF AUTOMATIC IMPRISONMENT FOLLOWING THE CONFIRMATION OF CONVICTION BY AN APPELLATE COURT

Alvaro Augusto Macedo Vasques Oriane Souza

Mestrando em Direito Processual Penal pela PUCSP. Especialista em Processo Penal pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV. Advogado.

ORCID: 0000-0002-1959-7113

alvaro@antun.com.br

Resumo: Nos anos compreendidos entre os julgamentos, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC 126.292, e das ADCs 43, 44 e 54, o entendimento favorável à *prisão em segunda instância* foi incorporado automaticamente, pelos Tribunais de todo o país. Esse fenômeno desconsiderou as limitações da *ponderação de princípios*, que não é apta a oferecer soluções universais e generalizáveis, aplicáveis a todo e qualquer conflito entre quaisquer dois princípios.

Palavras-chave: Prisão em Segunda Instância, Ponderação de Princípios, Limites.

Abstract: During the years between Brazil's Supreme Court rulings on the HC 126.292 and on the ADCs 43, 44 and 54, the position in favor of the possibility of one's *incarceration following a conviction sustained by a Court of Appeals* was automatically incorporated by Courts all over the country. This phenomenon disregarded the limits of the *ponderation of principles*, which is not apt to offer universal and general solutions, applicable to each and any collision between the same two principles.

Keywords: Incarceration After Ruling by a Court of Appeals, Ponderation of Principles, Limits.

No início do último mês de novembro, o Supremo Tribunal Federal, em boa hora, reconheceu a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, assentando, de conformidade com a garantia constitucional da presunção de inocência, que, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, só se admite prisão cautelar, e não para

"execução provisória" da pena.

No entanto, passaram-se mais de três anos, desde o ponto de inflexão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que foi o julgamento do HC 126.292 (Rel. Exmo. Min. **Teori Zavascki**), a parir

do qual eclodiu a coqueluche de “prisões em segunda instância”, para início do cumprimento da reprimenda antes do trânsito em julgado da condenação. Foram anos de dolorosa anormalidade constitucional, a qual, no entanto, acabou sendo *normalizada* pelos Tribunais pátrios, que reproduziram, imediata e automaticamente, o entendimento alcançado, na apreciação de um *habeas*, antes que a Corte Constitucional proferisse um julgamento definitivo sobre a matéria.

Nesse período, é verdade que o STF revisitou o tema em algumas oportunidades – talvez a mais famosa delas, o julgamento do HC 152.752 (Rel. Exmo. Min. **Edson Fachin**) – mas o fato é que ainda não existia um posicionamento definitivo quanto à possibilidade ou não de *execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação*, o que só viria a acontecer quando do julgamento, ansiosamente aguardado por toda a sociedade, das ADCs 43, 44 e 54 – julgamento em que se decidiu, justamente, pela impossibilidade da execução provisória.

Isso, no entanto, não impediu os Tribunais de todo o país de aplicarem, ao longo desses anos, o entendimento de que era possível o início do cumprimento da pena, após a condenação em segunda instância, determinando, assim, a prisão dos acusados, uma vez esgotados os recursos ordinários às Cortes de apelação.

Com o julgamento de mérito das mencionadas ADCs, caminha-se para o restabelecimento da ordem constitucional, no que concerne ao momento de início do cumprimento da pena. Contudo, fica-se diante do desconfortável questionamento: como puderam, as Cortes de Justiça de toda a nação, reproduzir tão enfaticamente um entendimento que ainda era precário, e que, inclusive, acabou revertido pelo Pleno do Supremo, no julgamento definitivo da matéria?

Ao longo dos mais de três anos de intenso debate a respeito do assunto, os partidários da chamada *prisão em segunda instância* esgrimiram, entre seus principais argumentos, o de que a *presunção de inocência* (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988) não seria um valor absoluto, podendo sofrer ponderações quando em conflito com outros valores. E, no caso do início do cumprimento da pena, a *presunção de inocência* deveria ceder frente aos valores enfeixados naquilo que o Exmo. Min. **Luís Roberto Barroso** chamou de *efetividade mínima do sistema penal*.

Essa ideia é encontrada já no voto condutor do HC 126.292, proferido pelo Relator, Exmo. Min. **Teori Zavascki**: “Assim, ao invés de constituir um instrumento de garantia da *presunção de não culpabilidade do apenado*, [os apelos extremos] acabam representando um mecanismo inibidor da *efetividade da jurisdição penal*. (...) A retomada da tradicional *jurisprudência*, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da *presunção de inocência* com o da *efetividade da função jurisdicional do Estado*.”¹

A posição foi desenvolvida, também, no HC 152.752, do qual se toma, por todos, o voto do Exmo. Min. **Luís Roberto Barroso**: “Quais são os princípios que estão em jogo na nossa discussão aqui? De um lado, o princípio da *presunção de inocência* ou da *não culpabilidade*, que é muito importante e está lá na Constituição. De outro lado, está um outro valor constitucional que é a *efetividade mínima do sistema penal*. Porque a *efetividade mínima do sistema penal* abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção de direitos fundamentais, a proteção do patrimônio público, a proteção do patrimônio privado, a probidade administrativa.”²

Não é bem esse o foco do presente artigo, mas é impossível revisar votos tão emblemáticos, de acórdãos que moldaram um mecanismo

de privação da liberdade que o próprio STF, depois, reconheceria como ilegítimo, sem se perguntar de onde teria surgido esse tal *princípio da efetividade mínima do sistema penal*. Porque, enquanto as raízes da *presunção de inocência* podem ser concretamente encontradas no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, a propalada *efetividade mínima do sistema penal* parece derivar, em essência, não mais do que de um elaborado *esforço argumentativo*.

Esse “princípio” pode ser identificado como mais um sintoma daquilo que **Lenio Streck** chama de *panprincipiologismo*, por meio do qual a criação desenfreada de princípios acaba se erigindo em verdadeiro “*álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional*”.³ A letra da constituição fala expressamente em *trânsito em julgado*, enquanto requisito para que o cidadão possa ser *considerado culpado* – e o que é *iniciar a execução da pena, senão considerá-lo culpado*? Mas, por meio de um malabarismo argumentativo, chegou-se a uma suposta *efetividade mínima do Direito Penal*, com base na qual se engambelou, por três anos, o texto constitucional.

Era, assim, questionável, de partida, a eleição da *efetividade mínima do sistema penal*, enquanto “princípio”, que pudesse ser contraposto à *presunção de inocência*, para fins de ponderação e mitigação desta. Mas o objetivo deste artigo não é questionar o resultado da “ponderação” que conduziu à *prisão em segunda instância*, e sim o fato do resultado em questão ter sido automaticamente aplicado, pelas Cortes do país, sem maiores reflexões.

A ideia da *ponderação de princípios* parte da distinção das normas (enquanto gênero) em *regras e princípios* (enquanto espécies). Conflitos entre regras devem ser resolvidos no modelo “*tudo ou nada*” – uma regra vale, e a outra não, ou vice-versa. Já conflitos entre princípios devem ser resolvidos por meio de *ponderação*, sem se recusar validade a nenhum deles, mas apenas se reconhecendo que, no conflito em questão, um dos princípios conflitantes deve prevalecer, e o outro deve ceder.

A *ponderação de princípios* é bem explicada na obra de **Robert Alexy**⁴ e, não sem razão, dada a qualidade das soluções que oferece, popularizou-se, hoje em dia, enquanto ferramenta argumentativa para a resolução de complexas controvérsias jurídicas. Parece não ter sido diferente com a discussão em torno da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Os partidários da chamada *prisão em segunda instância* argumentavam, e ainda argumentam, que o valor *presunção de inocência*, embora cláusula pétrea de nossa constituição, deveria ser *ponderado* contra os valores enfeixados sob a *efetividade mínima do sistema penal*. E nessa *ponderação*, era a *presunção de inocência* que deveria ceder, segundo o entendimento que predominou até novembro último, e que foi, nos últimos anos, aplicado com cores de definitividade pelos Tribunais de todo o país – sem, reiterar-se, que houvesse sido ainda proferida, pelo Pretório Excelso, qualquer decisão final de mérito sobre a questão.

Como consequência, o ambiente de observância à garantia fundamental da *presunção de inocência*, ambiente este que apenas começou a se instalar em 2009 (com o julgamento, pelo Supremo, do HC 84.078, Rel. Exmo. Min. **Eros Grau**)⁵, isto é, 21 anos após a promulgação da Carta Magna, e não sem a teimosa resistência de alguns Tribunais Estaduais, cedeu lugar, novamente, ao regime de execução de condenações ainda não definitivas. Por longos três anos, o normal voltou a ser, não a tranquilidade do respeito ao texto constitucional, mas sim a angústia do encarceramento daqueles que ainda podiam ver revertida, anulada, ou diminuída a sua pena.

Diante da disfuncionalidade que se pôde observar, no tempo em que reinou a execução provisória da pena, o objetivo deste texto

é chamar atenção para o fato de o entendimento então firmado ter sido aplicado automaticamente pelos Tribunais de todo o país, conferindo universalidade àquela *ponderação de princípios*.

A questão que se pretende levantar diz respeito à legitimidade, ou não, do mecanismo de *ponderação* (da forma como tecnicamente enunciado por **Robert Alexy**) para oferecer uma *única resposta correta* a toda e qualquer hipótese de *colisão entre dois princípios*.

E, nesse ponto, é importante não perder de vista o alerta dado, pelo próprio **Alexy**, quanto aos limites e possibilidades reais da *ponderação de princípios*, bem sintetizados em seu texto "*Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*".⁶

Nele, **Alexy** afirma que, em caso de colisão entre dois princípios, não existe uma única solução possível, uma *única resposta correta* para o conflito. Apenas seria esse o caso, se fosse possível elaborar uma *teoria dos princípios* que, mais do que enunciá-los, oferecesse uma ordem hierárquica entre eles, segundo a qual se pudesse saber, já de antemão, dados dois princípios, qual deveria prevalecer sobre o outro, numa eventual colisão.

Segundo o autor, embora seja o ideal pelo qual a *teoria dos princípios* deve se esforçar, esse cenário é inalcançável. O máximo que se consegue é delinear alguns parâmetros, através dos quais se possa restringir minimamente as possibilidades de resolução da colisão entre dois princípios, sem nunca, contudo, alcançar uma resposta universalmente válida para todos os casos. É tentar dar contornos o mais concretos possível à resolução do choque entre princípios, mas sem nunca deixar de admitir que a *ponderação pode ser resolvida de outra forma* (isto é, que o princípio que hoje cedeu, amanhã possa prevalecer), a depender do caso concreto.

O autor passa, então, ao delineamento dessas balizas. A primeira delas seria a ideia de *condições de prioridade*. O fato de uma determinada solução para a colisão entre dois princípios não poder ser universalizada, não significa que dela não se possam extrair algumas condições, que ajudem a direcionar a solução dos próximos casos em que esses princípios se choquem.

Às *condições de prioridade*, vem se somar uma necessária *estrutura de ponderação* segundo a qual, observando ao princípio da *proporcionalidade* (em seus três corolários, *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*), a mitigação do princípio que cede corresponda necessariamente ao maior aproveitamento daquele que prevalece.

Por fim, o terceiro parâmetro determina que toda *prioridade* encontrada, na *ponderação* entre dois princípios, é sempre uma *prioridade prima facie*. É dizer, a depender da carga argumentativa, da carga de prova de cada caso concreto, pode ser que, na próxima colisão entre os mesmos princípios, aquele que hoje cedeu venha a prevalecer.

Desse modo, a *ponderação de princípios* não é capaz de produzir enunciados que possam ser universalmente aplicados na resolução de conflitos, segundo uma fórmula "*o princípio 'A' deve sempre ceder perante o princípio 'B'*" – ou, num paralelo com o tema em discussão, "*a presunção de inocência deve sempre ceder perante a efetividade mínima do sistema penal*".

No máximo, de acordo com **Alexy**, poder-se-ia estabelecer que **i)** "*nas condições 'x', 'y', 'z', o princípio 'A' deve prevalecer sobre o 'B'*" (*condições de prioridade*); **ii)** se, e somente se, de modo *proporcional*, a "*perda*" sofrida pelo valor que cede for na mesma medida do "*ganho*" obtido com a prevalência do outro valor (*estrutura de ponderação*); e **iii)** mesmo essa prevalência seria apenas *prima facie*, e nova ponderação, num novo caso, poderia gerar um resultado diferente (*prioridades prima facie*).

O que se conclui, portanto, e que nem sempre é lembrado quando se alardeia a *ponderação de princípios* enquanto recurso argumentativo para a solução de controvérsias, é que a *ponderação* não é capaz de oferecer uma única solução para a colisão entre dois princípios, que seja aplicável a todos os casos. De modo que não é legítimo atribuir caráter de *universalidade – de aplicabilidade geral e abstrata a qualquer outra hipótese de conflito entre esses mesmos valores –* ao produto de determinada *ponderação in concreto* entre dois princípios.

No que interessa para a crítica aqui pretendida, a afirmação de que a presunção de inocência deve ceder perante a efetividade mínima do sistema penal, tornando legítima a prisão antes do trânsito em julgado, mesmo antes do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, não era universalmente válida. O movimento observado em nossos Tribunais, os quais automatizaram a *execução provisória da pena*, com base na decisão tomada pelo STF no HC 126.292, foi uma distorção, que não respeitou os limites dentro dos quais a *ponderação de princípios* é realmente capaz de oferecer soluções às controvérsias jurídicas.

Portanto, não se podia ter admitido, como entendimento *universal*, que a *presunção de inocência* devia ceder a outros valores, legitimando sempre a *prisão em segunda instância*; senão apenas que, em *dadas situações*, a *ponderação poderia* – como, em verdade, ainda pode, nas hipóteses de prisão cautelar – ser resolvida favoravelmente ao encarceramento antes do trânsito em julgado. Fixada essa conclusão, podemos aplicar, à discussão a respeito da *prisão em segunda instância*, o filtro das limitações à *ponderação de princípios* defendidas por **Robert Alexy**.

E, com a máxima *vênia* ao posicionamento contrário, o melhor resultado, para a *ponderação* envolvida no caso, que respeita o texto constitucional de 1988, é o de que **i)** as *condições de precedência*, as circunstâncias nas quais seria admissível a prisão do acusado antes do trânsito em julgado, seriam apenas aquelas autorizadas da *prisão preventiva*, da prisão por necessidades *cautelares*, e não para a *execução provisória da pena*.

Isso porque **ii)** essa seria a única *estrutura de ponderação* na qual o *ganho* obtido, em termos de *efetividade do sistema penal* (concedendo-se que isso exista), se mostraria proporcional ao *sacrifício* imposto à *presunção de inocência*. Tendo-se sempre em mente que **iii)** essa *ponderação* é apenas *prima facie*, podendo haver casos nos quais, ainda que presentes as condições para a *prisão preventiva*, a solução da *colisão de princípios* poderá se dar no sentido contrário, ou ser, ao menos, mitigada a *precedência prima facie* do valor *efetividade do sistema penal* (por exemplo, nas hipóteses do artigo 318 do CPP, de substituição da prisão preventiva pela domiciliar).

Mas ainda que se entenda que a *ponderação* em questão deveria ser resolvida de maneira diversa, a crítica que aqui se pretende é ao automatismo com que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292, foi replicado pelos Tribunais de todo o país, sem se levar em conta que o mecanismo da *ponderação de princípios*, segundo os ensinamentos do próprio Robert Alexy, é limitado, e não consegue oferecer uma única resposta correta, universal, sempre válida em quaisquer casos de conflitos entre dois princípios.

Mesmo no período de arbitrariedade e insegurança, que antecedeu o julgamento de mérito da questão, pelo Supremo, as Cortes de Apelação não poderiam ter se furtado de, a cada vez que decretassem a *prisão para execução provisória da pena* de um acusado, fundamentar suas decisões em uma nova *ponderação*, própria às particularidades do caso "da vez", por meio da qual se demonstrasse as razões por que entendiam que a *presunção de inocência* deveria, naquela hipótese concreta, ser sacrificada.

NOTAS

- ¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126292. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.
- ² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.
- ³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 538-539.
- ⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros

Editores, 2011.

- ⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078, Relator(a): 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.
- ⁶ ALEXY, Robert. *Sistemas jurídicos, princípios jurídicos y razón práctica*. In: *IV Jornadas internacionales de lógica e informática jurídicas*. San Sebastián, setembro de 1988. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-sistema-juridico-principios-juridicos-y-razon-practica>>. Acesso em: 03 set. 2019.

Recebido em: 04/09/2019 - Aprovado em: 13/11/2019 - Versão final: 14/02/2020

CRÍTICA À BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A CRITICISM OF THE BANALIZATION OF THE APPLICATION OF PRECAUTIONARY MEASURES OTHER THAN PRISON IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Pedro Bertolucci Keese

Mestrando em Direito pela Escola de Direito da FGV. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisador e membro do conselho deliberativo do Núcleo de Estudos Criminais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (NECrim PUCSP). Advogado.

ORCID: 0000-0002-9311-508X

pedro.keese@gmail.com

Resumo: Este artigo trata da banalização das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) no processo penal brasileiro. Partiu-se de relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2019) segundo o qual 99% dos presos que passaram por audiências de custódia no país permaneceram sob alguma forma de controle penal do Estado. O relatório, somado a declarações de membros do Poder Judiciário sobre essa temática, indica uma tendência de imposição indiscriminada, no cotidiano forense, de medidas cautelares diversas da prisão, independentemente da presença dos requisitos legais, configurando uma ampliação indevida do braço penal do Estado. Diante disso, argumenta-se que é necessário maior rigor técnico quando forem aplicadas medidas cautelares diversas da prisão em vez tão somente restabelecer-se a liberdade do acusado para responder ao processo em liberdade.

Palavras-chave: Medidas Cautelares Diversas da Prisão, Processo Penal, Prisão Preventiva, Audiência de Custódia, Encarceramento.

Abstract: This article deals with the trivialization of precautionary measures other than prison (art. 319, CPP) in Brazilian criminal proceedings. It was based on a report by the *Instituto de Defesa do Direito de Defesa* (2019) according to which 99% of the prisoners who underwent custody hearings in the country remained under some form of criminal control by the State. The report, added to statements by members of the Judiciary on this topic, indicates a tendency of indiscriminate imposition, in the forensic routine, of different precautionary measures, regardless of the presence of legal requirements, constituting an undue expansion of the penal arm of the State. In view of this, it is argued that greater technical rigor is needed when precautionary measures other than prison are applied, rather than simply restoring the accused's freedom to respond to the process in freedom.

Keywords: Precautionary Measures Other than Prison, Criminal Procedure, Pre-trial Detention, Custody Hearing, Incarceration.

Em agosto de 2019, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) lançou o relatório nacional "O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia".¹ A pesquisa revelou que 99% dos presos que passaram por audiências de custódia no país permaneceram sob alguma forma de controle penal do Estado por meio de medidas cautelares pessoais - seja a prisão preventiva, seja alguma das medidas alternativas à prisão cautelar previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Com isso, o relatório lança luz a um problema pouco discutido e até mesmo naturalizado na prática do sistema de justiça criminal brasileiro: a banalização das chamadas medidas cautelares "alternativas à prisão".

Inseridas no artigo 319 do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, foram previstas em seus incisos nove *medidas cautelares diversas da prisão*,² as quais se orientam pelos critérios estabelecidos