

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Rafael Dhamer Rodrigues

UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE INÍCIO DE
CUMPRIMENTO DE PENA MEDIANTE CONDENÇÃO EM
SEGUNDO GRAU AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO

Carazinho

2019

Rafael Dhamer Rodrigues

UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE INÍCIO DE
CUMPRIMENTO DE PENA MEDIANTE CONDENAÇÃO EM
SEGUNDO GRAU AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas, sob a orientação da Professora M.^a Geni Fátima Pithan da Silveira.

Carazinho

2019

Agradeço aos meus pais pelo incentivo e por todo o auxílio que sempre me estenderam.

Agradeço a professora Fátima pelos conselhos e pelo tempo que me dedicou em suas orientações.

Agradeço, ainda, a todos que contribuíram para minha formação e para a elaboração desse trabalho.

“É preciso estudar muito para saber um pouco”.
- Montesquieu.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo promover uma análise acerca da possibilidade de, na esfera penal, início de cumprimento de pena mediante condenação em segundo grau, ainda que não transitada em julgado à decisão que determinou tal condenação. Referente tema possui grande relevância na realidade social, pois, engloba discussões das esferas do direito material, processual, constitucional e até mesmo criminológica e social. A possibilidade de início da execução antes do trânsito em julgado é permitida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, em sua maioria, entende ser essa a interpretação correta a ser estendida ao Princípio da Presunção de Inocência. Assim, tendo em vista não ser esse um tema pacífico entre os aplicadores da lei, nem unânime na própria Corte Suprema, interessante e pertinente à análise do mesmo, a fim de se dissecar as duas linhas de argumentação contrárias que advêm dessa matéria, bem como, tecer um enfrentamento em relação a todos os demais temas e consequências que se extraem de referida medida. Dessa forma, com base em um apanhado geral da teoria da pena, assim como, uma análise pormenorizada da Presunção de Inocência e demais princípios correlacionados, bem com, um estudo dos principais argumentos utilizados por aqueles que advogam contra e em favor de tal medida de execução penal, se buscou construir um conhecimento mais aprofundado em relação a essa matéria atual e relevante para toda a sociedade. Se, por um lado, referida medida é necessária como forma de adequar a lei à realidade social e buscar que produza seus efeitos em nível máximo, por outro, abre brecha para injustiças sociais, criminalização de indivíduos e danos irreparáveis para aqueles indevidamente submetidos a tal contexto. Matéria de ampla discussão, provavelmente ainda acarretará diversas contendas e debates, pois, sozinha, não é capaz de promover benefícios sociais efetivos, devendo ser cominada com mecanismos processuais e mudanças estruturais que, conjuntamente, combatam injustiças e possa produzir uma real alteração no quadro social atual, favorecendo o desenvolvimento da sociedade.

Palavras-chave: Execução penal; Pena; Princípio da Presunção de Inocência.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	6
2 NOÇÕES PRELIMINARES ESSENCIAIS	11
2.1 Panorama histórico da pena.....	11
2.2 O Princípio da Presunção de Inocência e a execução da pena.....	17
2.3 A interligação entre Direitos Fundamentais e Direito Penal	26
3 DA PROTEÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO E A CRIMINALIZAÇÃO DO INOCENTE: ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA MEDIANTE CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO	31
3.1 O Princípio da Presunção de Inocência como Cláusula Pétreia.....	32
3.2 Sistema penitenciário e a desconstrução do indivíduo.....	40
3.3 Provimento recursal e eventual cumprimento de pena arbitrário	48
4 DA BUSCA PELA EFETIVIDADE PENAL: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA MEDIANTE CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO	55
4.1 Adequação e reinterpretação do Princípio da Presunção de Inocência	55
4.2 Efetividade da prestação jurisdicional	62
4.3 O descrédito da sociedade em relação ao sistema criminal	69
5 CONCLUSÃO	78
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é pautada por uma série de regras, tanto de cunho moral quanto legal, que possuem como finalidade orientar e disciplinar o comportamento humano, visando à convivência harmônica entre os indivíduos, buscando garantir o desenvolvimento social. Presentes estão, nesse contexto, as normas e os princípios legais, os quais almejam, além de estabelecer um regramento para as condutas sociais humanas, proteger os indivíduos da atuação arbitrária do ente estatal, garantindo aos mesmos uma série de direitos entendidos como fundamentais, interligados diretamente a pessoa humana. Dessa forma, o ordenamento jurídico como um todo não apenas regula as relações sociais entre os sujeitos, mas, disciplina a relação dos mesmos com o Estado, visando protegê-los de abusos e arbitrariedades que possam vir a serem cometidas pelo ente estatal, tendo em vista a situação de superioridade em que se encontra o Poder Público.

Nesse contexto, matérias relacionadas à esfera penal, um dos grandes ramos em que se divide o ordenamento jurídico, possuem grande relevância, devido, em grande parte, ao fato de estarem relacionadas a aquele que talvez seja um dos assuntos mais discutidos na atualidade, bem como, uma das grandes preocupações de toda a sociedade e do próprio Estado: o crime. Objeto de diversos estudos, assim como, tema de grandes discussões e debates, tanto jurídicos como políticos, o elemento crime sempre está presente no imaginário dos indivíduos, sendo encarado como um dos maiores obstáculos a ser combatido pela Administração Pública, assim como, um dos fenômenos mais interessantes a ser estudado no âmbito acadêmico, devido ao seu grande impacto na sociedade.

O combate à criminalidade se mostra, portanto, uma constante preocupação de toda sociedade, na medida em que se buscam novas formas de enfrentar esse que é um elemento quase intrínseco a vida em comunidade, mas, que alcançou proporções maiores com o passar do tempo e as novas realidades sociais que advieram das mudanças sociais ocorridas no transcorrer desse período. Diante de todas as discussões que se extraem do elemento crime, questões relacionadas ao processo penal ganharam evidência, em grande parte, devido a maior cobertura midiática que se impôs sobre essas questões. Assim, diante das novas demandas sociais, bem como, da nova realidade posta, discussões acerca de novas

interpretações da lei penal, assim como, de novos mecanismos de enfrentamento ao crime, ganharam uma relevância maior no contexto atual.

Dentre essas discussões e mudanças de interpretação penal, houve uma mudança de entendimento, em especial, que acarretou discussões devido as grandes alterações ocasionadas, oriundas do novo entendimento sobre a aplicação da mesma, qual seja, a execução da decisão condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, antes do trânsito em julgado da mesma. Referida mudança de paradigma originou-se no Supremo Tribunal Federal, órgão responsável por ditar qual a interpretação correta da norma constitucional. Assim, o novo entendimento relativo à execução penal conferiu nova interpretação do direito constitucional e processual penal, visando atender as demandas sociais e dar mais um passo rumo a construção de um direito penal mais efetivo e preocupado em combater as questões relacionadas à criminalidade, conforme justificativa da maioria da Corte Suprema que alterou o entendimento.

Previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Princípio da Presunção de Inocência, ou, Princípio da não-culpabilidade, desdobra-se em garantia fundamental, sendo inerente a todos os indivíduos. Dessa forma, matéria constitucional imutável, constituindo-se em cláusula pétrea. Referido artigo vinha sendo interpretado como barreira que impedia o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão que condenou o réu. Esse era o entendimento da maioria do Supremo quanto ao tema, bem como, de grande maioria da doutrina penal. Entretanto, em decisão emblemática, a maioria da Corte Suprema decidiu por conferir nova interpretação ao dispositivo constitucional, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, decidindo pela possibilidade de execução da decisão condenatória de segunda instância, ainda que não transitada em julgado.

O presente tema desdobra-se, portanto, em matéria deveras complexa e relevante, tendo em vista que, abarca questões penais, processuais penais, constitucionais e sociais, as quais se interligam e completam quando analisado o assunto. Assim, na discussão acerca da execução da decisão condenatória proferida em segundo grau, antes do trânsito em julgado da mesma, estando pendente ainda recurso especial ou extraordinário, discutem-se, também, questões relacionadas ao direito constitucional, à interpretação de princípios e normas constitucionais, a interpretação da própria lei penal, assim como, questões relacionadas ao estudo do crime e do criminoso, subculturas criminais, além de

aspectos relacionados à pena, como a função regeneratória e preventiva da mesma, a reinserção do indivíduo no seio social, entre aspectos relacionados ao próprio sistema penitenciário.

A análise do assunto, portanto, versa sobre direito fundamental de todo ser humano, qual seja, o de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória, abarcando diversos contextos fundamentais e elementares para o desenvolvimento de um sistema penal efetivo e de acordo com a realidade social atual, o qual deve funcionar como pilar no desenvolvimento e aprimoramento da sociedade, sendo que, as implicações da interpretação do referido princípio constitucional atingirão todos os membros componentes dessa coletividade.

Diante disso, a forma de interpretação do Princípio da Presunção de Inocência se mostra assunto de extrema relevância para todos os sujeitos da sociedade, sendo que, o ordenamento jurídico prevê uma enorme gama de direitos e garantias para todos os indivíduos, os quais também deveram ser levados em conta na discussão da referida matéria, sendo, portanto, essencial à análise pormenorizada dos principais argumentos que se relacionam a discussão.

A análise do referido princípio constitucional desdobra-se em duas interpretações divergentes acerca do tema, quais sejam, aqueles que entendem pela impossibilidade do início da execução da pena imposta em condenação por órgão de segundo grau antes do trânsito em julgado da referida decisão, bem como, aqueles que entendem pela possibilidade de adoção da referida medida de execução penal. Diante disso, se analisarão os principais argumentos pertinentes a cada um dos referidos posicionamentos, sempre de forma a favorecer o diálogo entre os mesmos, visando alcançar a produção de um resultado proveitoso, e, propiciar a construção do conhecimento de forma interligada e transversal.

Assim, analisados serão, primeiramente, os pilares essenciais para a melhor compreensão do tema, os quais irão fundamentar e interligar-se com todos os argumentos que serão expostos quanto a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, assim como, aqueles relacionados à tese de possibilidade de adoção da execução provisória da pena. Assim, se analisará a teoria geral da pena, através de um apanhado histórico da mesma, buscando compreender seus objetivos e fundamentos; o Princípio da Presunção de Inocência, centro de toda a discussão e garantia fundamental que deve ser respeitada e

protegida pela Suprema Corte; e, todo o sistema de garantias e direitos fundamentais expressos da Constituição e nos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, os quais se interligam e devem ser analisados e ponderados quando se interpreta a garantia da não-culpabilidade, tendo em vista o sistema estruturar-se de forma interligada, buscando a construção de um escudo protetivo para todos os indivíduos.

Posteriormente, se partirá para a análise daqueles argumentos contrários ao início do cumprimento de pena mediante a condenação em segundo grau ainda não transitada em julgado, sendo a suposta violação ao Princípio da Presunção de Inocência, o qual, segundo defensores dessa linha, não permite a adoção de referida medida de execução penal; a criminalização do indivíduo decorrente do início antes do trânsito, tendo em vista as falhas do sistema penitenciário, o qual funciona como verdade fator criminógeno que destrói o sujeito inocentemente condenado nas instâncias ordinárias; e, a possibilidade de reforma da decisão, com absolvição ou diminuição de pena, nas Cortes Superiores, sendo que, o sujeito já estaria cumprindo pena, sendo submetido a toda mazela prisional, taxado pela sociedade, desconstruído como indivíduo, de forma arbitrária, pois, declarado posteriormente inocente, ou, cumprindo regime mais gravoso que aquele adiante fixado, sendo esses danos irreversíveis.

Por fim, analisados serão os argumentos pertinentes naquilo que se refere à possibilidade de adoção da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, sendo os mesmos aquele pertinente à violação do Princípio da não-culpabilidade, o qual, segundo defensores da presente tese, não é afrontado por tal medida, tendo em vista a margem de interpretação do artigo, o que não implica, portanto, em supressão de direito quando aplicada a execução sem o trânsito em julgado; a busca pela efetividade do ordenamento jurídico penal e a pacificação social, com o atendimento dos anseios sociais de forma efetiva, com um processo mais célere e que traga uma resposta mais rápida para a sociedade que tanto sofre e, por muitas vezes, se encontra refém da criminalidade; e, a corrida contra a prescrição, a qual ocorre no transcorrer do processo e, pela produção de seus efeitos, impede a execução da pena daquele indivíduo que fora condenado anteriormente, sendo que, sequer irá haver discussão de mérito nas Cortes Superiores, mas, apenas questões de direito serão apreciadas.

Assim, essa será a linha de pesquisa e os argumentos a serem apreciados, buscando se compreender todas as questões relacionadas à interpretação do Princípio da Presunção de Inocência e o momento de início da execução da pena, visando analisar os motivos que levaram a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, assim como, propiciar a construção de um apanhado sobre essa matéria tão relevante e interligada com diversos conceitos penais e sociais que apresentam-se como fundamentais para a compreensão da sociedade.

2 NOÇÕES PRELIMINARES ESSENCIAIS

Sendo um tema atual e de grande discussão na comunidade acadêmica, a possibilidade de início da execução de pena imposta em sentença criminal antes do trânsito em julgado é matéria extremamente relevante, tendo em vista abarcar garantias e direitos fundamentais inerentes a todos os indivíduos, além de trazer à tona assuntos como a própria execução da pena, com todas as suas falhas estruturais e paradigmas sociais que permeiam os mais diversos setores da sociedade, tanto do âmbito jurídico quanto de grupos sociais preocupados com a segurança e demais assuntos abarcados pela esfera penal.

Para que melhor possa se compreender a análise do tema, necessária a introdução de alguns conceitos fundamentais que irão embasar a futura dissertação, sendo elementos intimamente ligados com o início do cumprimento da pena nos aspectos que irão serem trabalhados.

2.1 Panorama histórico da pena

Em seu nascimento, a pena nada mais era do que vingança. Uma represália ao cometimento de ato entendido como ilícito para aquele povo. Estando dividida em várias fases ao longo do tempo, a vingança como pena se inicia entre os povos primitivos, sendo que, a mesma não guardava proporções entre delito cometido e sanção aplicada, consistindo apenas em exercício de força sobre aquele que lhe causasse algum mal.

Nas sociedades mais primitivas, a noção de punição do indivíduo infrator estava ligada a fenômenos naturais entendidos como maléficos, oriundos de alguma divindade que se desagradou com determinada conduta cometida e que, para que houvesse uma reparação do mal causado, necessária era a punição severa do infrator, consistindo, portanto, em um sistema quase que irracional de punição, desmesurado e arbitrário, calcado em concepções acerca de divindades e a sanção como forma de “diálogo” entre o humano e o divino, a fim de amenizar o mal causado por conduta que ofendeu a entidade. Nesse sentido são os ensinamentos, no tocante ao que se denominou de fase da vingança divina, de Cezar Roberto Bitencourt, em síntese da principal característica desse período primitivo de

aplicação da pena, qual seja, a busca pelo agrado da divindade, ao passo que afirma:

Esta fase, que se convencionou denominar *fase da vingança divina*, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido (BITENCOURT, 2014, p. 73).

Não existia, nesse momento, qualquer forma de proporcionalidade entre a pena aplicada e o delito cometido, pois, não se tratava de um mecanismo de controle social, ressocialização, nem nenhuma outra finalidade que a pena vem a adquirir com o passar dos anos, mas, sim, de castigo para satisfazer a divindade que estava insultada com a coletividade. Nessa linha aduz Bitencourt (2014, p. 72-73), quando afirma: “Na verdade, a pena em sua origem distante representa o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente *desproporcional*, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça”.

Posteriormente, evolui-se para a chamada fase da vingança privada, a qual gerou inúmeras batalhas entre grupos sociais diversos. Em sendo o ilícito cometido por um membro do grupo, o mesmo era punido com o banimento; em havendo violação causada por outro grupo, ambos iniciavam uma verdadeira guerra grupal, a qual acaba por dizimar, em alguns casos, grupos sociais inteiros (BITENCOURT, 2014, p. 73).

Essa forma persiste até o estabelecimento do Código de Hamurabi, por Talião, que vêm para estabelecer uma noção de proporcionalidade entre delito cometido e pena aplicável, que consistia ainda em mera vingança, porém, dessa vez, aplicada de forma proporcional, exemplificada pela máxima “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”. (FERNANDES et al, 2002, p. 650-651).

No tocando a lei de talião, lembra Bitencourt (2014, p. 73) que “esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal”. Surge, portanto, certa preocupação em regradar qual a pena a ser cominada para aquela infração cometida, de forma que a mesma se mostre proporcional ao dano causado na sociedade pela conduta violadora. Buscava-se uma proporcionalidade entre delito cometido e pena aplicada.

Com mudanças no contexto social, chega-se ao período denominado vingança pública, o qual mantivera identidade com o contexto religioso, porém, voltado agora para a proteção e segurança do monarca, o qual aplicava a sanção penal de forma severa e cruel, justificando-se o poder punitivo e as sanções impostas no aspecto divino. Dessa forma ensina Bitencourt, quando assevera que:

A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época. Mantinha-se ainda forte influência do aspecto religioso, com o qual o Estado justificava a proteção do soberano (BITENCOURT, 2014, p. 74).

Embora evoluísse em sua aplicação e motivações, a pena continuou por muito tempo, entretanto, possuindo a mesma finalidade: vingança contra aquele indivíduo considerado infrator, seja por violar as leis sociais da época, causando perturbação social, seja por afronta a alguma divindade, ou, seja para resguardar a segurança de algum monarca ou soberano. Nesses últimos casos, a pena sempre era aplicada de forma severa e cruel, tendo em vista a valoração que se dava para essas situações. (FERNANDES et al, 2002, p. 651).

Com o passar do tempo e a evolução social, surgem movimentos sociais e pensadores que advogam pelo fim das penas cruéis e desumanas, sendo que, essa preocupação social leva a alterações radicais em relação às espécies de penas e sua finalidade, surgindo novos modelos de aplicação para as mesmas, e novos sistemas penitenciários.

Nessa linha, em adequação aos novos sistemas penais existentes, surgem novas teorias justificadoras da pena, sendo elas: as teorias absolutas, as quais preveem “o mal justo como contraprestação do mal injusto” (FERNANDES et al, 2002, p. 656), as teorias relativas, as quais defendem que a pena possui dupla finalidade, sendo que, “além de visar àqueles que delinquiram, a pena igualmente serve como advertência para os infratores em potencial” (FERNANDES et al, 2002, p. 657), e as teorias mistas, fundadas no ideal de que a pena, segundo Fernandes (2002, p. 657) “tem caráter retributivo, mas também tem função utilitária na medida em que reeduca o delinquente e intimida os demais”.

Surge nesse momento, portanto, a ideia de ressocialização como uma das finalidades principiológicas e fundamentadoras da pena. Complementa Fernandes,

ao tecer análise sobre o propósito primordial da sanção na concepção da teoria mista, que:

Realmente a pena é expiação, é privação. Aquele que praticou o mal deve, também sofrer um mal embora não o da *lex talionis*, é evidente. Mas a sanção não pode ter apenas caráter retributivo (o mal da pena pelo mal do delito), devendo ter um fim utilitário: a reeducação e recuperação do apenado. (FERNANDES et al, 2002, p.657).

O desenvolvimento humano e social leva a novos ideais e concepções sobre a sociedade; novas maneiras de enxergar o contexto social e as relações entre os indivíduos, acarretando, portanto, a modificação da fundamentação da pena, que passa a buscar a recuperação do infrator, para que o mesmo possa se reintegrar à sociedade. O Estado passa a buscar a realização plena dos membros de sua comunidade, o que, em contraponto, leva a procura de mecanismos que diminuam fatores que gerem sofrimento aos membros dessa sua sociedade. (CARVALHO, 2013, p. 208).

Essa busca pelo fornecimento de condições que produzam na comunidade a realização plena contribuiu, portanto, para a incrementação da ressocialização como um dos objetivos da pena. Nesse sentido ensina Salo de Carvalho, quando dá análise sobre o contexto da época:

Neste quadro, a sanção estatal deve adquirir sentido positivo, promovendo não somente coação aos não desviantes (temor pela autoridade) mas fornecer meios para que o criminoso não incorra novamente no delito e seja integrado na e pela comunidade. O exercício do direito de punir passa a ser norteado pela ideia de prevenção especial positiva, consolidando as teorias da ressocialização, recuperação e regeneração do criminoso elaboradas pela criminologia positivista. (CARVALHO, 2013, p. 208).

Contemporaneamente, após inúmeras alterações em relação a sua aplicação, finalidade e modalidades, as penas impostas quando do cometimento de um ilícito serão, em regra, as privativas de liberdade, restritivas de direitos e as de cunho pecuniário. As penas privativas de liberdade são aquelas entendidas como mais complexas, pois, são as penalidades impostas por aqueles ilícitos em que a afronta ao bem jurídico é deveras grave. São as últimas sanções a serem impostas, tendo em vista que retiram a liberdade do indivíduo, fato esse que caracteriza o Direito Penal como a *ultima ratio* do direito (a última instância). No que concerne as

finalidades das penas privativas de liberdade no sistema atual, Fernandes brevemente sintetiza:

Atualmente, os sistemas jurídico-criminais recorrem profusamente à pena privativa de liberdade que agrupa as seguintes finalidades: punição retributiva do mal provocado pelo criminoso; prevenção, para inibir novos delitos, por intermédio do aprisionamento do infrator e da intimidação de delinquentes em potencial; regeneração do preso, com sua reeducação e ressocialização. (FERNANDES et al, 2002, p. 657).

Atualmente, portanto, as teorias mistas, que estabelecem a função regenerativa do apenado como elemento da pena, juntamente com o caráter retributivo, através do castigo, e intimidatório, buscando a prevenção, parece serem as fundamentadoras da maioria dos sistemas penais contemporâneos. A pena busca, portanto, não apenas punir, mas buscar “combater as causas individuais da criminalidade, de molde que o autor do crime torne a ser um membro útil da comunidade” (Fernandes et al, 2002, p. 659).

O paradigma ressocializador da pena, se torna, portanto, um dos pilares que fundamentam a aplicação da pena no sistema atual. Ressocialização seria, conforme ensinamentos de Antonio García-Pablos de Molina (2000, p. 381), uma intervenção estatal que facilitasse, após o cumprimento da pena, o reingresso do cidadão na esfera social. Nas palavras do autor:

O modelo ressocializador, em virtude da sua orientação humanística, altera o centro de gravidade do debate sobre as funções do sistema: do efeito preventivo-dissuasório passa-se para seu impacto positivo e ressocializador na pessoa do condenado. O homem, pois, e não o sistema, passa a ocupar o centro da reflexão científica: o decisivo, acredita-se, não é castigar implacavelmente o culpado (castigar por castigar é, em última instância, um dogmatismo ou uma crueldade), senão orientar o cumprimento e a execução do castigo de maneira tal que possa conferir-lhe alguma utilidade. (MOLINA, 2000, p. 381).

A pena, portanto, deve ser funcionar, não apenas através do aspecto intimidatório, buscando a prevenção de novos ilícitos, mas, também, se mostrando útil para o próprio infrator. A sanção estatal, por si só, é destrutora, taxativa, provocando, na maioridade das vezes, danos irreparáveis ao apenado, tanto em relação a sua imagem, quanto sua psique, não podendo, portanto, ser apenas mero exercício de poder. Deve possuir efetividade e praticidade no combate a criminalidade e na busca pela diminuição da violência, quando encarada como uma

entre diversas formas que integram um sistema penal que busca, entre demais finalidade, quando analisado dentro do sistema jurídico como um todo, o apaziguamento social e a efetivação de princípios fundamentais inerentes a todos os seres humanos (MOLINA, 2000, p. 382).

O modelo ressocializador, entretanto, sempre foi alvo de inúmeras críticas, sendo a noção de ressocializar um indivíduo que se encontra em um sistema prisional algo quase utópico para a maioria de seus críticos. Molina, através de breves apontamentos, busca explicar o motivo de tamanhas divergências:

O conceito de ressocialização, com efeito, é ambíguo e impreciso. Aglutina, ademais, concepções muito heterogêneas do homem e do castigo, que só coincidem em sua hostilidade ao retribucionismo. Porém, precisamente por isso, pela calculada equivocidade dos lemas e das bandeiras, pode converter-se em uma caixa de surpresas. Parar a clarificação deste vocábulo importado, não contribuiu muito sua vertiginosa e acrílica recepção pelo mundo do Direito, que o liberou paradoxalmente de todo tipo de controle sobre o seu conteúdo real. (MOLINA, 2000, p. 382).

A noção de ressocialização como fim da pena é tema de divergência por parte da doutrina, criticada por Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 73-74), ao afirmarem ser impossível propiciar tal tratamento aos milhares de indivíduos encarcerados, sendo que, as próprias condições em que se encarceram os condenados atuam de forma a marginalizá-los e excluí-los do contexto social. Conforme assevera Barbagalo (2015, p. 28):

Por seu turno, a chamada teoria agnóstica ou negativa, elaborada por Zaffaroni, simplesmente ignora qualquer função da pena, discordando de todas as teorias que pretendem, juridicamente, justificar ou legitimar pena. Preocupa-se com as consequências diretas e indiretas que estão além da pena e com ela se relacionam como consequência do poder punitivo (BARBAGALO, 2015, p. 28).

Para Molina (2000, p. 385), o “pensamento ressocializador carece de fundamento filosófico e ideológico unitário”. Entre diversas análises sobre problemas que permeiam o ideal da ressocialização, o autor elenca um item, em especial, que merece análise mais aprofundada. O assunto em questão trata da discussão sobre, nas palavras do autor, a “natureza do processo de adaptação do condenado às pautas e modelos sociais” (MOLINA, 2000, p. 387), ou, ainda, “qual seria o grau de aproximação ou identificação com os valores sociais que exigiria do culpado o ideal ressocializador” (MOLINA, 2000, p. 389).

De suma importância este apanhado histórico da pena, demonstrando a alteração em sua finalidade e métodos, para que se possa basilar a presente dissertação, fornecendo os elementos necessários para se dissecar a possibilidade de início de cumprimento da pena mediante condenação em segundo grau ainda sem trânsito em julgado. Somente aprendendo a jornada histórica da pena é possível compreender qual foi sua finalidade ao longo dos anos e qual seu objetivo atual, bem como, se é necessário, plausível e legal submeter o indivíduo ainda sem condenação final transitada em julgado, ao contexto prisional, para que inicie o cumprimento dessa penalidade a ele imposta.

Superada essa fase relacionada com o desenvolvimento histórico e conceituação geral sobre a pena, cabe partir-se para a análise de um segundo elemento fundamental relativo ao início do cumprimento da pena, qual seja, o Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicação no Sistema Jurídico Brasileiro.

2.2 O Princípio da Presunção de Inocência e a execução da pena

Princípio basilar do Ordenamento Jurídico brasileiro, a Presunção de Inocência encontra-se prescrita na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 (BRASIL, 1988), artigo 5º, inciso LVII, o qual apregoa que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal princípio veda, em tese, o início da execução da pena enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença penal que condene o réu pela prática do ilícito e o submeta à privação de sua liberdade, devendo referido princípio incidir em todos os processos penais que venham a serem processados no Poder Judiciário. Conforme ensina Alexandre de Moraes (2011, p. 311), o Princípio da Presunção de Inocência possui “presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa”. A observância do presente princípio, portanto, é essencial para que se possa aplicar de forma efetiva o processo penal aos casos concretos e se inicie, de forma justa e concreta, a execução da pena.

A consagração desse princípio extremamente importante para o processo penal remonta à análise histórica da pena já trabalhada, tendo em vista a íntima

ligação existente entre norma (regra e princípio) e a realidade social, sendo a norma editada sempre em conformidade com o pensamento da época em que foi formulada, pois, ao final, a mesma vem para atender aos anseios sociais e políticos da sociedade, bem como, para regular a atividade estatal. Tendo surgido no século XVIII, expresso na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, o Princípio da Presunção de Inocência é fruto dos diversos movimentos sociais da época.

Marcado por inúmeras manifestações coletivas, entre elas, a Revolução Francesa, o século XVIII foi um período de grandes mudanças, em especial nas legislações penais. Os diplomas legais da época eram tão brutais, apresentando sanções de extrema violência e crueldade, que diversos pensadores, agrupados em torno de ideias fundadas no aspecto humano e racional, promoveram uma verdadeira reforma de todo o sistema penal, o qual funcionava como um instrumento de punição totalmente arbitrário, fundado no castigo físico e na pena capital (BITENCOURT, 2014, p. 81).

As correntes da época, conhecidas como iluministas ou humanitárias, foram as responsáveis por tecerem críticas ao sistema posto e a proporem mudanças no contexto da aplicação da lei penal, não podendo a pena mais ser encarada como um mecanismo que visa atormentar o ser humano, mas sim, propondo a implementação de sanções proporcionais ao ilícito praticado, devendo sempre ser analisado o contexto em que o crime foi cometido e as circunstâncias do agente, de forma que a pena produza seu efeito sem brutalizar o infrator (BITENCOURT, 2014, p. 82).

O livro *Dos Delitos e Das Penas (Dei delitti e delle pene)*, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, foi um marco fundamental da reforma penal da época, pois, em sua obra, o autor questiona e critica todo o sistema punitivo estatal, o qual trata o acusado como culpado, devendo o mesmo provar sua inocência (o inverso do sistema penal atual), bem como, tecendo severas críticas a tortura e a prisão provisória existente na época, mecanismos que evidenciam o tratamento do acusado como se já condenado fosse (SILVA, 2001, p. 25).

Asseverava Beccaria (2012, p. 35) que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida”. Presente estava, na ideia do autor, o fundamento que

constitui o Princípio da Presunção de Inocência, através do qual o indivíduo só deve ser considerado culpado após sua condenação pela prática do ato.

O pensamento humanista de Beccaria repercutiu entre a comunidade, em especial no filósofo iluminista Voltaire, o qual enxergava, assim como Beccaria, o tratamento do acusado como se já condenado fosse antes mesmo de seu julgamento, sendo o mesmo submetido a torturas e procedimentos criminais que o tratavam desde logo como condenado. Desta banda, com base nas expansões das ideias iluministas e humanistas, o regramento processual penal da época precisou ser alterado e adequado aos novos anseios sociais (SILVA, 2001, p.26).

A Presunção de Inocência acaba nascendo e sendo positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, buscando preservar a integridade e os direitos do acusado dentro do processo penal. Dispõe o artigo 9º da referida Declaração, conforme traduz Barbagalo (2015, p. 38), que “Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei”. Sobre o assunto, ensina Marco Antônio Marques da Silva:

Todo esse movimento culmina com um processo reformador que teve como ponto central a própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, onde três artigos reconhecem os princípios fundamentais em matéria criminal. O artigo IX se refere expressamente a presunção de inocência do imputado. Este preceito funcionou como uma resposta às críticas feitas pelos pensadores ilustrados acerca do duro tratamento dado aos imputados nos processos de natureza inquisitiva (SILVA, 2001, p. 26).

Atualmente, a Presunção de Inocência encontra-se cristalizada em diversos diplomas legais, além de textos internacionais, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ESTADOS UNIDOS, 1966), em seu artigo 14.2¹, bem como, na Declaração Universal de Direitos do Homem (FRANÇA, 1948), em seu artigo 11.1², ambos ratificados pela República Federativa do Brasil, estando o mesmo, portanto, obrigado a observar a aplicação do referido princípio, até pelo fato do mesmo estar presente na Constituição Federal de 1988.

¹ Art. 14.2 Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

² Art. 11.1 Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A garantia fundada no Princípio da Presunção de Inocência está prevista, portanto, tanto em nível nacional, quanto, a nível internacional, estando presente nas constituições de diversos países do mundo, e, mesmo quando não previsto expressamente, sua aplicação sempre é reconhecida, seja pela aplicação de outro princípio vigente, seja pela previsão do mesmo em diplomas internacionais ratificados por esses países, sendo exemplo às constituições da Europa e da América do Norte, percebendo-se, portanto, que a presunção de inocência assumiu um patamar universal (BARBAGALO, 2015, p. 41-46). No que tange a sua interpretação, Alexandre de Moraes ensina que:

O princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (due process of law), em que o acusado pode utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (MORAES, 2011, p. 311-312).

Em análise mais abrangente, Marco Antônio Marques da Silva (2001, p. 30-31) estabelece três diferentes significados para o princípio, tendo por base diplomas internacionais e interpretações de legislações sobre o tema. Apregoa o autor que:

O primeiro deles poderia referir-se à presunção de inocência como o conceito fundamental ao redor do qual se constrói um modelo liberal de processo penal, no qual a finalidade é estabelecer garantias para o imputado diante do poder do Estado de punir. Este é o significado que tem a presunção de inocência no centro da discussão travada pelas diferentes escolas doutrinárias italianas (SILVA, 2001, p. 31).

Em uma primeira análise, portanto, o princípio se constitui como garantia do acusado diante do poder punitivo estatal, tendo em vista que, em relação ao ente estatal, sempre estará o indivíduo em situação de vulnerabilidade, devendo existirem mecanismos que o protejam e orientem a função jurisdicional do Estado, não podendo agir o mesmo de forma arbitrária e violando tal princípio.

Devido a sua complexidade, o Princípio da Presunção de Inocência constitui-se em postulado garantidor de direitos em mais de uma seara, possuindo mais do que apenas uma finalidade. Quando analisado sob outro aspecto, o referido princípio constitucional pode ser interpretado como uma garantia do imputado de obtenção de

um tratamento justo no andamento do processo, conforme ensinamentos de Marques da Silva, o qual discorre:

A presunção de inocência pode, ainda, ser um postulado dirigido diretamente ao tratamento do imputado no decorrer do processo penal, ou seja, que se deve partir da ideia de que ele é inocente e, como via de consequência, reduzir ao mínimo possível as camadas medidas restritivas de direitos a ele aplicadas, durante o processo (SILVA, 2001, p. 31).

Referido princípio também está diretamente ligado, portanto, ao tratamento do acusado durante o processo penal, devendo a materialidade, o nexos e a culpabilidade do mesmo ser provada durante o mesmo, se presumindo até então sua inocência. Tal interpretação possui grande relevância no contexto do início da execução da pena mediante sentença condenatória em segundo grau ainda não transitada em julgado. Nesse sentido caminha Aury Lopes Junior, ao afirmar que:

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente) (LOPES JR., 2014, p.143).

Por fim, um terceiro significado ainda pode ser extraído quando da análise da presunção de inocência, ensinando Marques da Silva da seguinte forma:

Um terceiro significado, a presunção de inocência pode ser uma regra referida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, em virtude do qual a prova completa da culpabilidade do imputado pesa totalmente sobre a acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não fica suficientemente demonstrada. Este é o significado da presunção de inocência nos documentos internacionais como a Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (SILVA, 2001, p. 31).

Nesse mesmo sentido caminha Moraes (2011, p. 311), ao asseverar que: “dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas”.

Embora possuam origens diferentes, tendo em vista os distintos contextos históricos em que foram desenvolvidos, os três significados caminham no mesmo sentido, visando protegerem o inocente de sofrer uma sanção punitiva estatal,

estando relacionados ao processo penal e buscando um ideal de justiça para os casos concretos (SILVA, 2001, p.31).

Diante disso, tal princípio mostra-se basilar do processo penal, devendo sua aplicabilidade ser maximizada em todos os aspectos que o rodeiam. Referido princípio devera ser observado e produzir seus efeitos, especialmente, em relação ao tratamento do imputado, como forme de limitar a atuação dos órgãos jurisdicionais e prevenir eventuais abusos em relação ao indivíduo, acertando notadamente Lopes Jr. ao estabelecer que:

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do in dubio pro reo); a limitação à publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares (LOPES JR., 2014, p. 145).

A existência e observância do Princípio da Presunção de Inocência, de forma transversalizada e interligada com demais princípios penais e constitucionais, como o devido processo penal e a ampla defesa, é fundamental, portanto, para que se alcance um processo penal justo e eficaz, bem como, é elemento fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, sendo princípio constitucional de extrema relevância e observância obrigatória (MORAES, 2011, p. 312).

No que concerne à obrigatoriedade de sua observância e aplicação no processo penal, segue no mesmo sentido Marques da Silva, quando afirma que:

Uma vez que se trata de norma constitucional, este princípio vincula a todos os poderes públicos. Desta forma, o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente, não podendo considerar ninguém culpado até que a sentença condenatória tenha transitado em julgado (SILVA, 2001, p. 31).

De fato a Presunção de Inocência pressupõe um verdadeiro dever de tratamento, ao passo que estabelece que o réu deve ser tratado como inocente, incidindo o princípio, segundo Lopes Jr. (2014, p. 145) em duas dimensões distintas: a dimensão interna ao processo, se caracterizando como um dever imposto ao juiz, determinando como o mesmo deve tratar o réu, bem como, determinando que as provas sejam produzidas pela acusação, tendo em vistas ser o réu inocente, em tese, além de que, em havendo dúvida, o caminho a ser seguido deverá ser o da absolvição, bem como, devendo serem restritas às prisões cautelares; e a dimensão

externa ao processo, na qual o princípio exige uma proteção do réu da publicidade abusiva e da rotulação, ao menos precoce, tendo em vista a possível inevitabilidade do mesmo, conforme irá ser abordado, do réu.

No tocando à dimensão externa ao processo, a qual caracteriza-se como um dos contextos mais complexos de serem trabalhados e analisados, em virtude da própria essência humana, a qual envolve a preservação da imagem e da dignidade do indivíduo acusado, salienta Aury que:

Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR., 2014, p. 145).

Sobre a exploração midiática tratada por Aury, a qual acaba por violar o Princípio da Presunção de Inocência e taxar, desde logo, o acusado como se condenado já tivesse sido, causando sérios problemas sociais para o indivíduo, tendo em vista que, as informações repassadas pelos jornais televisivos e demais meios de comunicação acabam por alcançar toda a coletividade, a qual já encara o acusado como culpado, Ana Lúcia Menezes Vieira (apud BARBAGALO, 2015, p. 86), ressalta:

O princípio da presunção de inocência, como norma basilar do processo penal, não exclui a liberdade de informar dos meios de comunicação, mas exige destes cautela e reserva na divulgação dos atos judiciais. As notícias de um crime atribuído a uma pessoa devem ser verdadeiras e possuir um conteúdo e uma forma de advertir o público de que a pessoa acusada ainda não foi considerada culpada (VIEIRA apud BARBAGALO, 2015, p. 86).

Prudente destacar, portanto, que a vinculação de notícias e informações acerca de fatos, bem como dos indivíduos investigados ou respondendo processo criminal, sempre devem ser realizadas de forma mensurada, sem julgamentos de valores ou sobre a culpabilidade daquele agente, bem como, livres de dramatizações, que apenas possuem o intuito de guiar e induzir o público em uma linha de raciocínio que, muitas vezes, não representa fielmente a verdade dos fatos, provocando verdadeiros juízos condenatórios antecipados (BARBAGALO, 2015, p. 86-87).

A Presunção da Inocência está especialmente dirigida, portanto, àqueles órgãos do Poder Público responsáveis pela apuração de ilícitos e imposição de sanções pela prática dos mesmos, em especial os órgãos jurisdicionais penais, os quais possuem como função principiológica a repressão, através de apuração e penalização, de atos tipificados como ilícitos no ordenamento jurídico. O princípio vincula, portanto, todo o processo penal, bem como, todos os juízos e órgãos públicos envolvidos no mesmo, desde a apuração dos fatos e julgamento, até a execução da pena (SILVA, 2001, p. 31-32).

Quanto à vinculação dos juízos penais ao referido princípio, assegura Marques da Silva:

A vinculação dos juízos penais ao direito constitucional de presunção de inocência importa na observação dos seguintes fundamentos: os juízos devem ter como inocente os imputados até que sua culpabilidade fique demonstrada conforme os preceitos legais. Desse modo, o imputado não pode ser considerado culpado antes que haja uma sentença condenatória transitada em julgado (SILVA, 2001, p.32).

Consiste o Princípio da Presunção de Inocência, entre os demais sentidos, em verdadeiro dever de tratamento do juiz para com o acusado, sendo que, em tese, o mesmo é inocente, devendo ser encarado e tratado pelo Estado como tal, não podendo serem adotadas contra si medidas de cunho vexatório, ou, que violem o seu direito constitucional de presunção de inocência, até que sua culpa seja provada pela acusação no andar do processo penal, obedecendo sempre a máxima de que, em havendo dúvida, irá se decidir a favor do réu, tendo em vista que o mesmo é presumido inocente, não precisando provar sua inocência, mas, sim, a acusação provar a sua culpa (BARBAGALO, 2015, p. 88).

Não apenas os órgãos jurisdicionais penais ficam adstritos ao cumprimento do Princípio da Presunção de Inocência, como o próprio legislador, que, através de sua atuação, deve buscar efetivar tal garantia, sendo que, embora permitida a adoção de medidas de caráter cautelar, desde que de forma ponderada, asseveram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 749-750) que “toda providência ou restrição que importe em antecipação da condenação ou de sua execução parece vedada ao legislador”.

Importantíssimo, portanto, a observância do Princípio da Presunção de Inocência pelos órgãos jurisdicionais penais estatais, tendo em vista que o mesmo é

garantia constitucional, constituindo-se em princípio fundamental do processo penal, orientando a atividade jurisdicional e limitando o poder estatal. Além disso, tal princípio deve ser aplicado a todos os indivíduos que venham a serem processados, sem discriminações, tendo em vista o caráter genérico da redação prevista na Constituição Federal sobre o mesmo. Assim ensina Barbagalo, quando afirma:

A Constituição brasileira utilizou a expressão universal em sentido negativo “ninguém”, autorizando interpretação de que, independentemente da qualificação que se adote (indiciado, réu, acusado, imputado), o manto da presunção da inocência protegerá a pessoa processada de qualquer tratamento abusivo. Assim, mesmo em processos relacionados a menores de idade e pessoas comprovadamente inimputáveis, a presunção de inocência incidiria em toda sua extensão (BARBAGALO, 2015, p. 73).

Com base na imposição necessária do referido princípio, sendo o mesmo princípio fundamental e possuindo eficácia constitucional, cabe a análise da constitucionalidade, necessidade e possibilidade do início do cumprimento de pena, advindo de sentença penal condenatória, já em segundo grau, antes mesmo do trânsito em julgado.

Por se tratar de princípio constitucional, a Presunção de Inocência deve ser analisada sempre em conjunto com todo o sistema jurídico principiológico existente, sendo que, sua efetivação está ligada aos demais princípios constitucionais e, até mesmo, previstos em tratados internacionais, como o devido processo legal, dignidade humana, proporcionalidade e razoabilidade, humanidade e a noção em sentido amplo dos direitos humanos, os quais são inerentes aos seres humanos, e devem ser observados para que possa se alcançar ideais como justiça e pacificação social, criando um processo penal mais eficaz e certo.

Dessa forma, feita a análise sobre o Princípio da Presunção de Inocência, o qual é reitor do processo penal e garantia de extrema relevância de todo ser humano, se parte para uma breve análise de todo o sistema principiológico, constituindo-se em garantias fundamentais dos indivíduos, que sustentam e se interligam com o princípio ora estudo, a fim de que se possa criar uma ampla teia de saberes que irão fundamentar e embasar a futura análise acerca de possibilidade de início do cumprimento da pena mediante a sentença condenatória de segundo grau, sem que a mesma tenha ainda transitado em julgado.

2.3 A interligação entre Direitos Fundamentais e Direito Penal

O Direito Penal deve sempre ser interpretado de uma maneira lógico-sistemática, em conformidade com os demais diplomas legais vigentes, em especial, com a Constituição Federal de 1988, instrumento normativo máximo existente no Estado, o qual orienta toda a atividade jurisdicional e legislativa, sendo a Carta Magna a responsável pela previsão de diversos direitos, garantias e princípios fundamentais inerentes a todos os indivíduos. Tais previsões constitucionais irão nortear e limitar a atividade estatal, equilibrando a disparidade existente entre Estado e indivíduo, servindo como um escudo de proteção contra abusos e arbitrariedades que possam a vir serem praticadas pelo ente estatal.

Tendo como base, portanto, o sistema instaurado pela Constituição Federal de 1988, o Direito Penal brasileiro deve ser encarado e construído com base em concepções democráticas de um Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias expressos neste diploma constitucional (BITENCOURT, 2014, p. 42).

Os princípios constitucionais, portanto, proporcionam as regras a serem seguidas pelo processo penal, através das quais o fato deve ser construído e considerado válido, havendo uma integração entre o sistema legal penal e os princípios fundamentais de forma que os mesmos norteiam toda a existência do processo penal, estabelecendo os limites do poder de punir e da intervenção do Estado (SILVA, 2001, p. 15-16).

Assim sendo, o exercício do *ius puniendi* estatal está submetido às regras do consenso democrático, estando a lei penal a serviço da sociedade, buscando proteger aqueles bem jurídicos entendidos como fundamentais e alcançar o ideal de justiça social, de acordo com os interesses da sociedade (BITENCOURT, 2014, p.42). O exercício do poder-dever de punir do Estado, portanto, não é absoluto, estando o mesmo adstrito ao previsto na CRFB e seus princípios basilares. Sobre o assunto, afirma Marques da Silva:

O punir punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e aplicar o direito penal, sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo, quanto sua aplicação é do poder judiciário. Entretanto, este conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no art. 1º da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2001, p. 06).

Dessa forma, imprescindível para a aplicação do Direito Penal a análise e observância dos princípios constitucionais, entre eles, o Princípio da Presunção de Inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, sendo uma garantia fundamental de todo indivíduo e limitador da atuação estatal, conforme já explanado. Referido princípio, entretanto, não deve ser analisado de forma individual, mas, sim, dentro de um complexo sistema de garantias e direitos previstos na Magna Carta, os quais estão interligados e devem sempre ser observados frente ao caso concreto, em especial, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio do Devido Processo Legal.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 prevê, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Tal princípio deve ser interpretado sobre dois aspectos, sendo, em primeiro momento, um direito voltado a proteger o indivíduo do Estado e dos demais indivíduos, e, em um segundo momento, um dever fundamental de tratar de forma igualitária os próprios semelhantes (MORAES, 2011, p. 48).

Por sua vez, o Princípio do Devido Processo Legal encontra-se prescrito no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna de 1988³. Tal garantia abrange diversas outras, atuando sempre no sentido de proteger o indivíduo da atuação arbitrária do Estado (SILVA, 2001, p. 17).

O Princípio do Devido Processo Legal encontra-se previsto, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, extraído-se a existência do mesmo do mesmo artigo que prevê o Princípio da Presunção de Inocência, tamanha sua interligação, tendo em vista que o Devido Processo Legal é princípio abrangente, que engloba e garante a aplicação dos demais. Ambos os princípios encontram-se no artigo 11.1, da referida Declaração.

Estando positivado na Constituição Federal, o referido princípio, pela redação da Carta Magna, configura uma proteção dupla ao cidadão, pois, atua tanto no âmbito material, protegendo o direito de liberdade e propriedade, quanto no âmbito formal, assegurando a todo indivíduo paridade total de condições com o Estado no exercício de sua defesa (MORAES, 2011, p.297).

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O Princípio do *Due Process of Law*, ou, do Devido Processo Legal, vincula, portanto, o intérprete da lei, o qual estará submetido ao mesmo, devendo estender às partes todas as suas garantias constitucionais, bem como, assegura a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do poder jurisdicional, buscando-se construir uma correta atuação do Estado e garantindo a eficiência do processo (SILVA, 2001, p. 17).

A Presunção de Inocência, portanto, além de constituir um direito fundamental a ser observado em todo caso concreto por si só, devido a sua previsão constitucional e em diplomas internacionais, constituindo-se em importantíssima garantia e conquista humana, a qual atinge a todos os seres humanos pelo simples fato de serem humanos, ganhando contornos ainda mais amplos e complexos quando analisada conjuntamente com os princípios supracitados, todos elencados como direitos fundamentais e previstos no diploma legislativo maior de um Estado, a Constituição Federal de 1988. Conforme lembra Moraes:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia (MORAES, 2011, p. 03).

O respeito aos direitos fundamentais, os quais abarcam o Princípio da Presunção de Inocência e o Devido Processo Legal, portanto, é pilastra central e mestra, que sustenta todo o Estado Democrático de Direito, direcionando a atuação estatal no sentido de proteger e garantir a dignidade humana de todo cidadão em seu sentido amplo, sendo a mesma, além de princípio, fundamento de toda a República Federativa do Brasil (MORAES, 2011, p. 03).

Naquilo que concerne a sua eficácia e aplicabilidade, dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Logo, em tese, todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Carta Magna, estando entre eles à presunção de inocência, deverá possuir aplicabilidade imediata aos casos concretos.

Todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, sendo que, em relação aos direitos fundamentais, é dever do ente público extrair a maior eficácia possível dos mesmos, tendo em vista o disposto no parágrafo 1º do

artigo 5º, possuindo, assim, presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia (SARLET, 2012, p. 271-272).

Sobre o assunto, lembra Moraes (2011, p. 22) que: “em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediatas”. Saliencia o autor, entretanto, que as referidas normas fundamentais não podem ser utilizadas com finalidades ilícitas, ou seja, como barreiras protetivas nas quais se escondem infratores sob o suposto manto da legalidade, não podendo, também, serem utilizadas como forma de afastar a responsabilidade penal de criminosos, sendo que, utilizá-las dessa forma implicaria em verdadeira violação do Estado de Direito e de todo o ordenamento jurídico (MORAES, 2011, p. 27).

Se amoldando nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 381) sustenta que, existe uma corrente de pensadores atuais tendentes a entenderem que são os próprios tribunais, em especial a Jurisdição Constitucional, através de seu órgão máximo, que define para todo o sistema jurídico qual a interpretação correta a ser alcançada aos direitos fundamentais, no sentido de alcançar a essas normas a maior eficácia possível.

Os pontos levantados pelos autores citados são relevantes para o presente estudo, tendo em vista que o Princípio da Presunção de Inocência, o qual proíbe, em um primeiro momento, o início de cumprimento da pena sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é norma fundamental e aplicável de forma mais abrangente na esfera penal, não podendo ser utilizado como forma de burlar o sistema, estando sua aplicação condicionada ao entendimento do órgão ministerial superior, o qual define qual o sentido correto de tal garantia.

No que concerne à vinculação do poder judiciário aos princípios e normas fundamentais, importante destacar que o mesmo possui a função de controle de constitucionalidade, configurando-se como garantia de aplicação dos direitos fundamentais. Nas palavras de Moraes:

Dessa forma, o controle de constitucionalidade configura-se como verdadeira e primordial garantia de supremacia dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal, que, além de configurarem, conforme já analisado, limites ao poder do Estado, são também parcela da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito (MORAES, 2011, p. 38).

Constata-se, portanto, que os direitos fundamentais consistem em verdadeiros limites e parâmetros para a atuação judicial e desenvolvimento do Direito (SARLET, 2012, p. 381).

Portanto, independente do sentido e aplicabilidade correta da norma ser definida pelo órgão ministerial superior ou não, argumentos que serão analisados no decorrer do estudo, é predominante a necessidade de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, em especial os princípios constitucionais fundamentais, aos casos concretos. Embora o Supremo Tribunal Federal imponha certa contenção à aplicabilidade imediata de alguns direitos fundamentais, conforme será exposto e estudado de forma mais aprofundada, os direitos fundamentais possuem presunção de aplicabilidade imediata, devendo prevalecer à máxima de maior eficácia possível, impondo aos juízes e tribunais que, diante do caso concreto, apliquem os respectivos princípios, propiciando o pleno exercício dos mesmos e lhes outorgando a sua efetividade e eficácia imediata (SARLET, 2012, p.280).

Assim sendo, a possibilidade de início da execução de pena imposta por sentença condenatória em segundo grau, ainda sem o trânsito em julgado, será analisada com fundamento em todos esses conceitos básicos para o pleno entendimento do tema exposto, tendo em vista que toda interpretação deve ser feita de forma ampla, abarcando as diversas nuances que permeiam o assunto.

Dessa forma, dissertado sobre o panorama geral da pena, o Princípio da Presunção de Inocência e a teia de direitos fundamentais que rodeiam o assunto, bem como, sua eficácia aos casos concretos, sendo os mesmos pilares do assunto alvo do estudo, se parte para uma análise aprofundada do tema fundamental objeto do presente trabalho, estabelecendo conexões com os assuntos chave já trabalhados, os quais irão permitir uma análise mais ampla e completa desse assunto tão atual e pertinente, sendo que, os seus desdobramentos atingirão todos os indivíduos detentores de tais garantias.

3 DA PROTEÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO E A CRIMINALIZAÇÃO DO INOCENTE: ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA MEDIANTE CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

A possibilidade de início do cumprimento de pena mediante condenação em segundo grau, ainda que pendente recurso para instância superior, mostra-se tema controvertido e alvo de discussões das mais variadas, desde em debates acadêmicos, até em julgamentos na Suprema Corte Brasileira. Por tratar-se de assunto referente a direito fundamental, inerente a todos os indivíduos, a análise dos principais argumentos aludidos em tais diálogos se faz necessária para a construção do conhecimento acerca do tema em apreciação, bem como, devido à relevância do mesmo, por tratar-se de matéria ainda não pacificada, tendo sido alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal por diversas vezes, sendo que, embora com posicionamento no sentido de permitir o início do cumprimento, o mesmo não é unânime.

Dessa forma, o presente capítulo irá buscar expor e detalhar aqueles que são os principais fundamentos daqueles que advogam contra tal medida de execução penal, argumentando quanto à positivação do Princípio da Presunção de Inocência no artigo 5º da Constituição Federal, direito fundamental de aplicabilidade imediata e irresistível, encarado como cláusula pétrea e, portanto, imutável, bem como, a superlotação penitenciária, bem como, seu estado precário e deplorável, a qual contribui, como fator criminógeno, apenas para a desconstrução do indivíduo, não cumprindo com sua finalidade de ressocializar o mesmo e o reintegrar na sociedade, mas, na verdade, segregando e criminalizando aquele submetido a tal medida.

Discute-se, ainda, a possibilidade de provimento do recurso interposto no Tribunal Superior, com a posterior alteração da condenação, naquilo que concerne, tanto ao regime de cumprimento, quanto ao juízo de culpabilidade em si, sendo que, o encarceramento do indivíduo inocente ou em regime mais severo do que aquele definido, posteriormente, com a apreciação do recurso, como definitivo e mais brando, acarretaria, devido à grave situação prisional, consequências irreversíveis para o mesmo.

Portanto, devido à complexidade dos argumentos, se optará por, nesse capítulo, exclusivamente, se desmembrar todas as principais linhas de argumentação citadas, reservando-se o próximo capítulo para a análise do

entendimento atual do Supremo Tribunal Federal e os fundamentos para o início do cumprimento da pena já em segundo grau. Buscar-se-á nesse capítulo, portanto, uma análise minuciosa e transversalizada com os conceitos já anteriormente estabelecidos, a fim de que se possa compreender tal linha de raciocínio, bem como, construir uma interpretação lógica e racional da matéria em estudo, a qual tem sua importância justificada no fato de estar relacionada à possibilidade de supressão daquele que é um direito fundamental, inerente a todos os cidadãos.

3.1 O Princípio da Presunção de Inocência como Cláusula Pétreia

Esculpido no Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Princípio da Presunção de Inocência, o qual se extrai de referido texto legal, é considerado, conforme já trabalhado, Direito Fundamental de aplicabilidade obrigatória em todos os casos concretos, inerente a todos os indivíduos e interpretado em favor dos mesmos, como forma de garantia legal e constitucional de proteção contra abusos de poder do ente estatal, tendo em vista as atrocidades cometidas em outros tempos, exploradas no apanhado geral da pena, períodos no qual tal garantia era inexistente.

Possuindo previsão constitucional, tal princípio encontra-se inserido no rol de Direitos e Garantias Individuais, se estendendo a ele, portanto, a proteção prevista no Artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988⁴. O Princípio da Presunção da Inocência constitui-se, portanto, em direito individual não suscetível de abolição, sendo que, tal relevância e proteção atribuída ao mesmo demonstra sua importância para a efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, impressos no Artigo 3º da Constituição Federal⁵, bem como,

⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

para a construção de um Estado Democrático Brasileiro justo, igualitário e em comunhão com os diversos diplomas internacionais do qual o Brasil é signatário.

A característica de imutabilidade atribuída ao dispositivo legal torna o mesmo uma Cláusula Pétrea, não passível de alteração que venha a extingui-lo ou limitá-lo em sua abrangência e aplicação, sendo o Supremo Tribunal Federal o seu guardião. Sobre a definição de Cláusula Pétrea, ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Sabe-se que as cláusulas pétreas são determinadas matérias constitucionais que, por opção do legislador constituinte originário, são insuscetíveis de abolição por meio de modificação da Constituição, pela aprovação de futuras emendas constitucionais. A Constituição Federal de 1988 as estabelece no seu art. 60, § 4º (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p.19).

Sobre a imutabilidade das cláusulas pétreas, assevera Moraes (2017, p. 30): “Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º – cláusulas pétreas)”.

Com base no status de cláusula pétrea atribuído a tal dispositivo, do qual se abstrai o Princípio da Presunção de Inocência, se fundamenta um dos principais argumentos daqueles contrários ao início do cumprimento de pena mediante condenação em segundo grau, nos casos em que ainda pende recurso em esfera Superior, não havendo ainda, portanto, trânsito em julgado da decisão condenatória. A possibilidade de início do cumprimento nessas condições implicaria em supressão de direitos, tendo em vista que estaria se punindo o indivíduo antes da prova de culpa do mesmo, pois, conforme preceitua o Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Se o indivíduo não fora, ainda, considerado culpado, podendo ocorrer reversão da condenação prolatada em segundo grau, seja quanto a sua culpabilidade, seja quanto ao regime de início de cumprimento ou à pena fixada, não existe possibilidade do mesmo ser submetido à prisão-pena, iniciando o cumprimento de sua condenação. Tal medida implicaria em afronta direta ao princípio constitucional em análise, podendo acarretar consequência muitas vezes irreversíveis e

degradantes aquele indivíduo que, em tese, ainda não foi considerado culpado perante o Estado.

O início do cumprimento iria, portanto, segundo aqueles que advogam nesse sentido, acarretar em afronta ao Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, bem como, ao Artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, de mesmo Diploma Legal, pois, suprimiria aquele que é direito fundamental de todos os indivíduos, sendo uma afronta ao ordenamento constitucional.

Referida discussão acerca da possibilidade de início de cumprimento de pena mediante condenação em segunda instância ainda não transitada em julgado já fora tema de análise do Supremo Tribunal Federal diversas vezes, sendo que, nunca houve unanimidade em votação quanto à possibilidade de tal medida de execução penal. Dessas discussões entre aqueles responsáveis por uniformizar a aplicação da Lei Maior se extraem os argumentos analisados nesse momento.

Até 2009, o Supremo não havia jogado luz sobre o tema em questão, momento no qual ocorre a primeira provocação sobre o assunto. Por 07 votos a 04, fora decidido pelos Ministros, pela primeira vez, em julgamento do Habeas Corpus 84.078, que o início da execução da pena mediante condenação em segunda instância, sem o trânsito em julgado de referida decisão, era inconstitucional (MARÉS; BECKER, 2018, n.p.).

Tal entendimento perdurou até 2016, momento no qual, em nova votação da Corte, dessa vez referente ao Habeas Corpus 126.292, pelo mesmo placar anterior, 07 a 04 votos, se mudara o entendimento até então aplicado, passando-se a possibilitar o início da execução da pena em segundo grau, ainda sem o trânsito em julgado (MARÉS; BECKER, 2018, n.p.).

O entendimento fora novamente colocado em dúvida antes do findar de 2016, mediante análise das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O parecer, entretanto, fora o mesmo proferido anteriormente, com a manutenção da possibilidade do início da execução ainda sem o trânsito em julgado, com placar de 06 votos a 05 (STF, 2016, n.p.).

No decorrer do ano de 2018, novamente os Ministros foram provocados sobre o tema, momento em que, com 06 votos contra 05, mantiveram seu entendimento anterior, sendo possível o início do cumprimento da pena mediante condenação em

segundo grau de jurisdição, ainda que não transitada em julgado à mesma, estando pendente recurso quanto ao caso (MARÉS; BECKER, 2018, n.p.).

Atualmente, portanto, o posicionamento da Suprema Corte é voltado para a possibilidade do início do cumprimento. Tal posição, entretanto, não é unânime, advogando diversos Ministros da Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade de tal medida, conforme relatado e, com base nos fundamentos expostos. Se mostrando contrário em todas as votações realizadas sobre o assunto, o Ministro Celso de Mello argumentou, em voto prolatado no julgamento de Habeas Corpus nº 126.292⁶, de fevereiro de 2016, momento no qual ocorreu a paradigmática mudança de entendimento, da seguinte maneira:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal (MELLO, 2016, p. 09).

Com ideais totalmente contrárias ao início da execução penal nessas circunstâncias, portanto, complementa ainda Celso de Mello, em mesmo parecer:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (MELLO, 2016, p.09).

Nesse sentido argumenta, também, o Ministro Marco Aurélio (2016, p. 01), ao passo que afirmou, em votação de mesmo Habeas, que: “Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”. O ministro expressa, dessa forma, sua negativa

⁶ EMENTA: 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.

quanto à possibilidade de início do cumprimento de pena nessas condições, complementando que:

Peço vênua para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva (AURÉLIO, 2016, p. 04).

Em mesmo julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski (2016, p. 05) mostrou assumir a mesma posição de ambos os Ministros já citados, assim como da Ministra Rosa Weber, argumentando que, dessa forma, buscava “prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal”.

Durante o julgamento das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, Celso de Mello novamente apresentara argumentos contundentes e contrários ao início do cumprimento nessas condições, ao passo que questiona:

Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência? (MELLO, 2016, p. 01).

Argumenta ainda Celso de Mello que a privação do Princípio da Presunção de Inocência, através da autorização para o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, ofende valores essenciais da própria Constituição de 1988, estabelecendo a seguinte provocação:

Enfim, Senhora Presidente, é possível a uma sociedade livre, apoiada em bases genuinamente democráticas, subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, como aquele que assegura a qualquer pessoa a insuprimível prerrogativa de sempre ser considerada inocente até que sobrevenha, contra ela, sentença penal condenatória transitada em julgado? (MELLO, 2016, p. 01).

No mesmo parecer, salienta Celso de Mello que a Lei Maior brasileira, ao contrário de algumas Constituições de outros países, estabelece “de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua

força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. E complementa:

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível (MELLO, 2016, p. 13).

Em mesmo julgamento, a Ministra Rosa Weber seguiu o entendimento pela não autorização do início do cumprimento nessas condições, fundamentando seu parecer no Princípio da Legalidade, um dos muitos princípios fundamentais que formam a rede de proteção do cidadão contra o ente estatal. Argumentou a Ministra que a Constituição Federal de 1988 é clara, não permitindo interpretação diversa, sendo que, qualquer outro entendimento se afastaria da clareza do texto esculpido na Lei Maior (STF, 2016, n.p.).

Presente nas argumentações de todos os membros da Corte Suprema, em todos os seus pareceres, a ideia da violação do Princípio da Presunção da Inocência, e da própria Constituição da República Federativa do Brasil, quando se autoriza o início do cumprimento da pena em segunda instância sem o trânsito em julgado, tendo em vista a rede de proteção existente no ordenamento jurídico para que possa proteger todos os indivíduos de abusos estatais, como ocorrera outrora.

Não obstante a ofensa ao texto constitucional alegada por aqueles que defendem a incompatibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, o que caracteriza uma abominação, tendo em vista a Constituição Federal ser o maior documento legal de um Estado, emanando deles todos os princípios e regras que irão reger as demais legislações, devendo todas estar em conformidade com aquilo estipulado na Lei Maior, para que se possa desenvolver um ordenamento jurídico que dialogue entre si e alcance aqueles objetivos tidos como principiológicos para o desenvolvimento de uma Nação, ocorre ainda, na perspectiva dos defensores da impossibilidade de início da execução, afronta ao Artigo 283 do Decreto-Lei 3689 de 1941, sendo esse o Código de Processo Penal brasileiro, lei federal que disciplina e regula a processualística penal no sistema judiciário brasileiro.

Estabelece o Artigo 283 do referido Código de Processo Penal⁷, seguindo as diretrizes do estabelecido na Constituição Federal, que a prisão somente será admitida mediante flagrante delito, por ordem escrita e fundamentada do juiz competente, no curso de investigações ou do processo, na modalidade de prisão temporária ou preventiva, respectivamente, e, em virtude de sentença condenatória já transitada em julgado.

Ocorre, portanto, se violado o Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, desrespeito também ao Artigo 283 do Código de Processo Penal, bem como, aos demais Princípios e Direitos Humanos e Fundamentais destinados à proteção do indivíduo, elencados em momento anterior, tendo em vista que o ordenamento funciona como uma teia interligada, em que a efetividade de um direito depende da aplicação dos demais, bem como, a desobediência a um deles, acarreta afronta aqueles outros que estão, por força de sua essência, interligados.

A própria noção de Devido Processo Legal, bem como da Dignidade Humana, são direitos fundamentais atingidos se violado o Princípio da Presunção de Inocência, pois, conforme desenvolvido, todos caminham no mesmo sentido, buscando proteger o cidadão do abuso estatal. Argumentam aqueles contrários ao posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai dos pareceres dos Ministros ora citados e das referências aos seus textos legais, que a violação ao Princípio da não-culpabilidade afronta a própria essência do ordenamento, ao passo que ofende todo o caráter Garantista da Constituição de 1988, fundada sob a égide de proteção aos indivíduos do Estado brasileiro, tendo em vista os inúmeros abusos cometidos em outros períodos da história.

O Devido Processo Legal se mostra desrespeitado, pois, conforme exposto, o mesmo apregoa que todos os indivíduos tem o direito de serem processados de forma que se garantam seus direitos fundamentais, bem como, que a ele se aplique as normas do ordenamento jurídico vigente de acordo com os princípios humanísticos presentes no centro da Carta Maior e da lei processual penal, de forma que ele não tenha suprimas garantias e seja exposto a abusos por parte do Estado, o qual se mostra em situação de superioridade em relação aquele indivíduo que está sendo processado pelo mesmo.

⁷ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Dessa forma, quando não respeitado o Princípio da Presunção da Inocência, não se estará estendendo aquele indivíduo uma garantia prevista na lei processual penal que regula os procedimentos da ação que está sendo movida contra o mesmo, bem como, viola a Constituição Federal do país, sendo essa última o maior diploma legal existente, constituindo-se em uma bússola que deve guiar os juristas na atividade jurisdicional. Violado seu direito, está desobedecido o Devido Processo Legal, pois, a garantia prevista para o mesmo não estará sendo observada, restando à sanção um cunho arbitrário e abusivo, aplicada à margem daquilo idealizado e garantido para todos quando submetidos ao Poder Jurisdicional.

A Dignidade Humana resta afrontada, também, pois, assim como o Devido Processo Legal, está diretamente interligada com o Princípio da Presunção de Inocência, dialogando diretamente com o mesmo, com o objetivo de impedir injustiças e abusos de poder. Não respeitadas as garantias inerentes a todos os indivíduos, impressas no texto constitucional e em tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, visível está a violação a dignidade daquele indivíduo, o qual não será tratado como sujeito de direitos, mas, sim, como objeto na mão do Estado. A não observância de uma Cláusula Pétrea, a qual possui como característica a Imutabilidade justamente pela sua relevância e importância social, importando em um desrespeito à mesma, com descumprimento do seu objetivo, denota uma afronta direta ao Princípio da Dignidade Humana, pois, o fundamento de atribuir tal posição para o dispositivo é justamente protegê-lo de afrontas que venham a alterar seu sentido e destruir sua essência protetiva e garantista.

O primeiro pilar da argumentação do discurso contrário à possibilidade de início do cumprimento da pena mediante condenação em segundo grau, ainda sem trânsito em julgado, fundamenta-se, portanto, nessa complexa linha de raciocínio exposta. O Princípio da Presunção de Inocência está previsto em texto constitucional, protegido pela condição de Cláusula Pétrea, insuscetível de extinção ou alteração que venha a atingir e modificar sua essência de forma a suprimir garantia constitucional pertencente a todos os indivíduos.

Nesse sentido, se argumenta que a autorização para o início da execução nas circunstâncias expostas acarretaria afronta direta ao referido princípio, tendo em vista ser o texto constitucional claro quanto ao momento em que o indivíduo é considerado culpado perante o Estado. Dessa forma, qualquer entendimento contrário caracterizaria afronta ao dispositivo legal, ao princípio supra referido, bem

como, ao próprio ordenamento jurídico e constitucional posto, visto que o dispositivo está no rol de Cláusulas Pétreas, sendo as mesmas imutáveis.

Ainda haveria afronta aos dispositivos internacionais do qual o Brasil é signatário e preveem o referido princípio, assim como, a lei processual penal brasileira e a todos os demais princípios que possuem sua eficácia interligada com o Princípio da Presunção de Inocência, atingindo todo esse escudo protetivo previsto em nossa legislação para o detentor de tais direitos. A própria essência de um Estado Democrático de Direito seria atingida, pois, direitos e princípios fundamentais são a base que sustentam e ordenam toda a sociedade e todo o Estado, sendo pilares da democracia e fortificações que devem ser preservadas e estendidas a todos.

3.2 Sistema penitenciário e a desconstrução do indivíduo

Fundamentando o discurso contra o início do cumprimento de pena mediante condenação em segundo grau ainda não transitada em julgado está o argumento relacionado ao sistema penitenciário. Essa linha de argumentação demonstra-se extremamente complexa, englobando diversos conceitos que merecem uma análise aprofundada ao longo dessa exposição.

Primeiramente, necessária se faz uma retrospectiva sobre o apanhado histórico da pena realizado, objetivando a construção de uma argumentação transversalizada e interligada, na qual todas as peças se encaixam para construir o raciocínio almejado. Sendo assim, retornando ao exposto quanto ao objetivo atual da pena, a busca pela ressocialização do apenado está entre os ideais a serem alcançados pela pena privativa de liberdade no sistema de execução penal brasileiro, não se tratando meramente de um objetivo subsidiário, pois, conforme lembra Nucci (2014, p. 943), a noção de ressocialização está presente em vários dispositivos da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), começando pelo seu artigo 1^o. O dispositivo exalta, portanto, que a busca pela ressocialização e posterior reintegração do indivíduo no convívio social é um dos objetivos primordiais da pena

⁸ Art. 1^o A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

privativa de liberdade. Sobre o assunto em voga, naquilo que concerne ao impacto da sanção no indivíduo, ainda ensina Nucci que:

Quanto ao sentenciado, objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas). (NUCCI, 2014, p. 943).

Embora tido como pilar de sustentação, o aspecto ressocializatório da pena acaba sendo de difícil aplicação dentro dos sistemas prisionais brasileiros. Para muitos, constitui-se em um objetivo utópico, pois, embora seja possível encontrar instalações nas quais a mesma é, em alguns casos e dentro de alguns aspectos, efetivada, ainda são escassos os exemplos em relação à quantidade de presídios existentes, sendo que, sua inaplicabilidade resulta de diversos fatores, desde técnicos, como a falta de estrutura dos presídios, até sociais, como a relação entre ressocialização e um dos primeiros aspectos a ser trabalhados, a subcultura criminal.

Subcultura, por si só, representa a existência de uma cultura dentro de outra cultura, não devendo ser confundido com contracultura, entendida como uma cultura que desafia a cultura dominando, caracterizando, portanto, uma entre muitas formas de subculturas. Segundo Sérgio Salomão Shecaira (2014, p.218): “As subculturas, em uma primeira abordagem, aceitam certos aspectos dos sistemas de valores predominantes, mas também expressam sentimentos e crenças exclusivas de seu próprio grupo”.

Importante salientar que, cada sociedade é diferente em sua estrutura interna, estando dividida em inúmeros subgrupos, os quais possuem maneiras de pensar distintas e individuais, com base no “código” subjetivo que norteia cada grupo. Cada um desses grupos, com maneiras de pensar e agir diferentes, constituem uma subcultura, a qual irá crescendo conforme mais indivíduos começam a identificar-se e a aderirem a essa modo de encarar a realidade. Existem, portanto, inúmeras subculturas em uma mesma sociedade cultura, entre elas, a subcultura delinquente. (SHECAIRA, 2014, p. 223).

Entendido como um subgrupo social com valores e regras próprias, que justificam suas atitudes infratoras, a subcultura delinquente, nas palavras de Shecaira (2014, p. 223), se caracteriza como um sistema de agrupamento social

com um modo de vida contrário ao socialmente tido como correto e ao legalmente imposto. Aduz o autor:

A subcultura delinquente, por sua vez, pode ser resumida como um comportamento de transgressão que é determinado por um subsistema de conhecimento, crenças e atitudes que possibilitam, permitem ou determinam formas particulares de comportamento transgressor em situações específicas. Esse conhecimento, essas crenças e atitudes precisam existir, primeiramente, no ambiente cultural dos agentes dos delitos e são incorporados à personalidade, mais ou menos como quaisquer outros elementos da cultura ambiente. (SHECAIRA, 2014, p.223).

Frente a essas subculturas, o trabalho de ressocialização se torna ainda mais complexo, pois, se tratam de indivíduos que possuem valores diversos daqueles entendidos como os valores da cultura de massa, denominada aquela cultura predominante de determinada sociedade, com um modo de pensar padronizado. O delinquente pertencente a uma subcultura criminal, possui uma visão social diversa, pois, possui valores próprios, enraizados pelos outros membros da subcultura. Não se trataria de ressocializar o indivíduo, mas, sim, de socializá-lo conforme a cultura de massa existente; incutir nele os padrões morais e éticos entendidos como os corretos no contexto da convivência social. A prática, entretanto, é muito mais complexa, pois, aquele indivíduo, muitas vezes, já foi construído dentro de uma subcultura delinquente, crescendo e se desenvolvendo com base nos valores e fins próprios daquele ambiente. A sua visão de realidade é diversa daquela que se planeja incutir nele através da ressocialização. Nesse sentido aponta Shecaira (2014, p. 239), quando salienta que “dadas suas características particulares, o combate a essa criminalidade não se pode fazer através dos mecanismos tradicionais de enfrentamento do crime”. Isso ocorre, segundo o autor:

Primeiro porque a ideia central dessa forma de prática delituosa tem certas particularidades que são dessemelhantes de outras formas mais corriqueiras. Ademais, algumas dessas manifestações não se combatem com a pura repressão, mas sim com um processo de cooptação dos grupos, envolvendo-os com o mercado de trabalho e com o acesso à sociedade produtiva [...] (SHECAIRA, 2014, p. 239-240).

Conclui sobre o assunto o autor, ainda, que: “Outros, ao contrário, demandam uma delicada investigação cujo foco precípua estaria na inteligência da polícia, com delegacias especializadas para controle dessas manifestações criminais”. (SHECAIRA, 2014, p. 240).

Quanto ao aspecto técnico, os sistemas penitenciários não se encontram em condições para favorecer o processo ressocializatório, sendo que, nem ao menos se encontram em condições dignas de vivência, sofrendo com problemas como a superlotação carcerária, falta de higiene e condições deficientes atendimento médico e psicológico, além de reiterado abuso de drogas e ocorrência de inúmeros abusos entre os presos, inculcando no carcerário inúmeros efeitos negativos, e, conseqüentemente, distanciando-se do ideal ressocializador. (BITENCOURT, 2004, p. 156).

Em realidade, o sistema prisional como um todo, a mera noção de sua existência, já caracteriza ambiente não grato, mal visto; elemento esse que será incorporado a persona do carcerário, inclusive após sair do estabelecimento prisional. Nessa linha coaduna Bitencourt, quando afirma:

Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de anti-sociais, se se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se os associa a outros anti-sociais. (BITENCOURT, 2004, p. 154-155).

Pior do que não cumprir com sua função regeneratória, se agregam aos problemas da pena privativa da liberdade os inúmeros problemas que surgem em um sistema prisional e, o impacto negativo e destruidor que o mesmo causa nos apenados que ali cumprem sua pena. Bitencourt segue nesse sentido, ao afirmar que:

[...] na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2004, p. 155).

Sendo assim, com base no exposto, cabe analisar o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória nesse contexto. Argumentam aqueles contrários a essa medida que, colocar um indivíduo em um estabelecimento prisional nessas condições, as quais são extremamente degradantes, fere diretamente o Princípio da Dignidade Humana, bem como, toda a

noção de Garantismo trabalhado pela legislação pátria e previsto para todos os indivíduos.

Os presídios constituem-se em ambientes destruidores do físico e da mente daqueles ali enclausurados. Portanto, colocar um indivíduo que ainda não teve sua culpa comprovada, que ainda goza dos benefícios da Presunção de Inocência, em um ambiente avassalador para sua psique, submetendo o mesmo a condições humilhantes, que verdadeiramente irão impactar em sua vida, é violar todas as garantias previstas para o ser humano, ainda mais considerando que tal indivíduo possa vir a ser inocentado. Como desfazer o dano causado para aquele réu inocente, que teve sua vida dilacerada pela mazela prisional, muitas vezes não absolvido anteriormente por erro processual? Ou para aquele que fora submetido, após a condenação em segundo grau, a regime mais gravoso daquele previsto pela Suprema Corte após análise do recurso interposto? Impossível desfazer o dano causado por tamanho equívoco.

Muito além do impacto causado pelo sistema penitenciário fisicamente e diretamente naquele indivíduo, existe a destruição social ocasionada pelo mesmo. Nesse ponto, cabe a análise da teoria do labelling approach, sendo esse outro empecilho para o desenvolvimento e efetivação da ressocialização e da reinserção do condenado, bem como, fator que gera danos irreparáveis para aquele inocente submetido ao sistema carcerário.

Também conhecida como teoria da rotulação social ou teoria da etiquetagem, o labelling approach consiste, basicamente, em uma teoria crítica, através da qual se sustenta a ideia de que a própria intervenção da justiça pode vir a aprofundar a criminalidade, sendo que, pela reação social existente quando ocorre o cometimento de um crime, o infrator acaba sendo rotulado, estereotipado pela sociedade, fato que contribui, muitas vezes, para que aquele indivíduo que cometeu um crime pouco relevante, venha a se tornar um grave criminoso. (SECHAIRA, 2014, p. 254-255).

O impulso desviante, que leva um indivíduo a cometer um ilícito, existe em todo ser humano. Quando o mesmo acaba agindo com base nesse impulso, se entregando ao seu instinto, e comete um crime, ele será rotulado, muitas vezes antes mesmo de ser condenado, como um criminoso. Esse rótulo, mesmo após o cumprimento da pena, permanecerá com o indivíduo, como uma etiqueta (teoria da etiquetagem), acompanhando o mesmo o resto de sua vida. Essa etiqueta

transforma aquele indivíduo naquilo que a sociedade vê. Nas palavras de Sérgio Salomão:

Tornar-se transgressor é um processo transformativo que gravita em torno de uma aquisição de nomes, significados, motivos e perspectivas. É mediado pela linguagem e pelas identidades e interpretações que a linguagem confere. É assistido e, por vezes, forçado pelos outros significativos que povoam os ambientes onde se movimenta o transgressor emergente. (SHECAIRA, 2014, p. 259).

Diante disso, portanto, mais difícil se torna a reintegração do indivíduo no ambiente social. Mesmo que, em teoria, ressocializado, a tarefa de reinserir aquele indivíduo egresso do sistema prisional em uma sociedade que o rotulou, estereotipou, etiquetou como criminoso, é uma tarefa tão ou até mais difícil do que a própria ressocialização. A sociedade rejeita aquele indivíduo estereotipado negativamente; não existe abertura para inseri-lo, sendo que, muitas vezes, o mesmo nem sequer era inserido na sociedade, já vivendo a margem da mesma, excluído do contexto social. O sistema prisional, mesmo que buscando ressocializar, rotula, conforme ensina Salomão:

A repressão punitiva – e em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal [...] produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados. (SHECAIRA, 2015, p. 263).

Dessa forma, o impacto causado naquele réu absolvido em Instância Superior, que cumpriu pena até o deferimento do recurso, é irreversível. Etiquetado ele estará para toda a sociedade, que não irá refazer a condenação que já impôs a ele no momento de sua segregação do ambiente social e recolhimento a uma instituição prisional. Mesmo posteriormente inocentado, para sempre aquele indivíduo carregará no corpo e na mente as marcas deixadas pelo sistema, bem como, sua etiqueta, estando taxado pela sociedade como um criminoso. Se tal impacto já é demasiado para aquele que realmente cometeu o crime, o que pensar daquele injustamente condenado? Eternamente taxado não por um erro seu, mas, por um erro do sistema penal, o qual o retirou do mesmo sua dignidade, sua imagem e, em alguns casos, sua vida, tendo em vista as mortes ocorridas no sistema

prisional, frutos de rebeliões e confrontos entre facções e organizações criminosas.

Não bastasse isso, outro efeito negativo associado diretamente ao sistema prisional é o efeito criminógeno produzido pelo mesmo. A maioria dos elementos que dominam a vida carcerária constrói no apenado um perfil criminoso. Desde fatores relacionados ao ambiente prisional em si, como a falta de higiene, até impactos psicológicos e aqueles relacionados à segregação de um indivíduo do convívio social, são elementos que levam a produção de um efeito criminógeno nos sistemas penitenciários (BITENCOURT, 2004, p. 158-159).

A construção de um efeito criminógeno nos apenados se mostra, portanto, outro empecilho para o cumprimento antecipado, segundo aqueles contrários a tal medida de execução penal. O réu que ainda não teve sua culpa comprovada, tendo em vista a falta de trânsito em julgado e o previsto na Constituição Federal, conforme abordado anteriormente, será submetido a essa série de fatores que irão, inevitavelmente, construir um perfil criminoso no indivíduo. Se antes não era um delinquente, agora provavelmente o será, tendo em vista a destruição causada pelo sistema em sua identidade, bem como, a pressão de facções criminosas que dominam os presídios, fato que, aliado com a falta de estrutura, favorece o aliciamento dos demais presos para que se tornem membros dessas organizações. Muitas vezes, isso nem é uma escolha, mas uma obrigação para que se possa sobreviver dentro do sistema prisional.

Aquele indivíduo, mesmo que venha a ser inocentado, já foi totalmente quebrado pelo sistema, taxado pela sociedade, seduzido ou forçado para o mundo do crime, sendo sua reinserção social quase uma medida impossível, mesmo que inocente, tendo em vista o impacto negativo causado no indivíduo pelo presídio. Relacionado ao tema, naquilo que concerne à falha da ressocialização e da inviável reinserção do apenado, devido ao impacto negativo causado ao mesmo por todo o sistema prisional, pontuam Zaffaroni e Pierangeli:

Quanto à ressocialização, especialmente mediante “tratamento” nas chamadas “instituições totais” [...], nos últimos anos se estudou o efeito destas instituições sobre a personalidade [...] e insistiu-se na inevitável deterioração psíquica – às vezes irreversível – que acarreta uma prolongada privação da liberdade, o que contribui para evidenciar a suspeita de que o “tratamento” era um produto de justificação ideológica, o que foi reforçado pela ação direta dos próprios prisioneiros, denunciando sua situação e suas técnicas de sobrevivência. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 73-74).

A efetividade do sistema prisional atual é precária, tendo em vista os diversos problemas existentes nas instalações penitenciárias, e os diversos efeitos negativos trazidos pela aplicação da pena e pelo aprisionamento do indivíduo no sistema prisional. Atualmente, a ressocialização não funciona no sistema de execução penal brasileiro, demonstrando uma falência do mesmo, além de não haver, por consequência, a reintegração social do apenado no contexto social, vide o enorme número de reincidentes existentes, e as complexas questões sociológicas envolvidas na regeneração e reintegração de um indivíduo em uma sociedade da qual, muitas vezes, nem fazia parte.

Nesse contexto, portanto, se constrói a análise do início do cumprimento de pena mediante condenação em segundo grau, ainda que sem o trânsito em julgado, ao passo que, conforme o exposto, se mostra, quando acolhidos tais argumentos, medida exagerada e desproporcional, a qual viola o previsto na Constituição Federal, bem como, os Princípios da Presunção da Inocência e, em especial, da Dignidade da Pessoa Humana, sendo esse pilar essencial do Estado Democrático de Direito, além de ser a maior conquista humana na luta contra a opressão estatal, conforme trabalhado. Esse é, portanto, outro principal fundamento da corrente contrária ao início da medida executiva antes do trânsito.

Interligando-se diretamente com ambos os argumentos já expostos, cabe agora a análise de um terceiro argumento, bem como, de análises jurisprudências de casos reais, nos quais indivíduos foram condenação em segundo grau, porém, tiveram suas sentenças reformadas no Supremo Tribunal Federal. É o fundamento para todo o raciocínio exposto nesse momento, qual seja, de punir inocentes com a aplicação da sanção já no segundo grau, ainda sem o trânsito em julgado, ocasionando neles todos os danos expostos e causando todas as sérias consequências em sua vida que foram trabalhadas nesse tópico.

Assim sendo, parte-se para a linha de argumentação de que, quando iniciada a execução ainda sem o trânsito, poderá estar se punindo inocentes, submetendo os mesmos a todo o caos existente no sistema, alterando sua própria essência como seres humanos e violando tantos direitos que arduamente foram conquistados ao longo dos séculos, para que pudesse se impedir tantos abusos por parte do Estado e punições arbitrárias e cruéis que houveram ao longo da história e desenvolvimento da humanidade.

3.3 Provimento recursal e eventual cumprimento de pena arbitrário

O terceiro pilar que sustenta a tese contrária ao início do cumprimento de pena com a condenação em segundo grau, mesmo que ainda não transitada em julgado, baseia-se na possibilidade de indivíduos cumprirem penas que, posteriormente, serão revertidas com o recurso no Supremo Tribunal Federal, caracterizando sanção estatal arbitrária, tendo em vista que o indivíduo fora absolvido com o provimento do recurso, ou, teve seu regime de cumprimento alterado, caracterizando violação aos princípios constitucionalmente consagrados como Direitos Fundamentais de todos.

Importante salientar que a análise dos fundamentos deve ser sempre realizada de forma interligada, tendo em vista que todos funcionam de forma anexa uns aos outros, formando uma linha de raciocínio coesa. Iniciar a medida executiva com recurso pendente implicaria em expor o réu, agora condenado, ao sistema prisional precário e fadado ao fracasso que fora exposto anteriormente, bem como, caracterizaria violação do Princípio da Presunção da Inocência previsto constitucionalmente, afrontando não só o mesmo, como a própria Constituição Federal de 1988, pelo fato da mesma ter atribuído a tal garantia o patamar de Cláusula Pétrea, sendo que a sua supressão implicaria em afronta ao previsto quanto à imutabilidade do mesmo. Todos os argumentos se completam, de forma que, somente com a análise mais detalhada realizada em relação aos mesmos é possível compreender todas as nuances e ligações existentes entre as linhas de raciocínio.

Quanto à possibilidade de provimento do recurso na Suprema Corte, alterando a condenação em segundo grau e implicando em cumprimento arbitrário de pena, tendo em vista que a mesma não era aplicável para o caso, acarretando em todos os efeitos negativos já elencados que a exposição ao sistema carcerário produz no indivíduo, cabe citar dados estatísticos trazidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Em seu voto na liminar pleiteada na Ação Direta de Constitucionalidade 44, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os quais amoldam-se diretamente com a referida medida de execução da pena de forma antecipada, tendo em vista tratarem-se de situação em que providos recursos ou

habeas corpus interpostos e impetrados, respectivamente, frente aos órgãos de jurisdição superior, salientou o ministro:

Um documento emitido pela então Secretária-Geral da Presidência do STJ, Senhora Karima Batista Kassab Coelho, dá conta que, no período de 1º de janeiro de 2009 até 20 de junho de 2016, no STJ, 32,13% de HC's foram deferidos; é um número extremamente impressionante. E de REsp's, 17,97% de recursos especiais, em matéria criminal, foram providos. Ou seja, quase 18%; é também um número impressionante, que não permite que prevaleça, sem mais, a decisão de segundo grau nos Tribunais brasileiros (LEWANDOWSKI, 2016, p. 179).

O Ministro segue expondo, em mesmo voto, dados que merecem destaque, sendo que, possuem relevância para o estudo, pois, relacionadas diretamente ao tema em análise. Dessa forma, argumentou Lewandowski:

Um outro documento que igualmente, a meu ver, vale como certidão, é um documento emitido pelo assessor chefe de então da Presidência do Supremo Tribunal Federal e dirigido ao Secretário Geral que dá conta que, no Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, de 1º de janeiro de 2009 até 20/6/2016, em matéria criminal, 9,44% dos RE's foram providos, 11,72% RHC's foram providos e 9,71% de HC's foram deferidos, ou seja, as ordens foram concedidas, quase 10%. São números, a meu ver, que impressionam, são números oficiais, são números que não dependem da credibilidade daqueles que os enunciam porque merecem fé pública (LEWANDOWSKI, 2016, p. 179-180).

Tais dados estatísticos fundamentam a tese de encarceramento de indivíduos que, em decorrência de alteração de sua condenação, poderão cumprir, se iniciado o cumprimento no momento da condenação em segundo grau, penas injustas, as quais causarão impacto permanente na vida dos mesmos.

O sistema legal como um todo visa, fundamentado em princípios e legislações internacionais, proteger o cidadão justamente desse tipo de atividade arbitrária, do abuso de poder estatal, o qual pode destruir a vida de um réu condenado injustamente. O sítio eletrônico Conjur, especializado em divulgação de notícias relacionadas ao mundo jurídico, em artigo publicado no ano de 2016, relata a seguinte situação:

Dados da Defensoria Pública do estado de São Paulo — responsável por um quinto de todos os HC ajuizados no STJ e no STF — mostram que, nos últimos cinco anos, a média de pedidos deferidos pelos ministros é de 50%. São situações de excesso de pena, crimes de bagatela — considerados atípicos — ou regime fechado para réus primários com penas inferiores a oito anos (CONJUR, 2016, n.p.).

Para a elaboração de referido artigo, concedeu entrevista ao Conjur o Defensor Público paulista Rafael Muneratti, ao passo que acrescenta o texto:

Distorções como essas ainda dependem de correção pelas cortes máximas porque, não raro, tribunais de segundo grau ignoram a jurisprudência, explica Rafael Muneratti, responsável pela representação em Brasília da Defensoria paulista. “O índice de concessões de HCs no STF e no STJ mostra como a segunda instância erra. Os tribunais de Justiça dos estados julgam muito mal. Como se vai confiar neles para prender as pessoas?”, questiona (CONJUR, 2016, n.p.).

Ainda no início de 2016, a Defensoria Pública do estado de São Paulo impetrou 2.610 pedidos de Habeas Corpus frente ao Superior Tribunal Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, sendo que, destes, as cortes concederam 1.008, valor equivalente a 49% dos pedidos. No ano de 2015, foram 8.580 Habeas Corpus impetrados e 3.181 concedidos, sendo uma proporção de 48% das solicitações. No período de 2014, o índice de Habeas Corpus providos foi de 45%, tendo sido impetrados 7.259 pedidos, com o deferimento de 2.395 dos mesmos (CONJUR, 2016, n.p.).

Tais estatísticas demonstram a quantidade de casos que acabam sendo reformados pela Suprema Corte, sendo que, mesmo o juízo de valor se encerrando na segunda instância, findando a discussão quanto ao mérito, diversos casos ainda são alterados na Instância Superior, devido a falhas processuais que acarretaram naquela condenação injusta. Seguindo essa linha argumenta David Teixeira de Azevedo, advogado criminalista e professor da Universidade de São Paulo, em entrevista a página eletrônica Nexa Jornal, ao passo que exemplifica:

Só que é o seguinte. Um juiz cerceia completamente o direito de defesa, indefere testemunhas. Aí o réu é condenado sem direito de provar sua inocência. Vem um tribunal endurecido de segunda instância e mantém a condenação. O advogado entra com um recurso especial no STJ dizendo: “há uma nulidade processual brutal, diversas leis foram violadas, o réu tem direito a apresentar suas testemunhas” (AZEVEDO apud NEXO, 2018, n.p.).

Nesse caso, segundo Azevedo (apud NEXO, 2018, n.p.), o que ocorre na maioria das vezes é a anulação do processo por parte do STJ, o qual envia o caso novamente para a instância inicial. Dessa vez, apresentada a defesa adequada por parte do réu, o mesmo acaba sendo absolvido. Comenta Azevedo (apud NEXO,

2018, n.p.) sobre essa realidade: “Tem muito, muito processo que é anulado no STJ por vício, falta de fundamentação da decisão judicial, etc. Mas até aí, se o réu ficou preso entre a condenação em segunda instância e o STJ anular o processo, como é que fica? O cidadão fica preso e o processo é anulado depois.”

Erros processuais são suscetíveis de ocorrerem, tendo em vista a alta demanda de processos em relação a pouca estrutura do Poder Judiciário, não podendo essas falhas acarretaram no cumprimento de pena por parte de um inocente, o qual sofre um dano irreversível em sua vida devido a uma sanção que não lhe cabia. Nessa seara, cabe destacar também, o caso daqueles indivíduos que cumprem a pena em um regime mais gravoso daquele que vem a ser definido pelo provimento do recurso.

Ricardo Lewandowski (apud RAMALHO, 2016, n.p.), em votação da Medida Cautelar pleiteada pelas ADC's 43 e 44, lembra que aproximadamente 32,3% dos Habeas Corpus impetrados frente ao STJ acarretam mudanças na pena, mesmo que apenas para abrandar o regime de cumprimento da mesma. Argumenta o Ministro:

Isso indica que houve algum tipo de erro, ainda que seja um erro processual, um erro quanto ao regime prisional. Se se mantiver alguém em regime fechado que deve cumprir sua pena em regime aberto, isso é abominável ao meu ver. Só por isso já não se justifica a prisão após a decisão de segundo grau (LEWANDOWSKI apud RAMALHO, 2016, n.p.).

Em relação a falhas processuais, a página eletrônica Conjur (2016, n.p.), em entrevista realizada com o Defensor Público Rafael Muneratti acerca do tema, apresenta as seguintes informações e dados trazidos pelo entrevistado naquilo que concerne ao número de presos na cidade de São Paulo, local onde atua, bem como, os erros cometidos pelo Judiciário. Argumenta:

No caso de São Paulo, que abriga mais de 150 mil presos, falhas na dosimetria das penas estão em 90% dos pedidos feitos pela Defensoria contra decisões do Tribunal de Justiça, de acordo com Rafael Muneratti (CONJUR, 2016, n.p.).

Sobre falhas evidenciadas pelo mesmo nas condenações proferidas pelo Poder Judiciário, expõe Muneratti situação vivenciada acerca dos crimes de bagatela, assim como, casos em que fora determinado cumprimento de pena em

regime mais gravoso que aquele previsto para a lesividade do delito. Expõe o Defensor Público:

Além delas, são corriqueiras também condenações pelos chamados “crimes de bagatela”, que envolvem furtos de bens de pequeno valor que, por isso, são considerados “atípicos” — ou seja, na prática, não são puníveis. “É por isso que, tanto nesses casos quanto nos de determinação de regime fechado para cumprimento de penas brandas, o Supremo e o STJ concedem os Habeas Corpus, seguindo a lei”, explica o defensor público (CONJUR, 2016, n.p.).

Falhas processuais, portanto, acabam sendo outro contundente argumento utilizado por aqueles adeptos da corrente contrária ao início do cumprimento da pena mediante condenação em segundo grau, ainda que não transitada em julgado. O risco de submeter aquele indivíduo a uma situação que irá ferir seus Direitos e Garantias Fundamentais, bem como, ferir os Princípios Fundamentais que protegem a todos, é demasiado alto, e um custo muito grande para se arcar.

Se mesmo aqueles com condenações transitadas possuem tais direitos violados, tendo em vista a condição miserável dos presídios exposta anteriormente, muito maior o dano ocasionado àquele que, ainda em sede processual, tem suas garantias violadas, com a limitação da Presunção de Inocência, para, posteriormente, ter seu direito inerente à Dignidade Humana suprimido, sendo massacrado no presídio, para, após, com o provimento do recurso, ter sua pena anulada. Aqueles danos causados não podem ser reparados nem indenizados, pois, conforme trabalhado, são fendas que maculam a imagem do indivíduo para sempre.

O sítio eletrônico especializado Conjur (2016, n.p.), no artigo publicado sobre o tema e se encontra em análise, aborda três casos trazidos pelo Defensor Público Rafael Muneratti, na entrevista realizada com o mesmo, os quais merecem análise devido a serem exemplos diretos daquilo que foi argumentado.

O primeiro caso diz respeito a um jovem detido em flagrante pelo porte de cocaína e maconha. Mesmo alegando ser para seu próprio consumo, o mesmo fora condenado a pena de prisão em regime aberto. Novamente julgado, dessa vez pelo Tribunal de Justiça, o regime fora alterado para fechado. Interposto recurso pela Defensoria Pública ao Superior Tribunal de Justiça, o regime fora alterado novamente para aberto. Durante o período em que aguardava o julgamento do recurso, o jovem poderia ser submetido à execução da pena em regime fechado,

sendo mais gravoso daquele fixado pelo STJ posteriormente, se, na época, o entendimento do STF já fosse nesse sentido (CONJUR, 2016, n.p.).

Outro caso emblemático que merece nota é aquele envolvendo um morador de rua, réu primário, o qual foi preso em flagrante tentando furtar quatro barras de chocolate. Condenado a 8 meses de reclusão em regime aberto no primeiro grau, o Tribunal de Justiça negou recurso interposto pela Defensoria, a qual alegava crime de bagatela. Somente o STJ, em análise de recurso interposto pelo órgão que atuava na defesa do morador de rua, veio a aplicar o Princípio da Insignificância e o absolveu. Se nessa época o STF entendesse pelo início do cumprimento, esse indivíduo teria cumprido pena até seu recurso ser provido, pena essa que se mostraria injusta, tendo em vista a posterior absolvição (CONJUR, 2016, n.p.).

Mesma situação ocorreu com réu primário preso em flagrante por furtar uma bolsa com R\$ 50,00 (cinquenta reais). Condenado a pena de privação de liberdade, o Tribunal de Justiça manteve a condenação, restando ao STJ, em análise de recurso interposto pela Defensoria Pública, reconhecer a insignificância e absolver o réu. Novamente, se valesse o parecer atual do STF na época, preso teria sido o indivíduo por todo o período entre a manutenção da condenação pelo Tribunal de Justiça e a absolvição pelo STJ (CONJUR, 2016, n.p.).

Semelhante o caso citado pelo Defensor Público Gustavo Zortéa da Silva, também ao Conjur (2016, n.p.), quando relata o caso de um réu acusado de furtar produto de higiene. Condenado pelo Tribunal de Justiça a pena privativa de sua liberdade, a ser cumprida em regime fechado, o STJ concedeu Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública devido ao caráter insignificante referente ao valor do bem. O réu seria imediatamente submetido ao regime fechado para execução da pena caso o parecer do STF sobre a medida fosse favorável na época.

Presente em todos os casos está, portanto, a alteração da condenação proferida pelo Tribunal de Justiça, momento no qual já estaria autorizado o início da execução da pena, segundo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

Embora atualmente em desvantagem nas votações do STF, sendo voto vencido, esses são as principais linhas de argumentação defendidas por aqueles Ministros desfavoráveis ao início do cumprimento da pena com a condenação em segundo grau, ainda sem o trânsito em julgado. Percebe-se que todos os argumentos estão interligados e se complementam, de forma a construir uma linha

lógica e racional de argumento, o qual possui base jurídica, prática, filosófica e social.

Parte-se, agora, para a análise daqueles que são os fundamentos levantados por aqueles defensores da aplicação da execução da pena mediante condenação em segundo grau, mesmo que ainda não transitada em julgada, sendo a corrente predominando no Supremo Tribunal Federal e a posição atual da Corte.

4 DA BUSCA PELA EFETIVIDADE PENAL: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA MEDIANTE CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO

Expostos os argumentos que embasam a tese de não aplicabilidade da sanção estatal após a condenação em segundo grau, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado, parte-se para a análise dos fundamentos que orientam, atualmente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pelo menos de sua maioria, no sentido de possibilitar a execução de tal medida.

Nesse momento, portanto, será feita a análise daqueles principais argumentos dos adeptos da corrente favorável à prisão mediante condenação em segunda instância, mesmo que ainda não tenha transitado em julgado a decisão condenatória, seguindo a linha trabalhada até então, de maneira interligada, favorecendo o diálogo entre os conceitos detalhados anteriormente e buscando a produção do conhecimento.

Salienta-se que esses são os fundamentos que guiam a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional máximo do Estado, responsável pela proteção da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, pela uniformização de jurisprudências de todo o país, existindo atualmente a possibilidade, portanto, de início do cumprimento da pena com a decisão condenatória em segundo grau, ainda que não transitada em julgada, no sistema legal brasileiro, sendo que, discute-se transformar em norma legal a referida medida, o que implicaria em alterações legislativas e acolhimento dos presentes argumentos que serão estudados.

4.1 Adequação e reinterpretação do Princípio da Presunção de Inocência

O ordenamento jurídico deve sempre ser interpretado em conjunto com seus princípios inerentes, bem como, tendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) como norteador a ser seguido. Dessa forma, a letra fria da lei não deve prevalecer, mas, o resultado obtido através da construção realizada pela interligação e interpretação da mesma, aliada a toda gama principiológica que cerca o ordenamento. Partindo desse pressuposto, sustenta-se o argumento de que a

prisão mediante condenação em segunda instância, da qual ainda não houve o trânsito em julgado, não fere o Princípio da Presunção de Inocência esculpido na CRFB/1988, sendo que, até mesmo se coaduna e efetiva outros princípios e objetivos expressos na Lei Maior, tais como, a justiça social, a efetividade do ordenamento jurídico, e a busca pela pacificação social.

Em nova análise da decisão que mudou o paradigma acerca da execução da pena em segundo grau, o Habeas Corpus 126.292, dessa vez, avaliando alguns dos votos que caminharam no entendimento atual da Suprema Corte, cabe destacar a decisão expressa no acórdão do qual o Ministro Teori Zavascki (2016, p. 01) fora relator, o qual expressamente define: “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”.

Destarte, entendeu a maioria do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de referido *habeas corpus*, sendo esse entendimento ratificado posteriormente em demais decisões que abordaram a matéria, conforme exposto anteriormente, pela possibilidade de execução da pena mediante a condenação em segunda instância, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário.

Em um primeiro momento, para se melhor compreende os argumentos que fundamentam essa possibilidade de execução antecipada de pena, necessária análise de transcrição do voto do Ministro Teori Zavascki no Habeas Corpus 126.292 em análise, o qual assevera, naquilo que tange a interpretação do tema:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal (ZAVASCKI, 2016, p. 04).

Durante seu voto no julgamento do Habeas Corpus 126.292, o Ministro Edson Fachin, defensor do início da execução da pena com a condenação em segundo grau, ainda que não transitada em julgado à mesma, analisando qual a interpretação correta que deve ser estendida ao Princípio da Presunção de Inocência na realidade social atual, de forma a amoldá-lo ao contexto constitucional em que se insere,

interligando-se com demais princípios processuais e oriundos da Lei Maior, no tocante a sua abrangência, assim posicionou-se:

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade (FACHIN, 2016, p. 21).

Sendo assim, o Ministro Fachin defende a interpretação, conforme explicitado anteriormente, de maneira interligada, abarcando demais conceitos jurídicos e princípios do ordenamento pátrio para construir a tese de possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado dos recursos interpostos. Ponderando o princípio da presunção da inocência com os demais princípios do ordenamento, como forma de se atender ao núcleo principiológico previsto na Constituição, a medida seria cabível.

Portanto, a interpretação quanto à execução provisória da sentença penal condenatória deve se dar sempre de forma sistemática, tendo por base todo o ordenamento, bem como, a efetivação da função jurisdicional penal. O direito deve evoluir conjuntamente com a sociedade, buscando atender seus anseios, assim como, garantir também seus valores fundamentais.

Naquilo que tange a contextualização do princípio dentro do ordenamento constitucional, salienta Fachin:

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição (FACHIN, 2016, p.22).

Dessa maneira, necessária a interpretação do princípio da não culpabilidade em harmonia e de acordo com todas as demais normas constitucionais, bem como, devendo o intérprete da lei considerar todo o sistema constitucional como uma unidade no momento de subsunção da norma ao caso concreto (FACHIN, 2016, p. 22).

Tendo como base de interpretação a presente exposta, se parte para o argumento de não violação à Constituição, pois, segundo defensores de tal medida,

o juízo das questões de fato já fora realizado pela primeira e segunda instâncias, sendo apenas questões processuais e de direito discutidas em recursos para os Tribunais Superiores, os quais não são terceiras instâncias para discussão de questões quanto ao mérito, mas, tribunais que buscam uniformizar entendimentos, bem como, protetores do ordenamento e da Carta Magna.

Assim, antes de proferida condenação em segunda instância, o indivíduo realmente deve ser entendido como inocente, conforme desdobramento do Princípio da Presunção de Inocência. Entretanto, após encerrados os julgamentos de mérito, o mesmo não se presume mais inocente, pois, naquilo que concerne ao fato em si, ao mérito, já fora condenado, ou seja, realizadas todas as provas pertinentes e alegações necessárias, entendeu-se pela condenação do indivíduo ora processado, retirando-se o manto da presunção de inocência que o protegia, sendo possível o início da tutela estatal.

Desse modo entendeu o Ministro Teori Zavascki, quando afirmou:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória (ZAVASCKI, 2016, p. 09).

Portanto, com o julgamento pelo Tribunal de Justiça do recurso apelativo interposto, não se discute mais matéria de fato nos recursos para as Instâncias Superiores, apenas questões de direito, assim afirmando o Ministro Teori (2016, p.09) sobre o tema: “Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito”.

Nesse mesmo sentido entende o Ministro Fachin, quando afirma:

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes (FACHIN, 2016, p. 23).

Diante disso, conforme aqueles defensores de tal medida, possível a execução da pena ainda que pendente recurso especial ou extraordinário, sem ocorrer afronta à CRFB/1988, pois, não viola a garantia prevista pela mesma a todo indivíduo. Todo acusado continua sendo presumido inocente, enquanto se debater matéria de fato, momento no qual irá se averiguar a existência de autoria por parte do mesmo em relação ao crime processado. Após, debatidas todas as matérias de fato, em ambas os graus de jurisdição, tendo em vista o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, bem como, a Presunção de Inocência, a qual caminha conjuntamente com o mesmo, comprovada está a materialidade do delito, assim como, a autoria do fato, sendo possível o início da execução da pena, pois, demais recursos apenas irão discutir questões de direito, não se adentrando mais no mérito do caso, o qual já irá ter reconhecido a autoria do crime. Nessa linha entendeu o Ministro Teori, quando concluiu:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990 (ZAVASCKI, 2016, p. 10).

Observa-se, portanto, que o objetivo das Cortes Superiores não é o de desdobrarem-se em uma terceira e até quarta instância para revisão de pronunciamentos judiciais, mas, de atuarem como estabilizadores e uniformizadores da interpretação das normas constitucionais, no caso do Supremo Tribunal Federal, e, das normas infraconstitucionais, no caso do Superior Tribunal de Justiça. Sua finalidade é a pacificação na interpretação da norma (FACHIN, 2016, p. 23).

Sendo assim, conforme essa linha de explanação, a execução da condenação imposta, ainda que pendente recurso extraordinário ou especial, não comprometeria o núcleo essencial do Princípio da Presunção de Inocência, pois, o indivíduo fora tratado como inocente durante todo o curso do processo, o qual observou todas as suas garantias fundamentais. Logo, não ofende o regramento constitucional a autorização da produção dos efeitos da condenação criminal imposta pelas instâncias ordinárias, mesmo que pendente julgamento de recurso (ZAVASCKI, 2016, p.11).

Argumenta o Ministro Fachin (2016, p. 24), assim sendo, que: “a opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea coma razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”.

Com base no exposto, depreende-se dessa análise, portanto, que, se encarado em sua estrita literalidade, o Princípio da Presunção da não-culpabilidade acarretaria em inépcia das instâncias ordinárias, pois, se mesmo após um juízo monocrático firmar a culpa do acusado, sendo tal decisão posteriormente ratificada por um colegiado de segundo grau, o qual é composto por desembargadores experientes, ainda preponderar tal presunção de inocência, absoluta presunção de desconfiança estaria se impondo a primeira e segunda instância (FACHIN, 2016, p. 25).

Ainda no tocante a interpretação do princípio da não culpabilidade no sistema jurídico atual, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no *Habeas Corpus* 126.292, assim preconizou:

É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional (BARROSO, 2016, p. 34).

Dessa forma, todos os presentes argumentos caminham em direção à chamada Mutaç o Constitucional. No tocante a sua defini o, assim exp e Ant nio Fernando Pires sobre o tema:

A muta o n o se confunde com a simples interpreta o, eis que esta extrai da norma um significado, enquanto a muta o cria um novo significado. A muta o est  mais para a conota o do que para a denota o. A muta o   mais complexa porque envolve fatores ex genos (valores, cultura, h bito, tecnologia, hist ria etc.), o que n o se verifica na mera interpreta o. A nova realidade social pode, portanto, conduzir o texto constitucional a uma incongru ncia de suas pr prias normas, o que   inadmiss vel. (PIRES, 2016, p. 151).

Assim, a Muta o Constitucional constituiu-se em fen meno caracterizado pela altera o do significado da norma. N o se altera a palavra ou o texto, mas, o entendimento do preceito constitucional   alterado (PIRES, 2016, p. 151).

Gilmar Mendes (2017, p. 132), ministro do Supremo Tribunal Federal e constitucionalista, assim ensina sobre o tema:

Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional (2017, MENDES, p. 132).

Trata-se, portanto, de alteração no sentido do dispositivo, mesmo que sem mudança no corpo do texto da lei. Devido a novas exigências sociais, o alcance da norma, bem como, sua aplicação, são alteradas, visando atender a nova realidade social. Nesse sentido ensina Padilha (2018, p. 61), ao afirmar: “A mutação constitucional ocorre quando, sem alterar o texto constitucional, há mudança no sentido e alcance do dispositivo da Constituição para atender às novas exigências sociais”.

Salienta-se, entretanto, que tal interpretação jamais poderá violar o núcleo estabelecido pelo Poder Constituinte ao elaborar a norma, não sendo o intérprete da lei livre para alterar o texto constitucional, usurpando a finalidade principiológica e basilar do texto impressa pelo legislador constituinte (PIRES, 2016, p. 151).

A legitimidade da mutação será alcançada no equilíbrio entre a rigidez da Constituição e a moldabilidade de suas normas, sendo esses dois conceitos essenciais para a teoria constitucional. Enquanto a rigidez procura manter a estabilidade da ordem constitucional, assim como, preservar a segurança jurídica, a maleabilidade de suas normas procura adaptá-las a nova realidade social, às novas demandas, sem que seja necessário recorrer, frente a cada alteração de contexto social, aos processos formais e complexos de modificação constitucional (BARROSO, 2018, p. 165).

Presente interpretação desdobra-se, portanto, para os defensores da aplicação desse entendimento, em caso de mutação constitucional, caso em que, a alteração da realidade social altera a própria noção da sistemática jurídica. O sentido outrora atribuído à Presunção de não-culpabilidade se alterou com o tempo, fundando essa nova interpretação da lei, na qual se admite a execução da pena

após a condenação em segundo grau, mesmo sem o trânsito em julgado (BARROSO, 2016, p. 35).

Em síntese, seguindo a linha de raciocínio daqueles defensores da adoção de tal medida processual penal, a execução da sanção estatal após condenação em segunda instância, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário, não caracteriza afronta ao princípio constitucional da Presunção da Inocência, pois, o mesmo deve sempre ser interpretado de forma harmônica com os demais princípios constitucionais. Dessa forma, a Presunção de Inocência não se mostra violada quando iniciado o cumprimento de pena nessas condições, tendo em vista que, apenas pendente discussão acerca de matéria de direito, não de fato; discute-se questões constitucionais ou relacionadas a aspectos infraconstitucionais, porém, sem debate acerca do mérito da questão. Essa é a competência atribuída as Cortes Superiores, sendo que, a prevalência da presunção ainda nessas circunstâncias acarretaria em total presunção de inépcia e desconfiança das instâncias ordinárias.

Ainda, referido princípio deve ser encarado como integrante de um sistema constitucional harmônico, devendo haver respeito aos demais princípios que, com base na evolução social, acarretaram em uma alteração de interpretação do princípio em análise, devendo o mesmo se adequar a nova realidade, para que produza de forma positiva seus efeitos, bem como, que todo o ordenamento se mostre aplicável e eficiente.

Na análise dos principais argumentos que embasaram a decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal na alteração do entendimento acerca da execução penal mediante condenação em segundo grau, parte-se para a exposição de outro pilar nessa mudança de interpretação constitucional, qual seja, a busca por um sistema penal mais efetivo, combatendo recursos protelatórios e buscando a efetivação da tutela punitiva estatal na corrida contra a prescrição.

4.2 Efetividade da prestação jurisdicional

Outro fundamento em que se baseia a mudança de entendimento e a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, mediante condenação em segundo grau, sendo esse um dos mais relevantes e destacados argumentos, presente com grande ênfase na mídia e discursos daqueles que

advogam no sentido de adoção de tal medida executiva penal, é a batalha travada contra a prescrição.

Prevista nos artigos 109 a 118 do Código Penal (CP), a prescrição constitui-se em causa de extinção de punibilidade, caracterizada pela perda do poder punitivo do Estado em virtude do decurso do tempo. Fundamenta-se no desaparecimento do interesse na repressão daquele crime, não havendo mais sentido na punição tardia, devido ao tempo decorrido, o qual varia de acordo com a pena cominada, pois, o Estado possui um prazo determinado para exercer o seu *jus puniendi* (ANDREUCCI, 2018, p. 232).

Para compreensão do instituto, válido o ensinamento de Callegari e Pacelli, o qual se cita:

É dizer, a prescrição é a impossibilidade de se ajuizar a pretensão punitiva, é a perda da ação, que constitui dever do Estado, em face da escolha pela obrigatoriedade da ação penal pública. Exatamente por isso, a prescrição põe a descoberto o descumprimento de um dever do Poder Público, que deixa decorrer *in albis* (em branco) o prazo máximo previsto em lei para a propositura – ou conclusão – da ação (CALLEGARI; PACELLI, 2018, p. 564).

Referido instituto desdobra-se em diferentes espécies: a prescrição da pretensão punitiva; da pretensão executória; a intercorrente; a retroativa; e, a virtual (ANDREUCCI, 2018, p. 232).

Interessa ao tema em análise a prescrição da pretensão punitiva do Estado, pois, é aquela que se amolda ao contexto do início antecipado da execução da pena, antes da produção da coisa julgada. A pretensão será de caráter punitivo quando o Estado se encontra em fase de investigação ou acusação, adentrando nessa seara as etapas de identificação dos autores do crime, a imputação do fato e propositura da ação penal, até a condenação do réu (CALLEGARI; PACELO, 2018, p. 578).

O prazo prescricional nessa modalidade levará em conta a pena máxima prevista no tipo penal para o delito, em caráter abstrato, acrescida das causas de aumento ou diminuição, em seus graus máximo e mínimo, respectivamente, além das circunstâncias qualificadoras (CALLEGARI; PACELO, 2018, p. 578).

Dessa forma, nessa modalidade prescricional, o decurso do tempo irá levar a perda do *jus puniendi*, ou seja, do direito de punir, não possuindo mais o Estado a

autoridade para aplicar a sanção prevista no tipo penal ao autor do fato (ANDREUCCI, 2018, p. 232).

Portanto, verificada a prescrição da pretensão punitiva, bem como, decretada a mesma, a prática do crime não surtirá nenhum efeito jurídico penal para quem o cometeu, pois, impossibilitada está a aplicação da sanção estatal aquele indivíduo por aquele fato. Em resumo, é como se o delito nunca tivesse sido cometido (PASCHOAL, 2015, p.171).

Assim, o ato de manejar recursos de cunho meramente protelatório, buscando alcançar tal prescrição da pretensão punitiva estatal, se tornou medida comum e usual, fato esse que contribui para a impunidade, assim como, enfraquece a visão da sociedade sobre o papel do Poder Judiciário como um todo. Nesse sentido entendia o Ministro Zavascki, conforme afirmou:

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória (ZAVASCKI, 2016, p. 16).

Importante à análise que, o trânsito em julgado de uma decisão, sendo somente esse o momento no qual era possível, até mudança de entendimento, o início da execução da pena, ocorrerá, fundado no sistema recursal brasileiro, apenas em momento de inércia da parte. Isso, pois, sempre existirá um recurso oponível, tendo em vista que, os mecanismos para repelir recursos de cunho meramente protelatório estão ainda em fases iniciais de desenvolvimento (FACHIN, 2016, p. 24).

Ilustra referidas argumentações o caso registrado por Fernando Brandini Barbagalo (apud ZAVASCKI, 2016, p. 17), acerca de fato ocorrido em ação penal subjacente ao *Habeas Corpus* 84.078, o qual resultou em extinção da punibilidade do agente pela prescrição, devido à impetração de sucessivos recursos protelatórios. Expõe Barbagalo (apud ZAVASCKI, 2016, p. 17), em resumo, que, no presente caso, fora interposto recurso especial, o qual não fora recebido pelo Tribunal de Justiça competente; dessa decisão, se impetrou agravo para o Supremo Tribunal de Justiça, momento no qual o recurso especial fora rejeitado monocraticamente; após, fora interposto agravo regimental, o qual fora negado,

sendo tal decisão combatida por embargos de declaração, também improvido; interposto novos embargos de declaração, os mesmos também foram rejeitados, e, dessa decisão, interpostos embargos de divergência, também indeferidos; desta, agravo regimental, o qual também fora rejeitado; apresentado mais um embargos de declaração, o qual também fora rejeitado, interpôs a defesa mais um recurso de embargos de declaração, e, antes que fosse julgado, apresentou pedido de reconhecimento da pretensão punitiva do Estado, o qual foi acolhido.

Esse é apenas um de diversos outros casos de interposição de uma infinidade de recursos protelatórios com o intuito apenas de procrastinar o início da sanção estatal na busca pela prescrição. No caso citado, a cada nova decisão, um novo recurso, sendo oito recursos ao todo interpostos, para, ao fim, perfectibilizada a prescrição, o pedido com a posterior decretação da mesma.

Dessa maneira, a interpretação do Princípio da Presunção de Inocência no sentido de apenas se autorizar o início do cumprimento da pena mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória conduz a possibilidade de prescrição, pois, devido ao modo como o sistema recursal encontra-se posto, somente ocorre o trânsito da decisão quando a parte perdedora desistir da interposição de recursos e conformar-se com sua decisão. Nesse sentido afirma o Ministro Fachin, quando expõe:

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado (FACHIN, 2016, p. 24).

Destarte, a interpretação da Presunção de não-culpabilidade, se realizada de forma literal, no entendimento dos defensores da flexibilização da interpretação de tal norma, provoca resultados extremamente negativos ao sistema judicial criminal como um todo. O Ministro Barroso (2016, p. 32), o qual votou pela mudança no entendimento durante julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, assevera que a impossibilidade da execução da pena após a condenação em segundo grau produziu três consequências negativas, sendo a interposição de recursos protelatórios na busca pela prescrição; a seletividade ainda maior do sistema penal;

e, o aumento em relação ao descrédito da população em relação ao sistema penal. Por ora, o foco estará na análise da primeira consequência exposta pelo Ministro.

Em suas alegações, expõe Barroso:

Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus (BARROSO, 2016, p. 34).

A interposição de tais recursos, conforme trabalhado, visa alcançar a prescrição, em nada contribuindo para a efetividade do sistema penal, ou, para o atendimento de garantias constitucionais. Em verdade, tal garantia acaba sendo utilizada como forma de burlar a efetivação da sanção estatal, não cumprindo com seu núcleo principiológico, mas, sim, servindo como mecanismo de procrastinação.

Tendo em vista que o último marco interruptivo da prescrição, conforme exposto, antes do início do cumprimento de pena, será a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis, conforme artigo 117, inciso IV, do Código Penal (CP), os recursos interpostos posteriormente não acarretam em interrupção da contagem do prazo. Dessa forma, por muitas vezes, acabam sendo utilizados apenas para inibir a efetividade do sistema judiciário penal, em nada buscando garantir a efetivação da presunção de inocência (ZAVASCKI, 2016, p. 18).

Inúmeros outros casos podem ilustrar e embasar a presente arguição para o início do cumprimento de pena com a condenação em segundo grau, tais como aqueles trazidos pelo Ministro Barroso, os quais se cita:

No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois (BARROSO, 2016, p. 46).

Exemplifica o presente posicionamento, ainda, o caso envolvendo o ex-senador Luiz Estêvão, condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por fato ocorrido em 1992. Após interpostos 34 recursos, a execução da sanção somente veio ocorrer

em 2016, às portas da prescrição, transcorridos mais de 23 anos da data do crime (BARROSO, 2016, p. 46).

Cumprido salientar que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do Réu, segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal, sendo esses dados trazidos pelo Ministro Barroso (2016, p. 33), é inferior a 1,5%, sendo que, em um total de 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelos ministros do Supremo, aquelas absolutórias não representam 0,1% do total de decisões. Assim, os recursos interpostos não possuem objetivo real de buscar atender as garantias do indivíduo, mas, em muitos casos, apenas busca protelar a aplicação da pena para alcançar a prescrição.

Diante desse contexto, cabe lembrar que é função do Poder Judiciário, bem como, do Supremo Tribunal Federal, harmonizar a aplicação do princípio da não culpabilidade com os demais expressos na Constituição, buscando evitar o uso da gama de recursos de forma meramente protelatória, no intuito de alcançar a prescrição, pervertendo a real função da esteira recursal. Assim, frente a essa realidade, argumentava o Ministro Zavascki que:

Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (ZAVASCKI, 2016, p. 18).

A execução provisória do acórdão condenatória visa, portanto, reduzir o estímulo à interposição de recursos inadmissíveis, apenas com o condão de protelar o trânsito em julgado, pois, impedir que as condenações proferidas em julgamentos de segunda instância produzam efeitos, fomenta a utilização abusiva da gama de recursos existentes no ordenamento penal. Com a execução sendo independente do trânsito, caminha-se para uma maior funcionalidade do sistema de justiça (BARROSO, 2016, p. 51).

Quanto à existência de erros judiciais cometidos nas instâncias ordinárias, um dos argumentos que embasa a tese de não aplicação da sanção estatal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, assim como, um dos fundamentos da existência do sistema recursal, entende o Ministro Fachin (2016, p. 25) não ser argumento suficiente para justificar o não cumprimento da pena.

O caso concreto possui, para sua solução, um Juízo monocrático, o qual atuará de forma a garantir a aplicação justa da lei penal, assim como, um Colegiado formado por pelo menos três magistrados, os quais encontram-se em estágio adiantado de suas carreiras, sendo os responsáveis por sanar eventuais injustiças cometidas (FACHIN, 2016, p. 23).

Ademais, mesmo que existam erros em decisões judiciais de segundo grau, existem, também, instrumentos processuais eficazes e aplicáveis a essas situações, tais como medidas cautelares buscando conferir efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários, além do *habeas corpus* (FACHIN, 2016, p. 25).

No tocante aos erros judiciários, no mesmo sentido entendia o Ministro Zavascki, o qual afirmava:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena (ZAVASCKI, 2016, p. 19).

Assim, mesmo que exequível a decisão condenatória antes do trânsito em julgado, o indivíduo não está desamparado em caso de evidente violação de direitos, podendo, em havendo plausibilidade jurídica do recurso, ter atribuído efeito suspensivo pelo Tribunal Superior ao seu recurso, no caso de injustiças ou excessos; além disso, existe a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, o qual poderá ser manejado como forma de controlar eventual atentado ou violação a direito fundamental em virtude de sua condenação (ZAVASCKI, 2016, p. 19).

Dessa maneira, a execução da pena mediante condenação em segundo grau, ainda que não transitada em julgado tal decisão, busca atender a efetividade da lei penal, a qual também é interesse constitucional. Busca-se evitar a prescrição e garantir a aplicação da lei penal, atendendo a prevenção geral, desestimulando a prática de crimes por indivíduos da sociedade, frente à sanção estatal, assim como, a prevenção específica, desestimulando a reiteração delitiva do condenado pelo crime, objetivando, com isso, proteger os bens jurídicos tutelados pela esfera penal. Referidos valores e interesses possuem lastro constitucional, expresso em diversos artigos da Lei Maior, buscando um sistema penal sério e efetivo, que desempenhe

sua função social preventiva, assim como, atue na proteção desses interesses constitucionalmente protegidos (BARROSO, 2016, p. 40).

A batalha travada contra a prescrição é outro fundamento, portanto, da tese de início de cumprimento de pena com a condenação em segunda instância, ainda que não transitada em julgado, buscando garantir a efetividade da lei penal, assim como, combater recursos protelatórios que promovem impunidade e corrompem o próprio ordenamento. Encarado o presente argumento, parte-se para a próxima coluna de sustentação da tese em análise, sendo o descrédito do sistema jurisdicional penal em relação à sociedade gerado pela interpretação limitada da presunção da inocência.

4.3 O descrédito da sociedade em relação ao sistema criminal

Os avanços tecnológicos e sociais permitiram um maior acesso à informação por parte da grande massa populacional, circunstância que aproximou as decisões judiciais da coletividade. Dessa forma, questões da esfera penal começaram a ser mais discutidas, devido, em muito, ao impacto que tais entendimentos dos tribunais trazem para a sociedade.

Diante desse novo contexto social, questões relacionadas a impunidade ganharam novos contornos, pois, o clamor por um sistema criminal efetivo se tornou uma das principais manifestações por parte da sociedade. Assim, com o passar do tempo, devido à forma e intensidade em que as notícias criminais são vinculadas na imprensa, construiu-se uma ideia de impunidade em relação aos chamados crimes do colarinho branco, os quais, devido à forma como o sistema penal está disposto, acabam demorando mais do que a maioria para serem sentenciados, e, devido a imensa gama de recursos interpostos, possuem sua execução postergada para anos após o efetivo cometimento do ilícito.

Os crimes do colarinho branco, em síntese, são aqueles delitos praticados, dentro de determinado âmbito profissional, por indivíduo respeitável e de elevada relevância social. Atualmente, utiliza-se a expressão criminalidade econômica (PRADO, 2019, p. 129).

Para o Ministro Barroso (2016, p. 34), conforme exposto, a interpretação que se dava ao Princípio da Presunção de não-culpabilidade acarretou em três efeitos

negativos, sendo o impulsionamento de recursos meramente protelatórios, o aumento da seletividade do sistema carcerário, tema que ainda será abordado ao longo dessa análise, bem como, a perda de crédito do sistema jurisdicional penal em relação à sociedade, do qual se trata a exposição no momento. No que se refere ao descrédito, afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados (BARROSO, 2016, p. 34).

Dessa maneira, a demora que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado das decisões condenatórias acarreta, com a imensa interposição de recursos, para, ao final a decretação da prescrição, ou, mesmo em não ocorrendo extinção da punibilidade, a verdadeira delonga na aplicação da sanção estatal, levou ao descrédito das instituições do Poder Judiciário em relação à sociedade. A divulgação massiva de informações expondo tais fatos culminou, ainda, entre demais notícias de escândalos e corrupção, na construção da mentalidade de impunidade no sistema penal brasileiro.

Prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP) três hipóteses em que a decretação da prisão preventiva se justifica, sendo uma delas a garantia da ordem pública e econômica. No tocando a garantida da ordem pública, argumenta o Ministro Barroso:

Em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário (BARROSO, 2016, p. 44).

Sendo assim, entende Barroso (2016, p. 45) estar em jogo, além da eficácia da lei penal, a própria credibilidade do Poder Judiciário, a qual se mostra abalada com a demora da repreensão do delito cometido, não se operando a finalidade preventiva da lei penal, e, por conseguinte, o dever de proteção do Estado.

A razoável duração do processo se mostra, portanto, mais do que um dever do Estado, mas, uma exigência da sociedade atual. Nesse contexto, se argumenta a necessidade do início da execução da pena mediante a condenação em segundo grau, mesmo que ainda não transitada em julgado tal decisão, estando pendentes recursos para as Cortes Superiores.

Quando perpetrado um delito, mesmo que processado e condenado o autor de tal crime, se o mesmo não é punido, ou, vem a sofrer a sanção estatal apenas muito tempo depois, a confiança no sistema penal fica abalada, tanto na visão do condenado, quanto da sociedade (BARROSO, 2016, p. 47).

Para o acusado, muitas vezes, a impunidade prepondera, findando na percepção de que sua conduta não é reprovável, ou, que o sistema é falho. No tocando ao entendimento da sociedade, a mesma interpreta a situação de duas formas, segundo o Ministro:

(i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito (BARROSO, 2016, p. 47).

O início do cumprimento de pena no momento em que se encerra a jurisdição das instâncias ordinárias se mostra como, para os defensores da presente tese, uma exigência de ordem pública, para que se atenda a eficácia do sistema jurisdicional penal, assim como, uma medida de restaurar e afiançar a credibilidade do Poder Judiciário junto à sociedade.

Através de um levantamento estatístico realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FVG), denominado Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil), o qual tem por finalidade analisar a visão da população brasileira do Poder Judiciário, é possível avistar o baixo percentual de confiança que o cidadão possui em relação a essa instituição tão primordial para qualquer sociedade.

Em pesquisa realizada no ano de 2015, anterior, portanto, a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, foram entrevistados 3.300 (três mil e trezentos) indivíduos, estando esses distribuídos pelo Distrito Federal, Amazonas, Bahia, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, e, Distrito Federal. Desses, cerca de um terço afirmou confiar no Judiciário, totalizando,

apenas, 32% dos entrevistados. Para fins de comparação, 61% afirmaram confiar nas Forças Armadas; 57% confiam na Igreja Católica; 43% confiam na imprensa escrita; e, 42% confiam nas redes sociais, ou seja, 10% dos entrevistados confiam mais em notícias da rede (facebook e twitter foram as citadas) que no Poder Judiciário (ICJBrasil, 2015, p. 11-18).

No ano de 2016, em nova pesquisa buscando aferir a confiança no Judiciário brasileiro, foram entrevistadas 1.650 (mil seiscentas e cinquenta) pessoas, distribuídas pelos mesmos estados da pesquisa anterior, além do Distrito Federal. Dessas, 29%, novamente apenas cerca de um terço, afirmaram confiar no Poder Judiciário. Para comparação, 59% confiam nas Forças Armadas; 57% na Igreja Católica; e, 33% nas emissoras de televisão (ICJBrasil, 2016, 09-15).

Os dados coletados no ano de 2017 demonstraram uma queda ainda maior na confiança em relação ao Poder Judiciário. Das 1.650 (mil seiscentas e cinquenta) pessoas entrevistadas, distribuídas pelo Distrito Federal e demais estados já citados, apenas 24% confiam no Judiciário brasileiro, estando atrás, entre outros, das Forças Armadas, 56%; Igreja Católica, 53%; redes sociais, 37%; imprensa escrita, 35%; e, emissoras de televisão, nas quais 30% dos entrevistados admitem confiar (ICJBrasil, 2017, p. 06-13).

Cumprе salientar que, embora com baixos índices de confiança, o Poder Judiciário ainda se mantém na frente de outras instituições citadas na pesquisa, como os sindicatos, o Congresso Nacional, os partidos políticos, e, o Governo Federal (ICJBrasil, 2017, p. 13).

O fato de encontrar-se em posição superior a algumas instituições, entretanto, não significa que o Judiciário possua uma boa percepção por parte da sociedade, pois, ainda possui dados de confiabilidade muito baixos, estando oito posições abaixo das Forças Armadas, a qual ocupa o topo do ranking (ICJBrasil, 2017, p. 13)

O índice de confiança no Supremo Tribunal Federal também é preocupante, sendo que, apenas 24% dos entrevistados afirmaram confiar no mesmo, totalizando menos de um quarto da população. Mesmo levando em consideração apenas aqueles indivíduos com escolaridade alta, apenas 34% deles confiam no Supremo (ICJBrasil, 2017, p. 16).

A pesquisa ainda concluiu que, em maioria, as pessoas possuem a percepção que Poder Judiciário resolve os problemas de forma muito lenta, possuindo um custo

muito alto, além de ser difícil de utilizar o mesmo. Assim expõe o Relatório do ICJBrasil:

A principal dimensão que afeta a confiança no Judiciário é a morosidade na prestação jurisdicional. No primeiro semestre de 2017, 81% dos entrevistados responderam que o Judiciário resolve os casos de forma lenta ou muito lentamente. O custo para acessar a Justiça também foi mencionado por 81% dos entrevistados. E 73% dos entrevistados declarou que é difícil ou muito difícil utilizar a Justiça (ICJBrasil, 2017, p. 17).

Além disso, concluiu-se que a má avaliação do Judiciário está ligada a questões como honestidade, competência e independência. Nos dados de 2017, 78% dos indivíduos afirmaram considerar o Poder Judiciário nada ou pouco honesto, sendo uma instituição que possui baixa capacidade de resistir a subornos. Ainda, 73% dos entrevistados consideraram que o Judiciário é nada ou pouco competente para solucionar os casos levados até ele. Por fim, 66% dos respondentes acreditam que o Poder Judiciário é nada ou pouco independente no que concerne à influência dos outros Poderes do Estado sobre ele (ICJBrasil, 2017, p. 17).

Dessa forma, a descrença no Poder Judiciário devido, em sua maioria, a noção de morosidade e falta de competência que a população possui em relação ao mesmo, acarreta a sensação de impunidade que já fora evidenciada na pesquisa realizada em 2016, na qual 76% dos entrevistados afirmaram que é fácil desobedecer à lei no Brasil, assim como, 59% afirmou existirem poucas razões para uma pessoa seguir a lei no país (ICJBrasil, 2016, p. 19).

Em relação a quem a população acredita que mais desrespeita as leis no Brasil, questionamento realizado na pesquisa de 2017, 38% da população afirmou crer que os parlamentares são aqueles que menos cumprem as leis. Em segundo, 30% dos respondentes responderam que as pessoas, em geral, desrespeitam as leis. Por fim, 15% dos entrevistados afirmara que é o Presidente da República quem mais desrespeita as leis (ICJBrasil, 2017, p. 18).

Todos os dados evidenciam o descrédito do Poder Judiciário, em geral, devido a sua lentidão na solução dos conflitos, bem como, na demora da prestação jurisdicional. Para Barroso, conforme exposto, a execução da pena mediante a condenação em segundo grau se mostraria medida eficaz na restauração da confiança em relação ao Judiciário por parte da população, pois, a resposta em tempo

hábil que seria estendida à sociedade aumentaria a credibilidade do Judiciário em relação ao combate à criminalidade. Afirma o Ministro que:

Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade (BARROSO, 2016, p. 48).

Destarte, a manifestação de órgão de cooperação internacional a que o ministro se refere em transcrição realizada, trata-se da recomendação elaborada pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, da qual o Brasil faz parte, a qual relatou a necessidade de implementação de reformas no sistema de recursos judiciais, bem como, busca por mecanismos que permitam agilizar o desfecho dos processos no Judiciário, além do início da execução das decisões, visando evitar a impunidade daqueles responsáveis por atos de corrupção (COMISSÃO apud BARROSO, 2016, p. 48).

Cumprido salientar que, embora tenha sido realizada pesquisa no ano de 2017, após o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o presente argumento não merece ser descartado, pois, tal mudança é recente e não se massificou no seio da comunidade. Além disso, mais do que restaurar a confiança no Judiciário, a ideia da aplicação antecipada da pena busca, segundo seus defensores, prestar a tutela estatal em tempo hábil para a vítima e sua família. Quando um crime é cometido, cria-se aquela sensação de impacto em todo o contexto social, sendo que, o delito vem a atingir toda a sociedade. Dessa forma, prestar a tutela de forma efetiva e em tempo hábil ajudará na já trabalhada prevenção geral e especial, caráter intrínseco da pena.

Assim, analisando-se de forma interligada os índices, fazendo um apanhado geral e extraindo uma conclusão, chega-se ao inevitável: o Judiciário brasileiro possui um baixo nível de confiabilidade por parte da população devido a impunidade ou, pelo menos, a sensação de impunidade existente, a qual é oriunda da demora na tutela efetiva estatal na esfera estatal. Diante disso, a execução antecipada da pena, de forma mais célere, com fundamento, obviamente, nos demais argumentos já citados, contribuiria para a mudança desse paradigma. Isso, na visão daqueles

que argumentam pela aplicabilidade de tal medida. Quanto a isso, argumenta Barroso:

Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto (BARROSO, 2016, p. 51).

Inexiste, conforme exposto, um triplo ou quádruplo grau de jurisdição. Assim, a mudança de orientação, no sentido de possibilitar a execução da decisão de segundo grau mesmo antes do trânsito em julgado, prestigia, segundo Barroso (2016, p. 51), o próprio Supremo Tribunal Federal, no qual o acesso deve ocorrer em situações extraordinárias, não se desdobrando em tribunal de revisão, ainda mais frente a recursos nitidamente protelatórios, e, portanto inadmissíveis.

A execução da condenação proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que inexistente o trânsito em julgado, busca, segundo aqueles que a defendem, além de restaurar o prestígio do Judiciário, desestimular a criminalidade. Em verdade, ambos os conceitos encontram-se conexos, pois, se valorizado o Poder Judiciário, com os mesmos sendo vistos como eficientes pela comunidade, e, realmente o sendo, a ideia de prevenção geral irá surtir um maior efeito, e produzir um resultado mais satisfatório, pelo menos, em teoria.

Diminuindo-se a impunidade, reduz-se o índice de seletividade do sistema criminal brasileiro. Indivíduos de baixa renda, os quais não possuem condições de manter um advogado interpondo recursos, são aqueles que verdadeiramente superlotam os presídios precários já enfatizado. Assim, com a alteração do início do cumprimento da pena, se alcançará justiça para todos, pois, se desestimula a criminalidade do colarinho branco, os quais realmente procrastinam a execução da pena através de infundáveis recursos protelatórios. Crimes como corrupção, peculato, que causam lesão ao erário ou à administração pública, assim como, crimes de natureza econômica ou tributária, como sonegação ou evasão de divisas, são exemplos de delitos em que existe uma maior dificuldade em dar início ao cumprimento de pena. Com a execução em segundo grau, se busca produzir um efeito igualitário sobre o sistema, no qual irá se fazer justiça para todos (BARROSO, 2016, p. 52).

Cumpra salientar que, no tocante a regra adotada em outros países, afirma Ellen Gracie (apud BARROSO, 2016, p. 48) que: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”. Em regra, portanto, não se exige o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias, como é caso da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina (BARROSO, 2016, p. 48).

A alteração do entendimento por muito tempo vigente no tocante ao momento de execução da pena alterou-se com fundamento, essencialmente, nos argumentos expostos, priorizando-se aquilo se que define como uma interpretação pragmática da Constituição. O intérprete da lei deve desempenhar uma atuação criativa, atribuindo sentido as cláusulas abertas, assim como, realizando escolhas entre soluções possíveis. A norma jurídica não é relato abstrato, mas, produto da integração entre texto legal e realidade social (BARROSO, 2016, p. 49).

Dessa forma, o pragmatismo irá operar-se na contextualização da norma a realidade em que a mesma se insere e será aplicada, buscando a melhor interpretação da mesma, visando produzir a consequência mais positiva possível para a sociedade que irá ser regida por tal norma. Nos argumentos do Ministro Barroso (2016, p. 50): “Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”.

A mudança no entendimento visa alcançar, portanto, a longo prazo, a quebra do paradigma da impunidade, tendo em vista que, a execução tardia da pena tem enfraquecido a proteção dos bens jurídicos resguardados pela esfera penal, sendo que, a própria confiança da sociedade no Judiciário criminal encontra-se abalada. Ao estender para a população uma tutela estatal mais célere, restaura-se o sentimento de eficácia da lei penal, desconstruindo-se a visão de morosidade do Poder Judiciário, fortalecendo suas bases, assim como, moldando um sistema criminal penal mais sério e efetivo para atender as necessidades da sociedade atual (BARROSO, 2016, p. 53).

O entendimento para se autorizar o início da execução da pena mediante condenação em segunda instância, mesmo que pendente recurso e, portanto, ainda não transitada em julgado tal decisão, sustentou-se nas presentes teses apresentadas. Dessa forma, sendo esse o entendimento atual do Supremo Tribunal

Federal sobre a interpretação da Constituição Federal no tocante ao tema, busca-se alcançar, com referida medida, uma maior efetividade da esfera criminal na sociedade, não se violando o Princípio da Presunção de Inocência, mas, o amoldando a nova realidade social, objetivando atender a demais princípios constitucionais e penais, como a Justiça Social. Evitando-se a procrastinação das ações penais se combate a prescrição, almejando enfraquecer a criminalidade, através do fortalecimento nas instituições judiciais, se operando de forma efetiva e prevenção geral, através do desestímulo da criminalidade e enfrentamento aos crimes do colarinho branco, delitos esses que tanto afrontam e ferem a sociedade. Procura-se atualizar o entendimento, não para violar direitos fundamentais, mas, para combater o crime e promover um sistema penal efetivo e de acordo com as demandas sociais.

5 CONCLUSÃO

O Princípio da Presunção de Inocência simboliza uma conquista histórica da sociedade, tendo em vista os inúmeros abusos perpetrados pela figura estatal ao longo dos séculos. Constitui direito fundamental, inerente a todos os indivíduos, estando previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, assim como, em diversos tratados internacionais do qual o país é signatário. Dessa forma, sua observância e aplicação são obrigatórias, bem como, o respeito a essa garantia, sendo vedada qualquer ação que venha a modificar seu sentido de forma a limitá-la ou suprimi-la.

Não obstante a barreira protetiva que advém de sua existência, a garantia da não-culpabilidade ganha contornos ainda maiores frente a toda gama principiológica prevista no ordenamento jurídico pátrio, a qual é voltada à proteção do indivíduo dos abusos estatais, tendo em vista a fragilidade em que o mesmo se encontra em relação ao Estado. Esses direitos entendidos como fundamentais e inerentes à condição humana devem, portanto, sempre incidir no caso concreto, visando, impedir arbitrariedades, punições desmesuradas ou infundadas.

Além do aspecto protetivo dos direitos fundamentais, o sistema jurídico penal, entre suas normas e princípios, destina-se, também, a buscar a construção de uma sociedade mais justa, objetivando uma diminuição da criminalidade. A esfera penal protege o sujeito acusado do uso de poder desmesurado por parte do Estado, mas, também, visa proteger a sociedade de atos criminosos, buscando construir um contexto social harmônico e que propicie o desenvolvimento nacional. Dessa forma, o sistema penal protege a sociedade do crime, assim como, o acusado das arbitrariedades do Estado.

O objetivo da pena nesse contexto, portanto, não será apenas punir, tendo em vista que o sistema penal não funciona apenas como meio de vingança da sociedade. A sanção desdobra-se em mecanismo de punição, sim, mas, também é forma de se regenerar o preso e prevenir futuros delitos, pelo menos em tese. A regeneração se dará através de um processo de ressocialização que será trabalhado dentro dos presídios, culminando na reinserção do indivíduo no seio da sociedade, enquanto a prevenção se desdobrará em geral, sendo a mensagem que é recebida pela sociedade, desencorajando os indivíduos a delinquirem, bem como, a prevenção específica, a qual atuará em relação aquele apenado, o desmotivando

a perpetrar novo delito. A finalidade não será apenas punir, mas, buscar regenerar, reinserir e prevenir a ocorrência de novos crimes.

Em teoria, esses são os objetivos da pena. Na prática, entretanto, a concretização de tais finalidades encontra grandes empecilhos e dificuldades, oriundos de diversos fatores sociais e estruturais. A ressocialização, talvez o aspecto mais complexo da pena, encontra diversos obstáculos, como o sistema penitenciário mal estruturado, sem investimentos, o qual funciona como verdadeiro fator criminógeno que desconstrói o apenado e o arremessa totalmente no mundo da criminalidade, assim como, a dificuldade em trabalhar o indivíduo de forma a alterar sua essência, pois, embora ninguém nasça criminoso, a grande maioria dos indivíduos apenados, conforme exposto, são oriundos de contexto sociais que os marginalizaram, possuindo, portanto, valores e diretrizes diversos que aqueles criados e moldados de maneira inserida na sociedade. A reinserção, por sua vez, encontra barreiras sociais, como a forma que a sociedade já taxou aquele indivíduo como criminoso, sendo esse um fardo que o mesmo carregará por toda sua vida.

Esse sistema penal, entretanto, acaba sendo seletivo. Há de se reconhecer a existência de um sistema recursal muito amplo, com diversas formas e possibilidades de impugnação, o qual acaba sendo utilizado, muitas vezes, e, por aqueles que possuem condições de arcar com os custos processuais, de maneira procrastinatória, visando retardar o início da execução da pena na busca pela prescrição. Sujeitos que possuem maior poder financeiro, portanto, utilizam-se desse mecanismo processual para alcançarem a impunidade.

Diante disso, a visão da sociedade em relação ao Judiciário fica prejudicada, não transmitindo o mesmo confiança para a população, caindo em descrédito, e, portanto, não se concretizando a ideia de prevenção geral, pois, não se acredita mais na eficiência do órgão. A maior cobertura midiática acarretou em uma maior relevância do tema para a sociedade, pois, aproximou a mesma das decisões judiciais. Dessa forma, a cobrança por soluções para os graves problemas de criminalidade aumentaram, fato que acarretou, entre outras consequências, em mudanças de aplicação da lei penal, de forma a adequá-la as demandas, bem como, a nova realidade social.

Uma dessas mudanças fora o novo entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal no que consiste a interpretação e aplicação da presunção de inocência no processo penal. Outrora proibida, atualmente é possível o início da

execução da decisão condenatória, proferida em órgão de segundo grau, antes do trânsito em julgado. Como exposto, a Suprema Corte é a responsável por uniformizar a aplicação da norma constitucional, orientando sobre qual é a interpretação correta para a Lei Maior. Dessa forma, entende a maioria do Supremo a interpretação correta a ser conferida ao princípio da presunção de inocência ser aquela que permite a execução da pena antes do trânsito.

Embora essa seja a leitura correta, segundo o Supremo, do texto constitucional, visando adaptar a norma a realidade concreta, buscando conferir a mesma máxima eficácia, esse entendimento não é unânime, concluindo a minoria da Corte, mas, ainda assim, ministros de notório saber jurídico, pela impossibilidade dessa interpretação. Além disso, diversos doutrinados, além dos citados, concluem pela inviabilidade de execução provisória da pena, alegando ser a norma constitucional clara, bem como, as convenções internacionais do qual o país é signatário, quando a impossibilidade de adoção da referida medida, não havendo brecha no texto para esse tipo de interpretação.

A complexidade do tema reside na imensa gama de conceitos e situações que se interligam a interpretação que será estendida a garantia da presunção de inocência. Se por um lado o crime evoluiu de tal forma, sendo a punição para os crimes do colarinho branco mais difícil de ser alcançada, de outra banda, a possibilidade de encarceramento de inocentes produz danos irreversíveis para os mesmos, assim como, fortalece o crime ao invés de enfraquecê-lo, tendo em vista o estado deplorável da maioria dos presídios no país. Dados para embasar as diferentes teses existem para ambos os lados, sendo a análise hipotética, por momentos, mais interessante. Que apenas um indivíduo inocente seja encarcerado, o Estado já falhou em sua missão de proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, a cada novo caso de impunidade, toda a sociedade perde, principalmente em casos que envolvem crimes contra a administração e crimes financeiros, os quais acabam lesionando toda a comunidade.

A aplicação da pena apenas como punição não surte efeito positivo para o desenvolvimento da sociedade; a não aplicação de pena, decorrente da prescrição, não surte o efeito preventivo, bem como, desgasta e desacredita o sistema judiciário penal. Ambos os lados da discussão parecem possuírem argumentos contundentes, e, embora divergentes, todos parecem amoldar-se a realidade, até mesmo se completando, na construção de um caótico quadro de problemas que necessitam

urgentemente de soluções, porém, mais complexas do que as discussões travadas sobre a matéria.

Os problemas relacionados ao sistema transcendem a prescrição da pretensão punitiva estatal devido aos recursos protelatórios, não sendo essa a medida mágica que alterará o paradigma da impunidade ou da criminalidade. Entretanto, não se pode descuidar do argumento de que a adoção de referida medida realmente pode surtir um efeito preventivo, além de, alcançar certa justiça social, em que não se pune apenas o menos favorecido, mas, sim todo aquele que condenado for por um delito, em especial, alcançando aqueles criminosos por muito tempo encarados como intocáveis, grandes detentores de poderio financeiro, os quais se fortaleceram aos custos da sociedade. A medida, entretanto, não se aplica somente a eles, mas, a todos os membros da sociedade, fato que gera dúvida sobre a real eficácia que tal ação irá surtir. Talvez a impunidade, oriunda de outros fatores, continue ocorrendo, ou, talvez ainda, para que um criminoso do colarinho branco inicie a execução de sua pena, muitos outros sujeitos menos afortunados, muitas vezes inocentes, sejam submetidos ao sistema carcerário. Mesmo que culpado, se submetido a regime mais gravoso, o dano já será causado.

Cumprir salientar que, na mesma medida, se amolda a referida crítica ao encarceramento destrutivo às prisões provisórias. Se a execução da pena antes do trânsito em julgado é discutível, mesmo havendo, em muitos casos, condenação nas duas instâncias, se extraindo aquilo que se denomina por alguns de presunção de culpa, debate igualmente relevante deve ser travado em relação às prisões provisórias, as quais acabam, em diversas situações, extrapolando a própria duração de pena posteriormente cominada ao denunciado, sem descuidar dos casos em que o mesmo acaba por ser, ao findar da ação penal, absolvido.

Em um contexto no qual o sistema carcerário fosse estruturado, cumprindo com as finalidades principiológicas da pena, mesmo que não em sua totalidade, mas, pelo menos, que se almejasse alcançar tal fim, a execução antes do trânsito em julgado poderia ser melhor recebida. Nessa realidade, na qual o Poder Judiciário se mostra melhor estruturado, na qual não ocorrem, ou, pelo menos, ocorrem em bem menor número, erros judiciais, talvez essa medida fosse de melhor utilidade, mais benéfica, mais proveitosa.

A prescrição alcançada apenas com recursos protelatórios, impedindo o cumprimento da pena e frustrando a pretensão punitiva estatal, realmente é questão

a ser debatida e alterada. Porém, embora os argumentos favoráveis à execução da decisão condenatória de segundo grau antes de feita a coisa julgada possuam fundos de verdade, desconsiderar as consequências que advém da imposição dessa medida não parece ser medida sábia. A revisão do sistema recursal, talvez, fosse providência a ser tomada para evitar a perda de pretensão punitiva, bem como, a criação de mecanismos processuais visando evitar recursos de mero cunho protelatório.

Dessa forma, diante da complexidade da matéria em análise, certamente o tema ainda acarretará discussões acadêmicas e doutrinárias, tendo em vista a dificuldade em se alcançar um consenso, devido à complexidade de conceitos que emergem da análise de todas as nuances da execução da pena antes de trânsito em julgado, bem como, quando se estudam todos os desdobramentos do Princípio da Presunção de Inocência.

Adequar a norma à realidade é necessário, como forma de se efetivar o disposto no ordenamento, bem como, promover aplicabilidade eficaz à legislação penal, de maneira que cumpram seus objetivos e realmente os dispositivos penais surtam um efeito na sociedade. Porém, essa adequação nunca pode importar em supressão de garantias e direitos, em especial aqueles elencados como fundamentais, os quais são protegidos pela imutabilidade, representando cláusulas pétreas, devido a sua importância e relevância social.

Diante de todo o exposto, é seguro afirmar que a busca por um sistema penal mais efetivo, visando atender as demandas sociais, de forma a adequar a lei penal a nova realidade e fortalecer a confiança da sociedade no Poder Judiciário, é válida e bem vinda. Entretanto, a efetivação da lei penal não pode importar em afronta a garantias constitucionais, não se justificando as mesmas serem esmagadas e limitadas para que se alcance tal objetivo.

A reforma é necessária, e a execução da pena antes do trânsito pode se justificar, desde que desenvolvidos outros mecanismos processuais, bem como, estruturadas novas formas de execução da lei penal, através de, entre outros, uma reforma do sistema carcerário atual, de maneira que todas essas medidas caminhem conjuntamente na busca por esse objetivo. De outra forma, o mero encarceramento antecipado apenas cumpre função de aplacar a voracidade da população por punição, não fortalecendo o sistema, mas, na verdade, ocultando um

problema que, eventualmente, irá retornar, cobrando uma solução que, dessa vez, se mostre eficaz.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AURÉLIO, Marco. Voto do Ministro Marco Aurélio, em Habeas Corpus nº 126.292, de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160225-06.pdf>> Acesso em: 23 janeiro 2019.

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Dados eletrônicos. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>> Acesso em: 24 outubro 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Books Editora, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena e prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 janeiro 2019.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. *Com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoas-ano>> Acesso em: 25 janeiro 2019.

ESTADOS UNIDOS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Assembleia Geral da ONU: 1966.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Assembleia Geral da ONU: 1948.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS SÃO PAULO. Relatório ICJBrasil, 1º. Semestre/2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS SÃO PAULO. Relatório ICJBrasil, 1º. Semestre/2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS SÃO PAULO. Relatório ICJBrasil, 2º. Semestre/2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20-02%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Habeas Corpus nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em Habeas Corpus nº 126.292, de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160225-06.pdf>> Acesso em: 23 janeiro 2019.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>> Acesso em: 25 janeiro 2019.

MARÉS, Chico; BECKER, Clara. *Prisão após 2º instância: quais ministros do STF mudaram de opinião – e de voto?*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/12/19/ministros-2-instancia-mudanca/>> Acesso em: 23 janeiro 2019.

MELLO, Celso de. Voto do Ministro Celso de Mello, em Habeas Corpus nº 126.292, de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160223-10.pdf>> Acesso em: 23 janeiro 2019.

MELLO, Celso de. Voto do Ministro Celso de Mello, em Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>> Acesso em: 23 janeiro de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEXO JORNAL. *A prisão pós segunda instância analisada por estes 2 professores*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/10/A-pris%C3%A3o-p%C3%B3s-segunda-inst%C3%A2ncia-analisada-por-estes-2-professores>> Acesso em: 25 janeiro 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio; CAELLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PIRES, Antônio Fernando. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMALHO, Renan. *Por 7 a 4, STF admite prisão logo após condenação em 2ª instância*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/02/maioria-do-stf-permite-prisao-logo-apos-condenacao-em-2-instancia.html>> Acesso em: 25 janeiro 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em: 23 janeiro 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.