



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ-UESPI
BACHARELADO EM DIREITO

DAVI VILELA JOCA
JOSE VENANCIO RIBEIRO DE SOUSA

**O DIREITO E O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

PARNAÍBA
2018

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ-UESPI
BACHARELADO EM DIREITO

DAVI VILELA JOCA
JOSE VENANCIO RIBEIRO DE SOUSA

**O DIREITO E O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí – UESPI, com
o objetivo de obter o título de bacharel em
direito

Orientador: Prof. Esp. Gérson de
Sousa Batista

PARNAIBA

2018

J63d Joca, Davi Vilela

O direito e o processo penal de emergência e a execução provisória da pena após condenação em segunda instância / Davi Vilela Joca, José Venancio Ribeiro de Sousa. – 2018.

47 f. : il.

Monografia (graduação) – Universidade Estadual do Piauí – UESPI, Bacharelado em Direito, 2018.

“Orientador Prof. Esp. Gérson de Sousa Batista.”

1.

Processo Penal. 2. Princípios Constitucionais.

3. Constituição Federal.
Venancio Ribeiro de.

4. Prisão.
Título.

II. I. Sousa, José

CDD: 342.05

DAVI VILELA JOCA
JOSÉ VENÂNCIO RIBEIRO DE SOUSA

**O DIREITO E O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí com o objetivo
de obter o título de bacharel em direito

BANCA EXAMINADORA

PROFº. ESP. GERSON DE SOUSA BASTISTA
PROFESSOR ORIENTADOR - PRESIDENTE DA BANCA EXAMINADORA

PROFº ESP. FRANCISCO JOSÉ TIAGO ARAÚJO DE CASTRO
EXAMINADOR

PROFª. ESP. LEILA MARIA ZIMMERMANN MAYER
EXAMINADOR

Aprovado em ____/____/____.

Dedicamos primeiramente ao nosso Deus, que nunca nos desamparou nesta empreitada. Aos nossos pais (Alexandre Joca, Rose Joca) e (Benicio Sousa e Luzia Ribeiro) pelo apoio incondicional e por serem nosso Norte todas as vezes que fomos tomados pelas incertezas desta vida.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo agradecemos a Deus por até aqui ter guiado nossos passos, nos dado força para encarar os desafios diários.

Aos nossos pais pela ousadia em apostar suas fichas em nossa formação acadêmica. Por toda a energia desprendida para que tivéssemos sempre o melhor que lhes era possível nos dar. Pelo amor deles que iluminou nossas vidas e nos deu estabilidade para enfrentar o mundo.

Aos nossos irmãos pelo apoio, por sempre podermos contar com a ajuda deles. A Isadora Castelo Branco e Raylane Albuquerque pelo amor e compreensão dedicados.

Aos nossos amigos que juntos nos ajudaram a suportar o peso da solidão que a distância de nossas famílias nos proporcionou no decorrer do curso. Em especial aos nossos amigos Alexandre Macedo, Jordannilson Silva, Heitor Figueira, Wygma Wendell, Alexandre Araújo e Caio Felipe.

“Se és capaz de, entre a plebe, não te corromperes e, entre reis, não perder a naturalidade, e de amigos, quer bons, quer maus, te defenderes, se a todos podes ser de alguma utilidade, e se és capaz de dar, segundo por segundo, ao minuto fatal todo o valor e brilho, tua é a terra com tudo o que existe no mundo”

Rudyard Kipling

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a constitucionalidade da legislação brasileira no que diz respeito à prisão em segunda instância, diante da realidade do País e do processo penal de emergência sob o aspecto das garantias sacrificadas. Para tanto, o procedimento adotado é a pesquisa bibliográfica e eletrônica, e a técnica, a pesquisa indireta (doutrinária). Inicialmente, aborda-se o panorama geral do processo penal de emergência no Brasil, tratando das suas origens históricas, situação atual e tendências. Após, são elencados e discutidos os mais relevantes documentos normativos sobre a temática das garantias fundamentais/constitucionais em torno da decisão do STF sobre a execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Finalmente é avaliada a adequação da decisão e seus efeitos no sistema carcerário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Garantias fundamentais. Princípios. Dignidade Humana. Direitos Humanos. Inconstitucionalidade. Irregularidade. Prisão. Constituição Federal. Sociedade

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the constitutionality of Brazilian legislation regarding the imprisonment in the second instance, given the reality of the country and the emergency criminal procedure under the aspect of guarantees sacrificed. Therefore, the procedure adopted is the bibliographical and electronic research, and the technique, the indirect (doctrinal) research. Initially, it is approached the general panorama of the emergency criminal procedure in Brazil, dealing with its origins, current situation and trends. Afterwards, the most relevant normative documents on the subject of the fundamental / constitutional guarantees on the decision of the STF on the provisional execution of the sentence after conviction in second instance are listed and discussed. Finally, the adequacy of the decision and the effects on the Brazilian prison system is evaluated.

KEYWORDS: Criminal proceedings. Fundamental guarantees. Principles. Human dignity. Human Rights. Unconstitutionality. Irregularity. Prison. Federal Constitution. Society

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA	13
1.1 - Evolução e Constitucionalização do Processo Penal.....	13
1.2 - Direito Penal e Processual Penal de Emergência	16
1.2.1 - Exemplos de Direito Penal e Processual Penal de Emergência.....	19
CAPÍTULO 2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	23
2.1 – Retrospecto histórico até a atual decisão.	23
2.2 – Atual decisão e argumentos que a fundamentam.....	27
2.3 – A execução da pena como mecanismo processual emergencial	30
CAPÍTULO 3. A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O IMPACTO CARCERÁRIO DA DECISÃO.....	32
3.1. Princípio da inocência e a vedação ao retrocesso	32
3.1.1 A conquista histórica do princípio da inocência	32
3.1.2. Princípio da inocência x Efetividade do sistema penal.....	36
3.1.3. – Princípio da Vedação ao Retrocesso.....	38
3.2 – O impacto carcerário da decisão.....	40
3.2.1 – O sistema prisional brasileiro	40
3.2.2 – A situação prisional e a dignidade da pessoa humana	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO.....	46

INTRODUÇÃO

Os fatos expostos nesse trabalho demonstram que mesmo tendo conseguido promulgar uma constituição, e sendo tida como uma das mais modernas do mundo, chamada até mesmo de constituição cidadã, não se conseguiu, ainda seja essa a vontade constitucional, fazer transportar esta essência democrática para o processo penal, de modo a incorporar neste um cerne constitucional. No entanto, usa-se o processo penal para transformar a constituição.

Com Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 nascia o nosso código de processo penal, trazendo consigo em sua essência vícios do modelo inquisitório. Vício que se percebe de forma absurda na possibilidade de o juiz ter “livre convencimento” sobre as provas produzidas (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, abordar-se-á vários aspectos: o direito penal e processual penal de emergência, o processo emergencial, a crise no sistema punitivo, a reação estatal à sensação de impunidade, a prisão em segunda instância, política criminal inconstitucional, a crise no sistema prisional, a verdadeira origem do problema, as garantias sacrificadas, a conquista histórica, princípio constitucional da inocência. Com isso buscar-se-á traçar um panorama geral da situação contemporânea do direito penal e processual de emergência, procurando estabelecer vínculos entre este e a execução da pena após condenação em segunda instância e as consequências processuais penais/sociais que isso acarreta.

Dito isto, percebe-se, que o direito processual de emergência como modo de combate a sensação de impunidade é bem visto pela sociedade. Entretanto, este modelo, exige um sacrifício de direitos e garantias constitucionais. Isso pode ser visto no grande apoio a decisão do STF que permitiu a execução da pena após a condenação em segunda instância, quando a constituição garante que ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Todos esses aspectos deveram ser abordados neste trabalho, buscando sempre seguir a linha de um pensamento crítico e levando-se em consideração autores modernos e clássicos, para que possamos compreender a necessidade de adotarmos um verdadeiro processo penal democrático e constitucional, bem como as circunstâncias que ainda nos fazem ficar atrelados ao modelo e aos paradigmas da inquisição.

Por fim, merecerá crítica a votação dos ministros do STF que mitigou um direito conquistado a preço de sangue, em uma votação apertada (6X5), ou seja, uma decisão tão importante não chegou nem próximo do consenso entre os ministros. Ocorre que esta decisão

tem por vezes sido descumprida por alguns ministros, com alegação da mesma ser inconstitucional.

Ante o exposto, faz-se necessário salientar que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar a problemática suscitada, por demais controvertida. No entanto, procura-se fortalecer o debate acerca do tema, buscando uma nova visão, a luz da constituição e de um processo penal uno.

CAPÍTULO 1 - PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA

1.1 - Evolução e Constitucionalização do Processo Penal

A fim de se proteger, a sociedade cede uma parcela da sua liberdade e criamos o Estado (Hobbes). No âmbito da retributividade pelas transgressões cometidas em sociedade, para não incorrerem em injustiça na punição desproporcional de indivíduos que transgredissem o conjunto de leis e normas de conduta que foram estabelecidas, entrega-se o poder/dever de punir ao mesmo. O Estado, portanto, possui o monopólio do direito de punir, a fim de proporcionar a manutenção da paz social. Cria-se, portanto, um conjunto de condutas vedadas e respectivas penas para os que a realizassem: um Código Penal.

Nas palavras de Zaffaroni (2006, p.15), o Direito Penal é:

O conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor.

Quanto à função da pena, Gomes (2000, p.40), assevera que:

No modelo clássico, a pena (ou castigo) ou é vista com finalidade preventiva puramente dissuasória (que está presente, em maior ou menor intensidade, na teoria preventiva geral negativa ou positiva, assim como na teoria preventiva especial negativa). Já no modelo oposto (Criminologia Moderna), à pena se assinala um papel muito mais dinâmico, que é o ressocializador, visando a não reincidência, seja pela via da intervenção excepcional no criminoso (tratamento com respeito aos direitos humanos), seja pelas vias alternativas à direta intervenção penal.

A entrega do poder/dever de punir o indivíduo transgressor ao Estado se dá pela incapacidade do homem – enquanto cidadão comum - de fazer uma análise do caso concreto de maneira desapixonada e objetiva a fim de encontrar a penalidade justa (proporcional) à transgressão praticada. Os vários casos de justicamentos amplamente noticiados são prova disso.

Para contrapor uma reação emocional e impetuosa, cria-se, portanto, um caminho a ser percorrido a fim de se fazer uma análise de todos os pressupostos do caso para que se chegue a uma conclusão acerca da culpabilidade, da materialidade e da dosimetria da punição para o indivíduo: um Processo Penal. Como razão de existir, deve o mesmo estabelecer diretrizes e efetivar o cumprimento de fases (procedimentos), as regras do jogo (Rosa, 2015). Da mesma

forma que o Processo Penal existe para impedir a justiça privada, do outro lado da moeda, a criação de regras funciona como freio para contrapor a discricionariedade punitiva do Estado. Diante de um conjunto de condutas a serem seguidas, nem o particular pode punir, nem o Estado pode punir da forma que bem entender.

Contudo, ainda em um processo de aprimoramento, o sistema processual penal que imperava antes do atual (Acusatório ou Misto) era o modelo Inquisitório (Inquisitivo), com suas características próprias.

Mossin (1997, P.18), a respeito do sistema inquisitório, aduz:

“(a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é um funcionário do rei ou da autoridade subordinada ao poder governamental; b) o juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado; (c) a acusação, que sempre é *ex officio*, permite que a denúncia seja feita de forma secreta; (d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa; (e) o julgamento é feito com base na prova tarifada.

A permissão para que a denúncia seja feita de forma anônima era um campo que proporcionava incontáveis acusações desprovidas de veracidade, estas poderiam ser motivadas por inúmeras razões, raramente substanciais. A tarifação da prova, tendo, a confissão como a rainha delas, proporcionava inúmeros excessos estatais na coação dos acusados a fim de que os mesmos confessassem – muitas vezes, sob tortura – crimes que não cometeram. Tudo isso tendo por fundamento o viés ideológico da segurança pública e da repressão como forma de controle social. O sistema processual penal inquisitório era marcado de excessos e tratava o acusado como objeto na relação processual, estando o mesmo à mercê de uma figura superior que detinha amplo e irrestrito poder para condená-lo.

Em sua obra Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional, Junior (2008, P.61), leciona sobre o sistema inquisitório que:

O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação.

Interessante ressaltar a aglutinação de funções da pessoa do juiz, que possuía a função de acusador, defensor e julgador. A posse de tão grande poder faz que com se perca a principal característica do indivíduo encarregado da apreciação do processo: a isenção. Perde-se, por sua

vez, a razão de existir um processo penal: o combate ao arbítrio estatal. Nagima, *apud* Aroca, pontua exatamente essa incoerência:

A crítica feita a este sistema processual, difundida por Juan Montero Aroca, é de que há contradição terminológica entre sistema processual inquisitivo e processo, alegando que processo pressupõe a aplicação das garantias processuais. Tal crítica é rebatida diante do conceito de processo, que se restringe ao instrumento para a concretização do direito material (2011, p. 23).

Não havia espaço para a presunção de inocência, sendo justamente o inverso, imperava, portanto, uma presunção de culpabilidade, evidenciada pela ideia de prisão ser a regra no sistema processual penal inquisitivo.

Até que, em uma resposta do povo contra os excessos de prisões arbitrárias e sem qualquer respeito a critérios de razoabilidade, nasce, no calor da ascensão da burguesia e dos movimentos iluministas, ideias liberais, que acabaram por aprimorar o sistema processual penal. Como um dos mais importantes pais dessa nova era penal e processual penal, vemos então Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, trazer um fundamental ensinamento acerca do Princípio da Inocência:

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada (...) se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou. (1974, p.37)

Portanto, como contraponto ao sistema inquisitório, surge o sistema processual acusatório, fruto das ideias iluministas, permeado pelas noções de garantismo. Nesse sistema, o acusado, agora, deixa de ser um mero objeto da investigação e passa a ser sujeito de direitos, as provas não têm mais valor predeterminado, devendo ser analisadas em conjunto. Impera, nesse novo modelo processual, uma verdadeira atenção ao Devido Processo Penal, Contraditório e Ampla Defesa, uma vez que as funções de acusação, defesa e julgamento não estão mais aglutinadas em uma mesma pessoa, que possuía discricionariedade para agir.

Neste sentido, leciona MORAIS DA ROSA (2015, p. 304) que o processo penal constitucional democrático significa, em suma, um sistema processual que respeita os limites principiológicos alcançados, fundamentado nos princípios garantistas do sistema acusatório. Um processo que preza pela neutralidade do julgador e que conserva as garantias constitucionais do acusado durante todo o trâmite processual. Não permitindo que interesses

alheios possam minar o processo e influenciar a decisão do julgador. Seja para condenar, seja pela razão que quisesse – legítima ou não -, ou a fim de fazê-lo de exemplo para a repressão de determinada conduta. Seja para absolvê-lo por ser interesses familiares ou econômicos.

Conforme Márcio Bercláz (2016, p.2): *“Processo penal democrático, fundamentalmente, é um processo penal impulsionado a partir da lógica de um sistema acusatório e não inquisitório.”*

1.2 - Direito Penal e Processual Penal de Emergência

Hoje, diante de uma crise de criminalidade que assola desde grandes centros urbanos às mais pequenas cidades do interior do país, vemos nascer e se desenvolver um sentimento de impotência na sociedade. A insegurança sentida provoca uma adaptação forçada de hábitos a fim de dirimir um pouco esse sentimento. Assistimos crescer exponencialmente o mercado da segurança privada e a sociedade, cada vez mais cansada de ser vítima de indivíduos transgressores da ordem social, utiliza-se de meios para tentar reverter esse quadro, sendo a pressão política um deles.

O clamor social, cada vez mais alto, diante de inúmeros casos de criminalidade que geram comoção nacional funciona, nessa relação, como meio de pressão do legislativo e do judiciário para que se posicionem de maneira cada vez mais severa no empenho em corrigir esse quadro de criminalidade. Este ambiente passa então a ser campo fértil para posicionamentos reativos da sociedade em busca de reequilibrar a balança da justiça, ou pelo menos do que cada um entende como sendo justo. Impera, portanto, uma exigência social para uma contenção rápida, uma reação, dos órgãos de poder estatais, fundada na emergência criminal.

Choukr define que:

A ideia de emergência está atrelada a de urgência – e, num certo sentido, ao de crise – isso é inegável. Chama a atenção para algo que, de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o *status quo ante*, colocando em cheque os padrões normais de comportamento e a consequente possibilidade de manutenção das estruturas. (2002, p.01)

Nessa concepção, a emergência existe como um estado de alerta, algo imediato, que precisa de uma solução naquele determinado momento, um fato excepcional e que não pode esperar, devendo ser resolvido/combatedo sem demora. Logo, o estado de emergência significa,

na ótica de Choukr (2002), o momento em que se torna necessário haver uma reação à altura diante de uma situação de crise real. Por reação deve-se compreender que ela, nem sempre, se legitima no campo da razoabilidade. Muitas vezes nossa reação diante de algo repentino se torna ou desproporcional, ou ineficaz. Ela pode ser desajustada e não resolver o problema, acabando por, talvez, aumentá-lo. Dito isso, não se pode conferir legitimidade à posicionamentos fundados na emergência.

O Direito Penal e Processual Penal são de extrema relevância para as bases do Estado Democrático de Direito, devendo, toda e qualquer ação no campo dos mesmos ser devidamente sopesadas e refletidas, analisando um universo de variáveis e possibilidades. Não podendo, por sua vez, serem de ordem reativa, como no campo do Direito e Processo Penal Emergencial.

O direito penal de emergência, portanto, em sentido amplo, segundo Leonardo Sica (2002, p. 82), “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas”.

Partindo dessa ideia, extrai-se uma análise do campo penal e processual penal em que uma situação de emergência acaba por influenciar na criação/alteração de leis penais, acabam assim, por provocar mudanças no âmbito criminal e por consequencial social.

O Brasil tem apresentado inúmeros casos tidos como emergenciais, como o tráfico de drogas e o cometimento de infrações penais por menores, estando, esse último, movimentando a sociedade para que seja alterada a idade mínima penal, fundamentado pela ideia – equivocada - que se passa de que menores não são responsabilizados por seus atos e que o Estado é ineficaz em sua punibilidade.

Os defensores dessa “resposta à altura” aos transgressores argumentam que o Estado está perdendo o controle para o crime, que o ditado que “o crime compensa” nunca fez tanto sentido, que o Estado – nosso protetor – está de mãos atadas assistindo o “povo de bem” sofrer nas mãos do inimigo. Para mudar essa realidade, é necessário a retomada do controle. Sair da defensiva e reagir na mesma intensidade. Só assim existirá a restauração da ordem social.

Diante do supramencionado, quanto ao objetivo do sistema processual de emergência, Choukr leciona que:

A busca que o sistema emergencial vai empreender no sistema repressivo é, antes de tudo, a voltada para a (re)legitimação do direito penal estatal, perdida que foi diante da criminalidade que instaura o caos (na versão do discurso oficial). A pena, nesse sentido, apenas terá a finalidade de resguardar a própria norma penal, constituindo-se, ao final, na própria defesa do sistema. (CHOUKR, 2002. p.9)

É nesse momento que as garantias individuais começam a sofrer ameaças, o poder punitivo do Estado passa a ser clamado pela sociedade que anseia por uma solução rápida e devidamente eficaz. Essas garantias passam a serem vistas como empecilhos para uma aplicação de “uma pena mais justa”. Esquece-se que uma solução rápida, muitas vezes é desajustada, o que torna a possibilidade dessa solução não ser eficaz consideravelmente mais alta

Com a crescente onda de violência temos também vividos momentos em que teses de penalização exacerbada são defendidas como que estas tivessem efeito positivo, provocada pela crença que o direito penal tem o responsável por todas as questões que envolvem as ciências criminais. Diante disso, há quem levante bandeira de que o sistema é muito brando, que os direitos humanos funcionam para proteger criminosos, que seriam necessárias medidas drásticas, pois a situação está caótica. Evidenciando, então, o direito penal e processual penal de emergência e sua aceitação popular.

Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr: (2002. pag 212) leciona que:

O jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camufladas pelo perigoso discurso do algo precisa ser feito, extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores. Está ele assentado em pontos cruciais como a alegada fraqueza da ordem vigente diante do caos, e frequentemente associada essa tibieza às bases do sistema valorativo humanizante, consubstanciado que é nas garantias individuais.

Os cidadãos cercados pela violência, insegurança e sensação de impunidade acabam por internalizar que o problema é a grande quantidade de direitos que eles possuem. Nesse momento os cidadãos se dividem em duas classes, os “cidadãos de bem” que são imunes ao ilícito e os “bandidos” que devem ser retirados do convívio em sociedade, clamando para que o Direito Penal corrija esse quadro através de leis mais severas. Quando sociedade passa a dar sinais de insatisfação, o estado em busca de não perder o controle atropela suas garantias.

Nos dizeres de Greco:

O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolher as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito penal. Percebe-se, assim, um princípio limitador do poder punitivo do Estado. (2006, p.53)

Conforme o ministro Eros Grau, relator do HC 84.078/MG, aduz em seu voto:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários.

A mídia sensacionalista possui papel fundamental na construção e manutenção da sensação de impunidade criminal no país, haja vista o seu poder de persuasão. Vemos que programas policiais caricatos se tornaram um nicho próprio dentro do universo televisivo, com características peculiares no uso do humor e da publicidade. As notícias policiais tornaram-se um espetáculo. A exposição do suspeito e a espetacularização do crime se tornaram materiais de extremo valor publicitário, um mercado que se sustenta a partir da subversão da ordem social.

É pertinente ressaltar que a exploração midiática dos casos criminais e a sua infeliz espetacularização, tornam-se um revés considerável para o acusado da relação processual. Não interessando a sua eventual declaração de inocência ao final do processo, pois a sociedade já fez seu julgamento de forma indireta. Diego Augusto Bayer, citando Nilo Batista, pontua: "a imprensa tem o formidável poder de apagar da Constituição o princípio da presunção de inocência, ou, o que é pior, de invertê-lo". (1990, p. 138).

A grande mídia com seu alcance passar a ser um instrumento catalizador de e disseminar de ideias e filosofias.

1.2.1 - Exemplos de Direito Penal e Processual Penal de Emergência

O sentimento de justiça é um dos sentimentos mais buscados pela humanidade desde os seus primórdios. Apresenta-se dois exemplos de manifestação do Direito Penal de Emergência em nosso ordenamento jurídico, destaca-se que o cerne deste trabalho não é fazer uma análise do mérito desses exemplos, a ideia é mostrar o contexto no qual elas foram criadas/alteradas.

No ano de 1989, um dos maiores empresários brasileiros, Abílio Diniz, na época dono do grupo Pão de Açúcar, passou seis dias sob o domínio de sequestradores. Diniz foi abordado na manhã do dia 11 de dezembro daquele ano. No dia 17 de dezembro, após um cerco de 36

horas, os dez sequestradores se renderam à polícia e Abílio Diniz foi libertado sem ferimentos. FOLHA DE SÃO PAULO (2009)

A repercussão causada pela ação contra o dono do Grupo Pão de Açúcar fez com que a sociedade viesse a pressionar o Congresso Nacional para que o mesmo alterasse o Código Penal, que passou a considerar esta prática um crime hediondo e inafiançável. Em uma clara – e clássica – manifestação do direito penal de emergência.

Em seu DOS ANJOS, de forma sabia, esclarece que:

Em consequência ao apelo midiático vem à tona a questão política que se mostra bastante presente nessa situação, exatamente porque dela se aproveitam os políticos para conseguir votos, valendo-se assim de soluções midiáticas, atendendo o clamor da sociedade que ilusoriamente acredita que tornar a lei penal mais severa é a solução para o caso, entretanto o discurso político é vago e de pouca ou nenhuma eficácia, porquanto não vem acompanhado da preocupação de entender e tentar combater as origens do problema.(2015, P.40)

É importante salientar que eventos como estes de grande repercussão nacional/internacional quase sempre são caminhos usados para o direito penal de emergência, afim de tentar dar respostas satisfatórias de imediato a sociedade.

Já no âmbito do Processo Penal de Emergência, em abril de 2016, no âmbito da operação lava jato, o juiz Sergio Moro levantou o sigilo telefônico de uma conversa entre Lula e Dilma a GloboNews às vésperas da ex-presidente nomear seu antecessor para a chefia do Ministério da Casa Civil. A imprensa tratou o caso como uma escandalosa tentativa de dar foro privilegiado a Lula e livrá-lo das mãos do juiz da Lava Jato. No mesmo mês um grupo de 19 advogados pediu o afastamento do juiz (GLOBONEWS, 2016).

No mês de junho de 2016, o corregedor-regional da 4.^a Região tomou a decisão de arquivar as reclamações contra Sergio Moro. O grupo dos 19 advogados resolveram recorrer, peticionando pela instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) contra o juiz e requerendo seu afastamento cautelar da jurisdição até a conclusão da investigação.

Como a corregedoria rejeitou o pedido, o caso foi levado à Corte Especial. O TRF da 4.^a Região arquivou representação contra Sergio Moro, por 13 votos a 1. Nas palavras do relator, o desembargador federal Rômulo Pizzolatti: (2017, p.5) *“Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns... A ameaça permanente à continuidade das investigações da*

Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional. ”

Para o renomado jurista argentino Raúl Zaffaroni, em seu artigo intitulado El escándalo jurídico:

“La excepcionalidad fue el argumento legitimante de toda inquisición a lo largo de la historia, desde la caza de brujas hasta nuestros días, pasando por todos los golpes de Estado y las consiguientes dictaduras. Nadie nunca ejerció un poder represivo arbitrario en el mundo sin invocar la “necesidad” y la “excepción”, pero también es cierto que también todos afirmaron hipócritamente que actuaban legitimados por la urgencia de salvar valores superiores ante la amenaza de males de extrema gravedad.(2016, P.7)

O processo penal tem sido usado como instrumento para a solução de vários problemas no Brasil, de tal modo, que temos a impressão de não existir um, mas vários processos penais no país Moras da Rosa (2015). O direito penal e processual penal de emergência nasce como solução para driblar as garantias constitucionais e levar o inimigo a prisão, o afastando dos cidadãos de bem. O código de processo penal é de 1941, este traz em seu bojo vários resquícios do sistema inquisitório, modelo este que destoa fortemente do modelo garantista da constituição.

O crime só acontece num estado organizado. É necessário que se tenha um conjunto de leis e ordenamentos para que o delito apareça. A semelhança do direito penal do inimigo, o que ocorre é que essas medidas não se adequam aos direitos resguardados na Constituição Federal.

A aparelhagem punitivista tem utilizando até mesmo como instrumento para aplicar o princípio do *“in dubio pro societate”*, principio este que norteia parte do judiciário e do legislativo a mitigarem os direitos de um afirmando que a grande maioria será beneficiada. Os imputados assim, são excluídos de seus direitos: o Estado acaba eliminando os direitos de modo juridicamente ordenado.

O indivíduo quando quebra uma regra do contrato social, este não perde a característica de cidadão, não pode ser tratado como se fosse a escória da sociedade, o ministro Eros grau mais uma vez em seu voto no Habeas Corpus 84.078/MG verbaliza que *“Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o*

que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.”

Com a crescente expansão dos veementes discursos de emergência, trilhamos um caminho que pode nos levar para um inevitável retrocesso, no que tange à proteção desses princípios constitucionais. Isso sendo fruto do recrudescimento penal como solução mágica, o legislador, pressionado pela ilusão social de que soluções simplistas tem resultados satisfatórios. Neste contexto, observemos o posicionamento de PRADO:

Com efeito, a maximização de resultados com o menor esforço possível passou a ser um dos objetivos do processo penal brasileiro. Não basta, porém, afirmar que a perspectiva em questão é a de busca dos melhores resultados ao menor custo. É necessário decifrar a equação: “melhores resultados” e “menor custo” (2015, p.65)

Neste contexto, o direito penal de emergência emana da sensação de impunidade que domina, escraviza e nubla a percepção da população em geral. A despeito do senso de injustiça e impunidade exalado pela população o criminalista Lins e Silva (2010) sabiamente se expressa:

Não há impunidade. Ao contrário, a Justiça Penal brasileira é insaciável e condena impiedosamente. Basta olhar para os cárceres e ver o imenso contingente de presos amontoados, sujos, maltrapilhos, onde não faltam sarnas e piolhos, para dizer o menos. Impunidade? Nunca se condenou tanto no Brasil.

Em suma, a atuação do Legislativo (Direito Penal de Emergência) e do Judiciário (Direito Processual de Emergência) de forma reativa tem mais a agravar o quadro de criminalidade do que contê-lo. No momento em que se passa a adotar os discursos de emergência como instrumentos basilares para criação de leis penais, o legislador termina por esvaziar-se do comprometimento de tratar os problemas estruturantes da criminalidade, esquecendo-se de tratar as consequências, ao se debruçar tão somente as causas. Travar uma cruzada contra os seus efeitos acaba por nunca resolver o problema, nem controlar a situação.

CAPÍTULO 2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

2.1 – Retrospecto histórico até a atual decisão.

Antes de tudo, para melhor compreensão da polêmica no universo jurídico e acadêmico acerca da decisão em questão, é necessário fazer uma retrospectiva da história das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria e do posicionamento do judiciário brasileiro sobre a prisão após a condenação

O código de processo penal é do ano de 1941. O mesmo possuía alguns artigos que, até poucos anos atrás - em especial até o ano de 2008 - davam, ao juiz, autoridade, ou seja, determinavam que, no momento da sentença condenatória, o mesmo pudesse decretar a prisão do réu.

O art. 393 do Código de Processo Penal assim aduzia:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:
I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;
II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

O artigo supracitado estava introduzido dentro do Título XII, título referente à Sentença. Sendo, o mesmo, como sendo um efeito da sentença penal condenatória de primeiro grau. O réu deveria ser preso ou mantido na prisão se a infração fosse inafiançável ou se fosse afiançável enquanto ele não prestasse fiança.

Diante disso, surgia uma discussão. O Código de Processo Penal, dentro do Capítulo III - DA APELAÇÃO – possuía o artigo 594 *in verbis*: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Portanto, juízes de primeiro grau, na hora da sentença analisavam se, uma vez condenando o réu, eles já deveriam decretar a sua prisão ou não. Se o réu fosse primário e de bons antecedentes, ele possuía o direito de responder em liberdade, fundado no art. 594 do CPP supracitado. Todavia, o réu não sendo primário ou não tendo bons antecedentes, o juiz deveria averiguar a natureza do crime, se afiançável ou inafiançável. O crime em questão, uma vez afiançável e o réu prestando a fiança, teria o direito de responder em liberdade, mas se não o fizesse, o juiz decretava então a sua prisão.

No entanto, a Constituição Federal (1988), havia consagrado o Princípio da Presunção de Inocência, dispondo que *'ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória'*. Ou seja, enquanto não viesse uma sentença condenatória em definitivo o réu é presumidamente inocente, uma vez sendo ele presumidamente inocente, ele não poderia ser preso para executar provisoriamente a pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Diante da disposição expressa da Carta Magna, no Art. 5º, surge uma incompatibilidade material com os dois artigos do Código de Processo Penal supracitados: o art. 594 e o art 393, I e II. Uma vez detectada essa incompatibilidade, a jurisprudência, de forma dominante, passou a entender que os mesmos seriam dispositivos não recepcionados pela Constituição Federal.

Mesmo antes da reforma de 2008 apesar do que diz o artigo 393, II, e o artigo 594 do CPP imperava o entendimento, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, de que ninguém poderia cumprir pena antes do trânsito em julgado da decisão. Logo, o magistrado, no primeiro grau, não podia mais, em razão do princípio constitucional, decretar a prisão do acusado. Nesse caso, o mesmo deveria analisar, já que o réu é presumidamente inocente até a sentença se tornar definitiva, se a prisão era ou não necessária.

Desta forma passou a dar a seguinte interpretação para os artigos 393 e 594: quando o juiz condenar em primeiro grau, ele não pode decretar a prisão do réu de forma automática, ele deveria a proferir sentença na obrigação de avaliar se os pressupostos que autorizam a prisão preventiva estão presentes, se eles estiverem presentes é que seria possível a prisão ou a manutenção de quem já estaria preso. Estando os pressupostos ausentes, o juiz deveria permitir que o indivíduo pudesse apelar em liberdade. Diante disso, começou a vigorar o entendimento que não cabia ao juiz decretar a prisão na hora da sentença, excluída a possibilidade de uma prisão de ordem cautelar.

Quanto a questão do efeito suspensivo da Apelação, se o réu tem direito a apelar, e a apelação por ele interposta possui efeito suspensivo, a pena que fora decretada na sentença de primeiro grau deve se manter suspensa em razão do efeito mesmo. Levanta-se, então, dois pontos que corroboram com a não decretação da prisão do acusado: Primeiro quanto à sua presunção de inocência. Se o mesmo é presumidamente inocente ele só pode cumprir pena após o trânsito em julgado da decisão, além disso, o efeito suspensivo da apelação impediria que o juiz impusesse uma pena ao indivíduo antes do julgamento dessa mesma apelação.

Isso não impedira que o réu fosse preso, contudo essa prisão deveria ser de natureza cautelar, conforme pontua Lopes Junior (2017) ao tratar da matéria:

Pode-se prender antes da sentença transitar em julgado? Sim, para isso estão as medidas cautelares pessoais e sua principiologia. Do contrário, ausente a ‘necessidade’ (*periculum libertatis*), a liberdade é a regra até que a culpa seja afirmada. Definidas essas premissas, a decisão do STF suscitou muitas questões, entre elas: Presunção de inocência e presunção de não culpabilidade

Todavia, mesmo com esse entendimento, os desembargadores ao julgar os recursos de apelação - e decidir pelo seu indeferimento - tinham por hábito expedir mandados de prisão para a execução da pena. Havia a assimilação do efeito suspensivo da Apelação, todavia, em virtude das raízes punitivistas, a dificuldade em assimilar o garantismo proposto pela Constituição ao dispor – taxativamente – acerca do instituto do trânsito em julgado ainda era enorme.

O posicionamento dos magistrados de segunda instância era que se o indivíduo não foi preso em primeiro grau, tanto por ser presumidamente inocente (art. 5, LVII), quanto porque a apelação possui efeito suspensivo, todavia, no momento em que a apelação já foi julgada - e indeferida - eventuais recursos posteriores são de ordem excepcional/extraordinária, não possuindo a natureza suspensivo. Diante da ausência dessa natureza, o desembargador possuía fundamento a fim de ordenar a execução provisória da pena que foi imposta na sentença de primeiro grau. Nessa linha de pensamento, os desembargadores julgavam as apelações e expediam mandados de prisão para a execução provisória da pena. O efeito suspensivo de um recurso possuía mais relevância para a ordem penal e processual penal que o estado de inocência consagrado pelo princípio da não culpabilidade do Art. 5º da CRFB/88. Até o ano de 2008, esse era o posicionamento dos tribunais.

Neste sentido aduz MORAIS DA ROSA:

Muitas das reformas recentes no ordenamento se deram pela fusão equivocada e irrefletidas tradições jurídicas, trazendo-se, não raro, institutos estranhos ao Direito continental. Esse comércio de institutos do Direito anglo-saxão, todavia, não acontece sem o estabelecimento de uma tensão decorrente de tradições filosóficas, isto é, de matriz causa-efeito; parte-se, sem aproximação ao panorama pragmático-realista, no qual a eficiência pondera. (2015, p.106)

Ocorre que, com a reforma ocorrida no ano de 2008, buscou-se a adequação da redação do Código de Processo Penal com a Constituição Federal e com o princípio da presunção de inocência. O acusado não é presumidamente inocente até o acórdão de segundo grau, ele é presumidamente até o trânsito em julgado da decisão, ou seja, até que todos os recursos sejam julgados. Esse é o posicionamento do constituinte originário.

Então buscando-se alterar o Código de Processo Penal e adequá-lo à Constituição Federal foram revogadas partes dos artigos do Código que tratavam da ideia de prisão decorrente da sentença de primeiro grau, passando-se a entender em razão ao que passou a dispor o artigo 387 do CPP, na época o parágrafo único, hoje parágrafo primeiro, que realmente o juiz na hora da sentença deve analisar se estão presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Quando houve a reforma do Código um caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública de Minas Gerais no Habeas Corpus 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, a Suprema Corte, corrigiu seu entendimento, posicionando-se no sentido de que qualquer tipo de prisão anterior ao trânsito em julgado da decisão, que não fosse necessária (*periculum libertatis*) - ou seja, uma prisão que fosse decretada fundamentada somente no fato de o recurso não ter efeito suspensivo - era uma prisão inconstitucional. Em trecho de seu voto relator, o Ministro Eros Grau pontuou: *“A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço”*.

O HC supracitado fora apreciado e deferido por 7 votos a 4. É interessante pontuar que, dos atuais componentes da referida Corte, concederam a ordem os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, tendo a atual presidente, Ministra Cármen Lúcia a denegado.

Essa decisão do STF foi um marco importantíssimo para processo penal, colocando fim a toda discussão até então existência sobre uma possível execução provisória de sentença. Para que o indivíduo viesse a ser preso antes do trânsito em julgado a prisão teria que ser fundamentada nos pressupostos da prisão preventiva do art. 312, do contrário, o indivíduo deve, agora, permanecer em liberdade até que a sentença transite em julgado.

Como Benetti, *apud* Tucci, asseverou:

porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a

execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória (2013, p.283)

Em uma demonstração de força e cumprimento de sua missão – a defesa da Constituição - o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de primar pelo corpo das garantias fundamentais conquistadas e dispostas na Constituição, tornando imperativa agora a determinação para que, a partir daquele momento, os juízes e tribunais não viessem a permanecer cegamente ligados ao Código de 1941 e internalizassem o espírito garantista do neoconstitucionalismo. Pois, o que deve imperar é o fato do indivíduo ser presumidamente inocente, até o trânsito em julgado.

2.2 – Atual decisão e argumentos que a fundamentam

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, ao negar o Habeas Corpus (HC) 126.292, por maioria dos votos (7 a 4), entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Destacando que possibilidade de ainda se interpor recursos de natureza extraordinária não vem a agredir o núcleo essencial da presunção de inocência, pois, durante todo o processo ordinário criminal, as garantias foram preservadas. Decisão esta que marcou uma virada jurisprudencial, pois, desde 2009, no julgamento do HC 84.078/MG supracitado, a suprema corte havia decidido de maneira contrária – pelo mesmo placar, também por 7x4 – e condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado, ressaltando-se, por sua vez, a possibilidade de prisão preventiva, como aduziu Bercaria (1954): “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”.

Ocorre que, em outubro do mesmo ano, a questão voltou a ser discutida na apreciação – indeferimento - das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. Agora por 6 votos a 5. Tendo a tese vencedora disposto que o artigo 283 do Código de Processo Penal não frustra o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Esta decisão, por sua vez, vem sendo alvo de uma série de discussões no universo jurídico, pois a mesma seria, conforme o Ministro Celso de Melo (2016), seria uma “*inaceitável hermenêutica de submissão*”, *sacrificando uma série de direitos fundamentais “tão*

arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder”.

É necessário pontuar que é cristalina a insatisfação da sociedade em relação à punição dos indivíduos que descumprem o ordenamento jurídico brasileiro. Esse sentimento - catalisado por veículos midiáticos - dá a equivocada ideia de que o sistema punitivo é deficiente, moroso e ineficaz, gerando, por fim, uma sensação de impunidade na população. A mesma é, muitas vezes, utilizada como bandeira de discursos políticos que objetivam o endurecimento de penas, maior encarceramento e medidas desproporcionais no combate à criminalidade.

A decisão da execução da pena após a condenação em segunda instância surge, então, como um dos “mecanismos artificiais” (Carlo Velho Masi) do sistema punitivo estatal na tentativa de responder a esse clamor social por medidas de combate à impunidade. Uma genuína demonstração de um processo penal de emergência, pois, a fim de atender às demandas de criminalização, o judiciário, cada vez mais fundamentado em orientações jurisprudenciais – decisionismo (Streck) - cria normas, entendimentos e mecanismos de repressão, ignorando e/ou sacrificando garantias constitucionais do cidadão. Sua finalidade consiste em “devolver o sentimento de tranquilidade à sociedade” (Rogério Sanches Cunha).

Como fundamento para o posicionamento da suprema corte, têm-se argumentado que essa virada jurisprudencial frustra, diretamente, o *animus* protelatório do acusado, manifestado por meio de uma interposição sucessiva de recursos a fim de adiar o trânsito em julgado. Essa decisão traz maior eficiência ao sistema punitivo. O entendimento anterior da corte, nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso, era “grosseiramente injusto”, e trouxe consequências “extremamente negativas e constatáveis a olho nu”, contribuindo, por sua vez, para o aumento da criminalidade, pois, uma vez que o sistema é moroso, o temor de se infringir a lei é praticamente inexistente. A sensação de impunidade toma conta dos “cidadãos de bem” ao ver o acusado recorrendo anos a fio em liberdade. Contudo, como sabiamente nos diz Aury Lopes Junior:

Há que se respeitar o tempo do direito, pois ele nunca conseguirá (ou mesmo deveria) atuar na dinâmica do imediato e corresponder as nossas ambições de uma justiça imediata e hiperacelerada (e a prisão cautelar tem um efeito sedante e gera essa ilusão). Isso não quer dizer, tampouco, que o processo deva demorar demais ou ser infundável. Há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais. (2016, p.04)

Ao corrigir o entendimento que vigorava, conforme Barroso (2017), o sistema jurídico penal compromete diretamente a banalização dos recursos especiais e extraordinários, recursos esses que foram criados exclusivamente para combater ofensas às leis federais ou à Constituição, potencializando a força normativa do Direito Penal através da máxima efetividade do sistema punitivo.

O cavalo de batalha dos que defendem esse entendimento reside no argumento de que a análise do mérito finda depois a decisão de segunda instância, uma vez que os recursos (especial e extraordinário), não analisam a matéria de fato ou as provas. Têm-se, por sua vez, assegurado ao acusado o Contraditório, a Ampla Defesa e o Duplo Grau de Jurisdição.

Em contrapartida à maior crítica ao atual entendimento da corte: a clareza do dispositivo constitucional que consagra o princípio da inocência (art. 5º, LVII), da Constituição, que dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", levanta-se a bandeira da Mutação Constitucional - fenômeno de mudança da norma constitucional sem que haja uma alteração em seu texto -. Haja vista que, apesar do texto dispor, taxativamente, a expressão trânsito em julgado, poderia - segundo esse entendimento - considerar entendimento divergente. Curiosamente, apesar de entender por ser legítima a decisão aqui analisada, o Ministro Gilmar Mendes (2012, p.201), em seu Curso de Direito Constitucional, posiciona-se acerca do fenômeno da mutação constitucional da seguinte maneira: "A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional".

Logo, a omissão da fundamental expressão "trânsito em julgado" está em absoluta discordância com o processo de mutação constitucional, o que Canotilho conceitua como mutação constitucional exogenética, pois agride diretamente o conjunto de princípios fundamentais do cidadão, razão pela qual se deve interpretar de forma restritiva os direitos e garantias fundamentais, pelo contrário, os mesmos deveriam receber maximização hermenêutica (Valber Melo) a fim de cumprir seu papel na proteção e defesa do indivíduo.

A aplicação desse fenômeno em virtude de uma ponderação de princípios: efetividade do sistema penal x o princípio da inocência não se torna razoável. Alega-se, ainda, que a garantia da "razoável duração do processo", preconizada no inciso LXXVIII do art. 5º, da Carta Magna, é conferida a todos, portanto, não é razoável que um acusado "arraste" o processo, por meio de recursos protelatórios, durante anos, em liberdade. Assim, a garantia da razoável duração do processo deve imperar sobre a possibilidade de se defender em

liberdade, a fim de satisfazer os anseios da comunidade. Contudo, pautar a ordem processual penal ao tempo que a sociedade considera adequado é um perigo sem precedentes à segurança constitucional.

Vale aduzir que, conforme o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a Dignidade da Pessoa Humana constitui um dos fundamentos do Estado Constitucional Democrático (Robert Alexy).

Diante disso, a interpretação de dispositivos constitucionais de maneira ferina e atentatória às bases constitucionais não deve imperar de forma alguma. Não se pode mitigar esse valor fundamental em virtude do grau de ofensividade do delito praticado, tampouco do nível de rejeição e insatisfação social. A Dignidade da Pessoa Humana, portanto, deve atuar como princípio limitador do Ius Puniendi Estatal, garantindo aos acusados/réus e condenados a proteção aos seus direitos e garantias fundamentais, absolutamente dissociado ao grau de reprovabilidade da conduta praticada.

2.3 – A execução da pena como mecanismo processual emergencial

Torna-se evidente que, na ânsia de combater a corrupção e a impunidade, existe uma séria e preocupante relativização de direitos básicos, tão arduamente conquistados, o que torna a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância perfeitamente compatível com os apontamentos do primeiro capítulo. Ou seja, a decisão aqui analisada é, claramente, um mecanismo processual penal de emergência.

Neste sentido, MORAIS DA ROSA aduz que:

O pano de fundo social em que o discurso penal é apresentado precisa ser apurado, dado que o sentido decorrente dos atos e ações humanas somente ganham direção a partir das variáveis ao mesmo tempo independentes e dependentes, já que só podem ser apuradas de maneira autônoma, mas é na inter-relação é que o sentido é produzido. (2015, p. 265)

A tentativa de devolver o sentimento de segurança à sociedade por meio do encarceramento de indivíduos que ainda possuem meio para perseguir a comprovação de sua inocência, no claro atropelo de suas garantias fundamentais é perfeitamente o conceito de medida processual de emergência.

A suprema corte utiliza-se de uma política criminal (ciência penal que trabalha as estratégias de controle social da criminalidade) “*em face da Constituição*” (Ricardo Lewandowski). O mesmo pontua que “*não se pode interpretar dispositivos constitucionais taxativos da maneira que se entende mais adequada no momento político*”.

Como um mecanismo emergencial, a prisão após a condenação em segunda instância funciona também como recurso da aparelhagem de acusação pública a fim de catalisar as negociações de colaborações premiadas. Uma maneira de o réu acelerar a sua contribuição, frente à possibilidade iminente de ser preso. Em uma flagrante manipulação/perversão das regras do jogo (Alexandre Morais da Rosa) a fim de conquistar os objetivos punitivistas estatais.

Assim pontua Eduardo Colavolpe:

“Em tempos de penalização exacerbada, provocada pela crença equivocada de que o Direito Penal e tudo o que a ele se associa são capazes de arrefecer os ânimos da sociedade, destacam-se dois fenômenos do contexto em referência: a expansão da justiça negocial, em especial a colaboração premiada, e o retrocesso no âmbito das garantias processuais e constitucionais.”

“Nesta perspectiva, aponta-se para o fenômeno da expansão do Direito Penal, onde em nome da “insegurança sentida” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.40), amplia-se a difusão da política do medo, e conseqüentemente, o alcance da supressão de garantias de forma exponencial, perpetuando institutos que se sustentariam na excepcionalidade.”

As regras do jogo devem ser cumpridas a fim de proporcionar a proteção aos direitos do acusado. O sistema processual penal não pode estar subjugado aos anseios populares. Devemos lembrar do clássico exemplo bíblico da crucificação de Jesus, que, na ânsia de ouvir as vozes populares, um inocente foi sentenciado a uma das piores e mais ultrajantes mortes da época. Não devem, portanto, os magistrados, entregarem a sua convicção ao sentimento popular, em uma clara manifestação de ordem emergencial penal e processual penal.

Observa-se que dentro da circunstância emergencial as decisões tomadas sob a influência de pressões emocionais não comportam as variáveis da problemática sob os demais aspectos da sociedade que deve surgir quando garantias individuais podem ser suprimidas.

CAPÍTULO 3. A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O IMPACTO CARCERÁRIO DA DECISÃO

3.1. Princípio da inocência e a vedação ao retrocesso

A partir da compreensão de que a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância se constitui um mecanismo de um processo penal emergencial, devemos reconhecer a sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente, por sua direta agressão a uma série de princípios constitucionais, entre eles, o princípio da inocência e o princípio da vedação ao retrocesso. Os mesmos são fruto de uma histórica evolução ao longo dos anos, tornando-se basilares para o Estado Constitucional Democrático de Direito.

A execução da pena após condenação em segunda instância subverte a lógica do princípio da presunção de inocência. Por séculos juristas e doutrinadores buscaram construir um direito penal e processual democrático, não defendemos a impunidade, os que devem pagar que paguem pelos seus erros, mas não podemos sacrificar garantias que são conquistas de lutas históricas da humanidade.

Nessa conjectura inquisitiva, o princípio da presunção de inocência acaba por sofrer um incalculável prejuízo, ferindo de morte a democracia. O sacrifício das garantias fundamentais em detrimento ao clamor social por uma solução emergencial, é irracional e pode levar-nos a um cenário medieval sob o aspecto processual penal.

3.1.1 A conquista histórica do princípio da inocência

O princípio da inocência legitima o estado de inocência do acusado diante da provável prática da infração penal. Sendo ele uma das mais importantes garantias fundamentais do cidadão. O mesmo é, taxativamente, disposto na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVII que aduz que: Art. 5º, LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Para o professor e criminalista Aury Lopes Júnior:

O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática. (2016, p. 03)

Esse importante princípio, objetiva resguardar um dos, senão o maior, bem jurídico do indivíduo (a liberdade), contra o exercício arbitrário e desproporcional do Estado.

É importante destacar sua preciosidade para a atual conjuntura social, haja vista que não havia previsão do supramencionado princípio até a Revolução Francesa. Na Idade Média, por exemplo, a simples má fama era substância suficiente para que o indivíduo viesse a ser considerado suspeito. Temos, também, a título de exemplo, nessa mesma época, imperava a terrível perseguição às ruivas, pois a cor dos seus cabelos era comumente associada ao algo diabólico e ocultista, em uma clara e injustificada caçada pela punição a fim de criar uma cultura de terror que assegurava, cada vez mais, a obediência ao soberano, na época, a Igreja, em um clássico exemplo de uma política criminal perversa.

Ao fazer uma reflexão acerca do processo evolutivo do sistema punitivo estatal ao longo das eras, devemos reconhecer a árdua batalha que foi travada e as incontáveis vidas que foram perdidas a fim de que, hoje, o universo jurídico constitucional viesse a assimilar a razoabilidade no tratamento dos réus de uma ação penal. Muitas mulheres foram queimadas vivas em fogueiras, fruto de acusações anônimas de adultério e feitiçaria, muitos homens foram sentenciados à morte por um juiz que era promotor e defensor ao mesmo tempo, simplesmente por intrigas políticas, sociais ou religiosas. Foi demasiadamente pesado foi o processo de “iluminação” das mentes acerca de um processo penal menos injusto que assegurasse um mínimo de dignidade ao homem, um processo que não fosse influenciado pelo clamor social ou pela sua reprovabilidade perante os homens.

O natural, portanto, era a prisão do acusado, a acusação poderia ser anônima, o que é um prato cheio para inúmeras injustiças. Para não ser acusado e condenado não bastava seguir a lei, a igreja e as normas de boa conduta diante da sociedade, era necessário bem mais: alianças poderosas, contribuições generosas e, acima de tudo, sorte. Seja para não estar no lugar errado na hora errada, para não criar, sem intenção alguma, inimizade com algum ser vingativo e poderoso ou mesmo para não criar alguma paixão proibida na época. Resta evidente, então, a cultura de insegurança que permeava a sociedade medieval, conforme assevera Tourino Filho:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. (2009, p.29-30)

Até que, com o advento da Revolução Francesa e das ideias liberais advindas do iluminismo vemos a inauguração de um novo posicionamento acerca do tratamento do acusado durante o processo, agora o Estado de Inocência deveria imperar durante todo o período de análise do caso e das provas, até que, em uma eventual condenação, esse estado seja alterado e o sistema punitivo declarasse a condição de culpado.

Apesar de todos os resquícios punitivistas, o processo penal foi assimilando, gradativamente, o princípio da inocência ao longo dos anos, sendo consagrado com a Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948, que dispôs em seu art. 11 que “Art. 11: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

No Brasil, o referido princípio teve seu marco inicial com a promulgação da Constituição de 1988, que, em seu artigo 5º, inciso LVII deixou expresso que “*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Apesar de o país já ter aderido ao dispositivo do art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem, sendo sua aceitação, como pontua Tourino Filho (2009), meramente “poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática” apesar de estarmos “em pleno regime democrático”.

No mais, vemos, também, que o Brasil aderiu ao Pacto San José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos), em 1992, que dispõe, também de maneira taxativa, em seu art. 8º, 2 que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Importante ressaltar que a Constituição Federal é mais específica, tornando clara a exigência de a referida culpa, citada no art. 8º do Pacto, ser comprovada após o trânsito em julgado. Ou seja, o Constituinte Originário, inflamado por toda a evolução histórica do princípio da inocência e sua árdua conquista, fez questão de imprimir, de maneira cristalina, que o Estado de Inocência do Indivíduo deve perdurar por todo o processo, enquanto existir a possibilidade recursal, enquanto existir mecanismos para a luta pela sua comprovação de não culpa. Desta forma Doogal Borges de Andrada reconhece que isso não é fruto de uma invenção modernista do Direito:

Nos países civilizados, ocidentais-cristãos, a prisão decorrente de uma condenação criminal — que não se confunde com a cautelar (flagrante, temporária, preventiva) — somente é possível depois de esgotada a ampla defesa e o contraditório. Portanto, após o trânsito em julgado da decisão. Não se trata de modernidade do direito, mas

resultado da luta da humanidade, através dos séculos, contra injustiças e sofrimentos. (2017, p. 10)

O processo de assimilação do Estado de Inocência durante a relação processual penal inverte, então, o posicionamento processual inquisitivo em que a prisão era a regra e, tornando, agora, a liberdade como regra. Vemos o *in dubio pro reo* como uma consequência direta desse novo modelo a ser seguido, em que o juiz, quando estiver em dúvida, uma vez que for verificada a insuficiência de provas contra o acusado, deverá decidir a favor do réu. Se o Estado de Inocência e a proteção pública, agora, imperam e não há arcabouço probatório suficiente para atestar, inequivocamente, a responsabilidade penal do acusado, apenas ratifica-se o atual estado, liberando o réu.

É certo que até hoje é desafiadora a condução de um processo penal imparcial e imune ao clamor social. Um processo conduzido por um juiz desapassionado, por um promotor atento à boa e justa aplicação da lei penal, despido de quaisquer intenções pessoais para perseguir a condenação. Infelizmente testemunhamos, descaradamente, os propósitos que estão por trás das cortinas das ações penais. Seja a autopromoção de um promotor de justiça que almeja cumprir uma meta de condenações, afirmar seu nome diante da instituição de acusação pública ou mirar uma possível candidatura a algum cargo público; seja a intenção de um juiz em condenar a fim de tornar aquele indivíduo um exemplo para a sociedade, ocupando-se do crime como valor, colocando em prática uma estratégia que objetiva diminuir a criminalidade, ou seja, fazendo política criminal, em vez da neutra, imparcial e cega justiça. Intenções obscura e/ou desorientadas, travestidas em uma capa de luta pela segurança jurídica e paz social. Nesse sentido, assevera o Ministro Eros Grau em seu voto, 84078/MG, citando Evandro Lins e Silva: “...exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”

Nós entregamos o poder de punir ao Estado a fim de prezar pela objetividade e neutralidade, uma vez que o mesmo não iria sucumbir à emoção e punir desproporcionalmente guiado pela mesma, como nós faríamos. Por consequência, não se pode agir contra a própria ordem lógica e procurar vilipendiar as bases do controle do poder de punir ao fazer uma espantosa “hermenêutica de submissão” (Celso de Mello) que é autorizar a execução da pena antes que venha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O objetivo deverá ser prezar pelas conquistas alcançadas, guardá-las como tesouros e frutos de muito suor e sangue dos pioneiros do pensamento garantista, e não comprometermos essas forças, em busca de um

“bem maior” em busca de satisfazer os anseios dos “cidadãos de bem”, que facilmente confundem vingança com justiça. Comprometeríamos, por certo, décadas do processo evolutivo da constitucionalidade penal e processual penal.

Faz-se necessário, também, evitar esse ativismo judicial “*pro societate*”, pois o mesmo vai de encontro à própria missão mediata do direito penal: a limitação ao poder punitivo do Estado. Se de um lado o mesmo controla o cidadão, impondo-lhe limites, por outro lado é primordial, também, limitar o seu próprio do poder de controle, evitando, por sua vez, a hipertrofia da punição.

3.1.2. Princípio da inocência x Efetividade do sistema penal

Vivemos em uma sociedade que clama por “justiça”, que marcha pela paz enquanto amarra ladrões em postes. Contudo, a fim de evitar uma retributividade desproporcional, entregamos nas mãos do Estado o direito/dever de punir. Devemos pontuar que esse direito/dever não é absoluto, incondicionado, muito menos ilimitado. Existem barreiras levantadas, que foram construídas com muita dificuldade ao longo da história e que devem ser respeitadas. Entre elas, temos a limitação espacial, consagrada pelo Princípio da Territorialidade, a mesma é uma fronteira de atuação da Lei Penal. Também possuímos a limitação temporal, haja vista que o direito de punir não pode ser eterno, evidenciada pelo instituto da prescrição. Por fim, não menos importante, temos a limitação quanto ao modo.

O direito de punir deve respeitar os direitos de garantias fundamentais. Como exemplo, vemos a preservação da dignidade do condenado, da vida, do Devido Processo Legal e do seu estado de inocência durante o processo penal. Nosso constituinte originário foi bastante feliz ao dispor, especificamente, acerca do princípio da inocência no art. 5º, inciso LVII, consagrando o Estado de Inocência do acusado durante o tempo que perdurar o processo. Razão pela qual qualquer espécie de tentativa de sua relativização viesse a ser considerada atentatória ao cânone constitucional. Nesse sentido, assevera sabiamente Luís Flávio Gomes:

De qualquer modo, é certo que todos convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e humanitário de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa, fundamentadora e interpretativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica (constitucional, internacional ou infraconstitucional) pode contraria-lo. (2008, p.05)

Ocorre que, diante do estado de emergência social, da pressão dos veículos midiáticos e da sensação de impunidade catalisada pelo jornalismo sensacionalista e por ativistas do punitivismo, fez-se uma negligente ponderação entre o princípio da inocência e a segurança pública. Optou-se por relativizar o estado de inocência ao aferir que se o réu teve a chance de ver discutida sua questão diante de um juiz singular e diante de um órgão colegiado, seus direitos foram assegurados e, se negados foram seus pedidos e sua condenação confirmada, o mesmo deverá começar a cumprir sua pena. Nesse universo, ou a expressão “transito em julgado”, disposta no art. 5, inciso LVII, da CRFB/88, fora “*artificialmente antecipada*” (Celso de Mello), ou, convenientemente, esquecida.

Tudo isso não pode encontrar base em uma resposta à sociedade, na busca pela paz social, pela justiça penal, pois seria de uma esquizofrenia jurídica sem precedentes tentar alcançar a justiça, transgredindo valores constitucionais tão sensíveis e basilares da estabilidade democrática.

Conforme pontua o ex-presidente da Associação dos Magistrados Mineiros Doorgal Borges de Andrada:

Nenhuma decisão pode ferir direitos e garantias fundamentais nem o senso de justiça, sob o argumento de se fortalecer a efetividade da lei. Assim, a prisão de quem ainda se defende (recorrendo), sem uma condenação definitiva, é ilegítima. (2017, p.49)

Devemos ter em mente que o papel do magistrado é a aplicação da lei ao caso concreto, mesmo que sua decisão tenha caráter contramajoritário. Sua missão consiste em se distanciar emocionalmente das partes a fim de poder analisar o caso da maneira mais neutra possível para, por fim, proferir de maneira justa e razoável o destino do réu, Lopes Junior pontua, sabiamente, que:

a legitimação da atuação do juiz/tribunal não decorre da aceitação popular ou da maioria da população. Não é um modelo político, de eleição. Todo o oposto. O papel do juiz no processo penal é o de ser o guardião da máxima eficácia dos direitos e garantias da Constituição, ainda que para isso ele tenha que decidir contra a maioria. É uma legitimação que se sustenta ainda que seja contramajoritária. (2017, p.06)

Dessa forma, os indivíduos encarregados em decidir o destino do acusado não podem entregar a sua convicção aos clamores populares, pois sua missão não é, nem nunca foi agradar ao público, e sim fazer o passaram anos estudando para fazer, alcançar a justiça através da aplicação da lei, dos princípios e dos valores constitucionais.

3.1.3. – Princípio da Vedação ao Retrocesso

Diante da análise da agressão ou não de garantias constitucionais efetivadas e consolidadas no Estado Democrático de Direito, mais precisamente no campo do Direito Processual Constitucional Democrático (Aury Lopes Junior), temos um importante princípio de segurança em vigor: o Princípio da Vedação ao Retrocesso, *efeito cliquet*, conforme aduz José Roberto Machado:

As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos. (2014, p.03)

Assim também assevera Canotilho acerca do supramencionado princípio:

efeito cliquet” dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios. (2002, p.336)

Como mecanismo de segurança dos direitos já conquistados, o metaprincípio da vedação ao retrocesso proporciona a efetivação da segurança jurídica, contra arbítrios do Estado em face dos seus tutelados. Assim dispõe o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Relator, o garantista Ministro Celso de Mello: - *a proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais. – o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – a cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) Traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.* ” (are-639337- relator (a): min. Celso de mello).

É de extrema importância pontuar que, como mecanismo de segurança, o princípio da vedação ao retrocesso funciona também como a evidência da limitação do Poder Constituinte Originário. Ao contrário do posicionamento juspositivista kelseniano, que conferia onipotência ao Constituinte Originário, a doutrina jusnaturalista, que defende a possibilidade de justificação racional dos direitos humanos fundada na existência de valores, princípios e regras que possuem validade universal, reconhece, também, que o seu poder encontra limitação aos próprios direitos e garantias já consolidados no ambiente internacional. Nesse sentido pontua Zulmar Fachin: *“Registre-se [...] ser ponderável afirmar que um direito fundamental, considerado cláusula pétrea e pertencente ao bloco dos direitos comuns a todas as sociedades, não pode ser revogado nem mesmo por obra do poder constituinte originário.”*

Também, Pablo Castro Miozzo, assevera: *“na medida em que há uma obrigação de concretizar um direito, por exemplo através da criação de normas infraconstitucionais, exsurge um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas que atentem contra as conquistas já atingidas”*.

Assim, conforme a linha de pensamento de Sarlet, o princípio da proibição de retrocesso social seria conceituado como:

toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) (2009, p.02)

O mesmo tem como base a evolução dos direitos e garantias fundamentais, fruto de uma gradual conquista da humanidade. Logo, não é razoável que, no advento de um novo ordenamento constituínte, haja a substituição ou o esquecimento desses direitos, razão pela qual o princípio da vedação retrocesso, *efeito cliquet*, é de vital importância para o constitucionalismo brasileiro. Diante disso, a regressão, ou regressão, não pode ser admitida.

Vemos que, se até um novo ordenamento constitucional deve respeitar as limitações impostas pelo princípio em pauta, quanto mais uma interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Não se pode, nas palavras do ministro Celso de Mello, utilizar-se de uma “hermenêutica de submissão” em face do princípio da inocência, suprimir a sua aplicabilidade em virtude da satisfação dos clamores sociais pelo encarceramento e pelo fim da impunidade.

3.2 – O impacto carcerário da decisão

Além do vilipêndio a todo o conjunto de princípios constitucionais e às garantias processuais do acusado, a decisão ora analisada proporciona consequências práticas severas diante da atual conjuntura carcerária brasileira.

Haja vista que é sabido a infeliz situação prisional no país, torna-se um equívoco assustador ousar dizer que o problema do país é que não se prende o criminoso, que a lei penal e processual penal é branda e que a impunidade reina no país. Razão pela qual se tornaria justa e razoável – segundo esse entendimento - decidir por encarcerar o indivíduo que ainda possui possibilidade recursal a fim de procurar comprovar a sua inocência.

Perante crise penitenciária brasileira, com seus inúmeros exemplos de violação aos direitos humanos e da infeliz constatação da existência de facções fortemente estruturadas controlando diversas unidades prisionais e executando detentos segundo o seu código de conduta, torna-se absolutamente questionável a decisão da Suprema Corte de posicionar-se pelo encarceramento de um número relevante de indivíduos que, segundo as bases principiológicas do Estado Constitucional Democrático, ainda não são, comprovadamente, culpados. Nesse sentido, D'urso expõe em uma entrevista que:

enquanto o mundo caminha para o desencarceramento, buscando outras formas de punição, o STF caminhou na contramão, inflando a população carcerária das unidades prisionais já superlotadas e promíscuas do Brasil, sem falar que estas unidades encontram-se, na sua maioria, sob comando do crime organizado, nas mãos dos líderes de facções criminosas.(2017, p. 01)

3.2.1 – O sistema prisional brasileiro

Segundo os dados divulgados no dia 08 de dezembro de 2017 pelo Brasil (2016), o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias o Brasil possuía, em junho de 2016, a totalidade a 726.712 pessoas presas, número que coloca o país no terceiro lugar no mundo com o maior número de presos, atrás dos Estados Unidos e da China. Ressalte-se que cerca de 40% dos presos são provisórios. É interessante pontuar que, segundo o levantamento supracitado, o número de vagas sofreu uma queda de 0,08%, enquanto a população carcerária cresce ainda mais.

A informação constante no Brasil (2016, p. 16) do levantamento supramencionado evidencia que 45% das unidades prisionais do País declararam que não detinham informações sobre o tempo de aprisionamento das pessoas que estavam com processo esperando julgamento.

As unidades que detinham essa informação concentravam 115.120 presos provisórios e, entre esses, 47% estavam aprisionados há mais de 90 dias, aguardando julgamento e sentença.

Gráfico1. Percentual de presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Diante de uma cruenta realidade no que diz respeito à atual conjuntura prisional do país e da situação de presos que ainda não possuem condenação, o agravamento dessa situação torna-se iminente quando colocamos a realidade dos condenados em segunda instância nesse contexto. Pois, conforme o relatório, segundo (BRASIL, 2017) *“89% da população prisional está em unidades superlotadas: 78% dos estabelecimentos penais têm mais presos que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663.”*

Nesse sentido, Lopes Junior (2017, p.04) tece suas críticas, ressaltando a incoerência da decisão do Supremo Tribunal Federal ao relembrar o próprio posicionamento da corte no

juízo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347 MC/DF), de Relatoria do Ministro Marco Aurélio:

como o STF reconhece: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema (ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798)).

Além de toda a reflexão acerca do princípio da presunção de inocência, do processo evolutivo das garantias constitucionais no aprimoramento do processo penal brasileiro e da vedação ao retrocesso, a análise dos dados penitenciários evidencia que não se pode decidir de forma reativa na ânsia de corresponder às expectativas populares e dirimir a sensação de impunidade e insegurança. O aumento da criminalidade deve ser combatido com políticas de curto, médio e longo prazo. Se debruçar sobre a prisão como a chave para frear o desrespeito às leis é de um reducionismo considerável.

3.2.2 – A situação prisional e a dignidade da pessoa humana

A situação subhumana das prisões é um problema histórico no Brasil, quase que como uma regra geral demonstravam graves sinais de precariedade de condições, o notório descaso pelo Poder Público sempre foi notável, desde o século passado o problema das superlotações das prisões, da promiscuidade entre os detentos, do desrespeito aos princípios de relacionamento humano e da falta de aconselhamento e orientação do preso visando sua regeneração. A superlotação sempre foi um elemento que esteve ligado às prisões brasileiras juntamente com o problema da não-separação entre presos condenados e aqueles que eram mantidos sob custódia durante a instrução criminal.

Quanto à superlotação e à proteção a direitos básicos do indivíduo, como alimentação, dignidade sexual, assevera GHISLENI:

A superlotação dos estabelecimentos tornou as prisões e penitenciárias brasileiras verdadeiros depósitos humanos nos quais homens e mulheres são jogados sem o mínimo respeito a sua dignidade. Além disso, a alimentação é extremamente precária e são raros os estabelecimentos nos quais se pode afirmar haver os pressupostos mínimos inerentes a uma refeição digna. Raramente há uma preocupação no sentido de zelar pela dignidade/necessidade sexual dos apenados, o que acaba por comprometer significativamente o processo de cumprimento da pena. (2014. pag. 200)

O cumprimento da pena após a condenação em segundo grau acabaria por proporcionar um aumento significativo de indivíduos encarcerados, em estabelecimentos que já estão superlotados. Consequentemente ocasionaria o agravamento de sua situação já caótica. Visto que é sabido o quadro crônico de violação a direitos fundamentais nesses estabelecimentos, dentre eles o da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Constitucional Democrático, disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, assevera Sarlet:

Um sinal de que já estejamos até mesmo perdendo a medida adequada para mensurar os fatos reside na circunstância de que as celas nas quais as condições de vida ainda podem ser, no limite, chamadas de condignas passam a ser percebidas como se fossem privilégios, o que, em certo sentido, não deixam de ser, quando comparadas às condições desumanas, praticamente insuportáveis e insustentáveis, que caracterizam grande parte dos nossos estabelecimentos carcerários e às quais está submetida a absoluta maioria dos reclusos.(2017,p. 07)

É inconcebível que vivamos em um estado democrático de direito onde nós permitimos que nossos pares padeçam condições miseráveis. Estado Democrático que dizer que é o povo detentor de todo o poder, “o poder emana do povo”, nesse sentido temos que entender que o povo é também aquele que se encontram encarcerados sem voz, nem vez.

Devemos, pois, compreender que o caráter ressocializador da prisão acaba por se perder nos embaraços de um sistema que segundo a Anistia Internacional encontrasse como em tempos medievais.

Detentos são por vezes acometidos de doenças e sem nenhum amparo de sistema de saúde. Visualizar as cenas dentro de um presídio brasileiro é notar o quanto não evoluímos como seres dotados de sentimento. Caracterizam-se nesse contexto, graves violações aos princípios constitucionais tão arduamente conquistados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou demonstrar a relação existente entre o estudo do direito penal/processual de emergência e a execução da pena após a condenação em segunda instância e seus efeitos no sistema carcerário brasileiro.

O direito penal de emergência tem se mostrado um fenômeno de extrema complexidade. O mesmo pode, além de comprometer as garantias individuais - tendo em vista que estas garantias criam barreiras protetivas contra o excesso de poder punitivo estatal - colocar em risco o próprio Estado Constitucional Democrático.

Na visão emergencial quanto a impunidade, as garantias processuais acabam por serem vistas até mesmo como entraves, os quais podem/devem ser relativizados como único caminho de alcançar a justiça, a segurança da sociedade, o que seria a justificativa para a permissão de uso de meios excepcionais.

A execução da pena após condenação em segunda instancia ultrapassa, portanto, os limites constitucionais, ferindo principalmente o princípio da presunção de inocência, que é um das bases das garantias conquistadas, privando o acusado da possibilidade de esperar o transitio em julgado, passando a estabelecer como regra aquilo que era exceção, ou seja, mesmo que o indivíduo preencha todos os requisitos previstos em lei para aguardar o transitio em julgado, deverá começar a cumprir provisoriamente uma pena de um crime que ele ainda pode ser inocentado, contrariando todo o processo evolutivo pelo qual as ciências criminais moderna lutou para alcançar.

Essas normas “emergenciais” pouco ou nenhum efeito possuem na prática, servindo apenas para acalmar a população, que ingenuamente acredita que “algo está sendo feito”, colocando as esperanças de dar fim a impunidade através de mitigar garantias.

Consideramos essa decisão do STF como a mais nova concretização do Direito Penal e Processual de Emergência, por subtrair uma garantia individual para acalmar os anseios da sociedade. No entanto, cremos que essa decisão deva passar por outras análises ou até outras ciências, deve se ter uma maior observação quantos aos próprios ditames e princípios penalistas e constitucionais, posto que não se pode simplesmente mudar um entendimento que já está a anos fundado em estudos, pondo em segundo plano esses princípios que levaram anos para serem usados elaborados e desenvolvidos.

A percepção caótica dos presídios após a decisão do STF sobre a execução provisória da pena após condenação em segunda instancia não parece ter sido analisado pela suprema

corde. A irracionalidade disso fica patente quando é analisado o cenário do sistema carcerário, a superlotação, uma vez que sequer, por um lado, preservar as garantias para alguns e retirar para outros. Torna-se difícil aplicação até mesmo do princípio da dignidade da pessoa humano. O campo da aplicação das leis passa, nesse momento, por uma questionável constitucionalidade, ainda que aceita pela maioria.

Diante disso, o valor das garantias passa a ser minimizado na proporção em que se limita o princípio da inocência, ou seja, ele passa a ser medido por parâmetros cada vez mais perigosos, volátil, subjetivo, e que não permite nenhuma garantia de proteção aos cidadãos, ao contrário do papel que estes princípios deveriam ter e que é o que dispõe a constituição.

Outra controvérsia grave na decisão do STF, é que ela compromete indubitavelmente a segurança jurídica, A atuação repreensiva irá, e deve sempre existir. No entanto, no estado brasileiro tarda uma atuação mais eficaz no âmbito preventivo.

Com todos os questionamentos e críticas levantadas contra a decisão do STF sobre a Execução provisória da pena após decisão em segunda instancia e suas possíveis efeitos e consequências, somadas a um golpe nas garantias individuais, não se pode concluir pela constitucionalidade dessa decisão.

Em suma, com respeito as correntes doutrinárias que divergem de nosso posicionamento acerca deste tema, a decisão sobre a execução após condenação em segundo grau fere a ordem constitucional democrática.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AMARAL, Thiago Bottino do. **A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo**. Jus, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7269/a-seguranca-como-principio-fundamental-e-seus-reflexos-no-sistema-punitivo>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAYER, Diego. **A mídia, a reprodução do medo e a influência da política criminal**. Jus Brasil. 2013. Disponível em: <<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943204/a-midia-a-reproducao-do-medo-e-a-influencia-da-politica-criminal>>. Acesso em 05 nov. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, São Paulo, Atena Ed., 1954.

BERCLAZ, Mácio. **O que significa um processo penal democrático**. Justificando, 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/07/04/o-que-significa-um-processo-penal-democratico/>>. Acesso em: 27 out. 2017.

BORGES D'URSO, Flávio Luiz. **A prisão em segunda instância nos tempos de lavo jato**. Conjur. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinioao-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato>> Acesso em 01 nov. 2017.

BORGES DE ANDRADA, Doorgal. **Prisão decorrente da condenação em 2º contrapõe ao Direito**. Conjur. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-25/doorgal-andrada-prisao-segunda-instancia-contrapoe-direito>> Acesso em 22 dez. 2017.

BRAISL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso no dia 14 de dezembro de 2017.

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em <http://www.justica.gov.br/Acesso/participacao-social/subpaginas_consultas-publicas/departamento-penitenciario-nacional-depen> Acesso em 19 dez. 2017.

BRASIL. Disponível em <<https://anistia.org.br/noticias/sistema-prisional-uma-tragedia-anunciada/>> Acesso em 3 nov. 2017

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina. 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DA COSTA, Domingos Barroso. **O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito**. Conjur. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>>. Acesso em: 03 out. 2017.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense, 2008.

FEITOZA, Denilson. **Reforma Processual Penal**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 33.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “Ius Puniendi” e Bases Principlológicas do Garantismo Penal**. P. 49-76. In: MOREIRA, Rômulo (org). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPovivm, 2008.

GHISLENI, Pamela Copetti. **O sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte geral,. Niterói: Impetus, 2006

JORNAL DE TODOS OS BRASIS. Disponível em <<https://jornalgn.com.br/noticia/lava-jato-nao-obedece-regras-comuns-diz-juiz-que-livra-moro-de-processo>> Acesso em 12 nov. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª ed. rev. e atual. Vol.I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7x1**. Jurídico. Conjur. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos: princípio da vedação ao retrocesso ou proibição ao regresso**. Ebeji, 2014. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>. Acesso em: 03 dez. 2017.

MATSUURA, Lilian. **Morosidade aumenta sensação de impunidade**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-mai-29/duracao-processo-principal-razao-sensacao-impunidade>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª Edição, Ed. Saraiva,

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª edição. *Empório do Direito*, 2015.

OLIVEIRA, Breno Alves de. **As Limitações do Poder Constituinte Originário na instauração de uma Nova Ordem Jurídica**. Jus Brasil. 2014. Disponível em: <<https://brenoalves92.jusbrasil.com.br/artigos/160029934/as-limitacoes-do-poder-constituente-originario-na-instauracao-de-uma-nova-ordem-juridica>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. Coimbra: Almedina, 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade humana, ressocialização e a socialização carcerária no Brasil**. 2017. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria>> Acesso em 15 nov. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3^a ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.