



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

LUCAS ALMEIDA DE ABRANTES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA
INSTÂNCIA FACE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**Sousa-PB
2018**

LUCAS ALMEIDA DE ABRANTES

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA
INSTÂNCIA FACE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito.

Orientador: Prof. Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira

**Sousa-PB
2018**

LUCAS ALMEIDA DE ABRANTES

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA
FACE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito.

Orientador: Prof. Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira

Data de Aprovação: 06/12/2018

Banca Examinadora:

Leonardo Figueiredo de Oliveira
Orientador

Allison Haley dos Santos
Examinador

Paulo Abrantes de Oliveira
Examinador(a)

*À minha família. Meus pais, Alexandra Oliveira
e Francisco Sergio, e meu irmão Luis Antônio
por terem sempre acreditado em mim.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me possibilitou chegar até aqui, me protegeu e guiou durante toda a caminhada, me capacitando para enfrentar os desafios e conquistar meus objetivos.

Aos meus pais e meu irmão, por terem me ensinado todos os reais valores da vida, pelo incentivo, confiança e, principalmente, por terem me ensinado a tratar todos igualmente, pois só assim poderei cumprir o real propósito de um profissional jurídico: promover justiça sem analisar origem, cor ou a classe social de quem a postule.

Aos amigos que a UFCG me proporcionou, por todo apoio e pelo crescimento pessoal que me possibilitaram.

Ao meu querido Avô Hosterno, o primeiro a acreditar que um dia eu pudesse obter um diploma de curso superior.

Ao professor Leonardo Figueiredo de Oliveira, por toda a compreensão, disponibilidade e ensinamentos que tornaram possível este trabalho.

*Consagre ao Senhor tudo o que você faz,
e os seus planos serão bem sucedidos.
Provérbios 16:3*

RESUMO

O presente trabalho monográfico propõe análise da relação entre o Princípio da Presunção de Inocência e a decisão do STF que permitiu a execução da pena após decisão em segunda instância. Tal relação provoca acaloradas discussões quanto a uma eventual inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, que poderia ocasionar uma relativização do Princípio da Presunção de Inocência esculpido no art. 5º, LVII da CF/88 e, em decorrência disso ser inconstitucional. Tem-se por objetivo a análise da Constitucionalidade da execução da pena após decisão em segunda instância através do estudo do Princípio da Presunção de Inocência, do Instituto da Execução da Pena, bem como das teses contrárias e favoráveis à matéria. O objeto da pesquisa em foco foi desenvolvido com base no método dedutivo, e em relação aos procedimentos, o assunto abordado foi analisado com base na técnica de pesquisa bibliográfica, bem como, por meio de análises jurisprudenciais, com o intuito de auferir os objetivos desse estudo, traçando um paralelo entre a análise da temática e a problematização proposta. A corrente contrária a execução antecipada da pena alega que haveria relativização do Princípio da Presunção de Inocência, hipótese vedada pela Carta Magna, além da exigência do trânsito em julgado para iniciar o cumprimento da pena, que restaria desconsiderado, já a corrente que defende a constitucionalidade se baseia na impossibilidade de reexame de fatos e provas após a segunda instância, além do fato de nenhum princípio ser absoluto, havendo necessidade de se respeitar também outros princípios como o da razoável duração do processo. Diante do exposto, infere-se maior robustez nos que entendem pela inconstitucionalidade, em decorrência, dentre outras coisas, da clareza do art. 5º, LVII, que determina a necessidade do trânsito em julgado para início da execução da pena, além do fato de que o legislador constituinte estabeleceu que a pena só iniciasse anteriormente ao trânsito em julgado de forma excepcional, nos casos de prisões cautelares.

Palavras-chave: Trânsito em Julgado. Constituição Federal. Princípio da Presunção de Inocência. Execução da Pena.

ABSTRACT

The present monographic work proposes an analysis of the relationship between the Principle of the Presumption of Innocence and the decision of the STF that allowed the execution of the sentence after decision in the second instance. Such a relationship provokes heated discussions about a possible unconstitutionality of the anticipated execution of the sentence, which could lead to a relativization of the Principle of Presumption of Innocence carved in art. 5, LVII of the CF / 88 and, as a result, be unconstitutional. The objective is to analyze the constitutionality of the execution of the penalty after decision in second instance through the study of the principle of the presumption of innocence, the Institute for the execution of the penalty, as well as the contrary and favorable theses to the matter. The object of the research in focus was developed based on the deductive method, and in relation to the procedures, the subject addressed was analyzed based on the bibliographic research technique, as well as, through jurisprudential analyzes, with the purpose of obtaining the objectives of this research. study, drawing a parallel between the analysis of the thematic and the proposed problematization. The current contrary to the anticipated execution of the sentence alleges that there would be a relativization of the Principle of the Presumption of Innocence, a hypothesis prohibited by the Magna Carta, in addition to the requirement of a final and unappealable decision to initiate the sentence, which would be disregarded, is based on the impossibility of reviewing facts and evidence after the second instance, in addition to the fact that no principle is absolute, and there is a need to respect also the reasonable duration of the process, for example. In view of the above, it is inferred more robustness in those who understand the unconstitutionality, due to, among other things, the clarity of art. 5, LVII, which establishes the need for a final decision to begin execution of the sentence, in addition to the fact that the constituent legislator established that the sentence should only commence before the final res judicata in cases of precautionary prisons.

Keywords: Transit in Judgment. Federal Constitution. Principle of Presumption of Innocence. Execution of the Penalty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ASPECTOS GERAIS RELATIVOS À EXECUÇÃO DA PENA.....	12
2.1 ORIGEM DAS PENAS	12
2.2 ESPÉCIES DE PENA.	13
2.3 PENAS VEDADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.	18
2.4 INSTITUTO DA EXECUÇÃO CRIMINAL	20
2.5 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL	24
3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	26
3.1 CONCEITO DE PRINCÍPIOS.....	26
3.2 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	28
3.3 ORIGENS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	29
3.4 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	33
3.5 PRISÕES CAUTELARES E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .	35
4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	37
4.1 CORRENTE FAVORÁVEL À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA.	37
4.2 CORRENTE DESFAVORÁVEL À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico demonstra que a formação doutrinária do Princípio da Presunção de Inocência não é recente, apresentando as principais mudanças que o movimento Iluminista proporcionou durante o século XVIII, através de autores como Cesare Beccaria.

Apresenta-se épocas nas quais a Presunção de Inocência foi mitigada, como na pré-história e início da Idade Média, mas que através de ideais de respeito à liberdade e a dignidade humana introduzidos inicialmente pelos Iluministas, passou a ser adotada em praticamente todas as sociedades civilizadas, cada uma a seu modo.

Por sua vez, a execução da pena tem o escopo de garantir ao infrator todos os seus direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, impossibilitando dessa forma castigos físicos e morais, para propiciar futura reintegração à sociedade.

Posteriormente, com ajuda da análise das características do Princípio da Presunção de Inocência e do Instituto da Execução Penal, procura-se compreender da melhor forma os argumentos contrários e favoráveis à execução da pena em segunda instância.

Diante do exposto, haveria dúvida no Brasil sobre qual momento correto que a Constituição Federal autorizaria o início da execução penal: se após decisão condenatória de um colegiado de segundo grau ou apenas após o trânsito em julgado do processo, ao fim de todos os recursos passíveis de julgamento.

Essa incerteza acarretaria acaloradas discussões após o entendimento a que chegaria a Corte Constitucional em 2016, que admitiria o início da execução penal após decisão condenatória proferida na segunda instância, entendendo que não haveria, em decorrência da decisão, relativização do Princípio da Presunção de Inocência.

O objetivo do presente trabalho será proporcionar o debate sobre a possibilidade de ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência em detrimento da execução antecipada da pena após decisão de um colegiado na segunda instância, procurando demonstrar as correntes contrárias e favoráveis ao novo entendimento proferido pela Corte Constitucional.

A relevância da discussão desse tema reside na importância da compreensão dos principais argumentos trazidos por cada corrente que trata do tema, seja contrária ou favorável, possibilitando dessa forma que cada operador jurídico tire suas próprias conclusões e possa defender o que acha mais correto, incentivando o debate sobre um direito conquistado a duras penas desde os primórdios da espécie e que tem influência direta na vida dos cidadãos brasileiros.

Para nortear a elaboração do presente trabalho monográfico utilizar-se-á o método dedutivo, procurando buscar posições jurídicas que sustentassem ou negassem a possibilidade da execução da pena em segunda instância. Buscar-se-á ainda categorias de conceitos e pesquisa bibliográfica qualitativa que compreenda revisões doutrinárias em obras jurídicas e artigos relativos ao tema em debate.

Para a melhor compreensão do trabalho monográfico em questão, é imperante elucidar que a sua estruturação ocorrerá em três capítulos, dividida de maneira exposta a seguir.

O primeiro capítulo tratará dos aspectos gerais relativos à execução criminal, procurando demonstrar suas origens, o modo como evoluiu durante a história e as contribuições perpetradas pelos ideais iluministas durante o século XVIII. Apresentar-se-á também as hipóteses de penalização permitidas expressamente pela Constituição Federal de 1988, como a pena privativa de liberdade, assim como as penalidades vedadas também de forma expressa pela Carta Magna, como a de morte e a de caráter perpétuo.

O segundo capítulo proporcionará uma conceituação e delimitação dos Princípios, procurando demonstrar os seus altos índices de abstração, assim como as diferenças em detrimento das Regras, para posteriormente analisar a evolução do Princípio da Presunção de Inocência, sempre o relacionando com o instituto da execução criminal, que garantiria o exercício dos direitos e garantias individuais durante e depois da persecução criminal.

Importante elucidação também se fará presente no tópico que tratará da aparente colisão entre a Presunção de Inocência e a possibilidade excepcional das prisões cautelares (ambos esculpidos na Constituição Federal), procurando interpretar ambos os dispositivos conjuntamente, com o intuito de demonstrar que nesse caso não haveria o que se falar em técnicas de ponderação.

O terceiro capítulo procurará analisar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, julgada em 2016 pela Suprema Corte, que através da sua

maioria, possibilitaria a execução antecipada da pena após sentença condenatória proferida por um colegiado na segunda instância. Buscar-se-á trazer argumentos favoráveis e contrários de cada um dos Ministros que participou do julgamento da referida ação, selecionando de cada voto suas partes mais importantes com o escopo de mostrar uma visão geral sobre o assunto e proporcionar um debate entre os operadores jurídicos.

2 ASPECTOS GERAIS RELATIVOS À EXECUÇÃO DA PENA

O presente capítulo tratará das características gerais relacionadas à execução da pena, suas origens, processo evolutivo e situação que se encontra hodiernamente, bem como das hipóteses de penalização expressamente permitidas e vedadas pela Carta Magna.

2.1 ORIGEM DAS PENAS

A aplicação de uma pena é decorrente da prática de determinada infração e é imposta pelo Estado. Quando algum indivíduo comete um fato típico, ilícito e culpável nasce para o Estado a possibilidade de puni-lo (*jus puniendi*), com o escopo de manter a ordem e a paz social e possibilitar o convívio em sociedade.

A partir do instante que o homem passou a conviver em sociedade, utilizou-se da aplicação de penalidades para desestimular a violação de preceitos pré-determinados pelo corpo social.

Durante toda a história humana apareceram legislações com o propósito de determinar punições em virtude de algum comportamento previsto como proibido. Tem-se como exemplo o Código de Hamurabi, considerado a legislação mais antiga da Índia, que tinha o entendimento de que o castigo e a coação eram elementares para evitar o caos na sociedade, entretanto, as penas variavam de acordo com a posição social ocupada pelo sujeito.

Também se pode citar o Código de Hamurabi, criado por volta do século XVIII a.C na antiga Mesopotâmia, que se tratava de uma coletânea de 282 leis esculpidas em uma rocha utilizando-se da escrita cuneiforme. Tinha como finalidade uniformizar as leis aplicadas em todo território, estabelecendo que todo infrator seria castigado de forma equivalente ao delito que praticou, consagrando a máxima tão conhecida atualmente: “olho por olho, dente por dente.”

Pode-se dizer que durante a antiguidade as penalizações decorrentes de violações de norma pré-formuladas tinham um caráter imensamente aflitivo, já que quem pagava pelo ato praticado era o corpo do contraventor mediante penas de morte, esquartejamentos, mutilações, torturas, etc.

Apenas durante a época do Iluminismo, por volta do século XVIII, começou-se a mudar os pensamentos a respeito da aplicação de penas, através de obras

escritas por autores como Cesare Beccaria, que tinha o intuito de demonstrar a realidade cruel em que diversas pessoas se encontravam, assim como a possibilidade de eventuais erros que condenassem inocentes e os submetessem a situações humilhantes e constrangedoras.

O surgimento desses novos pensamentos fez com que a maneira desumana e degradante de tratamento de acusados fosse melhorando aos poucos, passando-se a rejeitar qualquer tipo de aflição física ou moral como meio de punir ou investigar a ocorrência de determinado delito. Segundo Grecco (2017, p. 620)

Hoje, percebe-se haver, pelos menos nos países ocidentais, uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos. Vários pactos são levados a efeito por entre as nações, visando à preservação da dignidade da pessoa humana, buscando afastar de todos os ordenamentos jurídicos os tratamentos degradantes e cruéis.

Em virtude do histórico de penalizações aplicadas pode-se afirmar que a pena privativa de liberdade - como pena predominante atualmente- é um avanço conquistado nessa sombria história, tendo sido criada nos mosteiros da Idade Média na imposição de sanções aos clérigos ou monges faltosos com o intuito de fazê-los meditar em suas celas e se arrepender dos erros cometidos.

Entretanto, há que se ressaltar que a conjuntura atual garante todos os direitos aos indivíduos submetidos ao cárcere apenas no papel, nota-se uma dificuldade imensa de traduzir efetivamente esses direitos na realidade devido à crescente onda de marginalidade, que gera indignação nas pessoas e faz com que elas defendam penas mais degradantes como forma de inibição aos delitos.

Concluindo, é imperante que a sociedade saiba que o problema da onda de marginalidade começa em diversas outras frentes, dentre elas a corrupção de governantes, falta de condições mínimas de existência e a principal: a precariedade da educação. Não há esperança de uma sociedade melhor no tratamento desumano do recluso, por que isso produz um círculo vicioso que os torna cada vez mais perigosos e acaba por afetar em grau superior uma sociedade que já está demasiadamente sofrida.

2.2 ESPÉCIES DE PENA

O artigo 32 do Código Penal estabelece as espécies de pena que podem ser adotadas: a) privativa de liberdade; b) restritiva de direitos e; c) multa (BRASIL, 1940).

As penas privativas de liberdade são classificadas em dois tipos: a) Reclusão, que é aplicada em condenações mais severas, podendo ser aplicado o regime fechado, semi-aberto ou aberto; e b) detenção, que é utilizada em condenações mais leves e não admite que se inicie o cumprimento em um regime fechado. Tais penas são descritas nos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores e, portanto, são pré-determinadas de acordo com o bem jurídico lesado (BRASIL, 1940).

Após ser constatada a prática de delito, procede-se a fase de aplicação da pena na qual o magistrado utilizará o critério trifásico previsto no art.68 do Código Penal, fixando uma pena-base através das especificações contidas no art.59 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1940). Depois de encerrada essa etapa, passa-se a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes e posteriormente procedem-se ao exame das causas de aumento e diminuição de pena, respectivamente.

Posteriormente a fase de estabelecimento do total de pena a ser aplicada, o art.59 do Código Penal determina que o magistrado também especifique o regime inicial de cumprimento de pena ao qual o sentenciado irá se submeter, fazendo uso das especificações legais do art.33, §2º do CP (BRASIL, 1940).

Nessa fase o regime inicial de cumprimento depende da quantidade de pena aplicada. Caso a pena seja superior a oito anos o regime inicial será o fechado e a execução da pena ocorrerá em estabelecimento de segurança máxima ou média, já se o condenado não for reincidente e a pena aplicada for superior a quatro e não exceda a oito anos, o regime poderá ser o semi-aberto e a execução da pena ocorrerá em uma colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar, entretanto, se o sentenciado não for reincidente e a pena seja igual ou inferior a quatro anos o regime adotado poderá ser o aberto e a execução da pena se dará em casa de albergue ou estabelecimento adequado (BRASIL, 1940).

Vale frisar que o §3º do artigo 33 do Código Penal nos ensina que o regime inicial ao qual o sentenciado será submetido é uma proporcionalidade entre a fração de pena aplicada e a análise das circunstâncias do art.59 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1940). Portanto, não é apenas a quantidade de pena aplicada ao caso concreto que irá determinar o regime de cumprimento de pena ao qual se submeterá

o indivíduo inicialmente, também é imprescindível a análise das condições judiciais do artigo 59 do CP, para saber se elas recomendam aquele regime de inicial de cumprimento de pena.

Uma vez determinado o regime inicial de cumprimento de pena em sentença condenatória, não se pode cumprir - lá em regime mais gravoso em virtude de descaso por parte do Estado, como no caso de ausência de vagas em colônias agrícolas. Ressalte-se que caso fosse permitido um regime mais gravoso, estaríamos prejudicando o direito de cumprir uma pena proporcional ao delito praticado, ofendendo o princípio da proporcionalidade, assim como permitindo o contato dessas pessoas com presos de periculosidade mais elevada.

Assegurado esse direito ao sentenciado e iniciado o cumprimento de pena no regime fechado ou semi-aberto, tem-se o direito de remir (diminuir) parte da pena através de estudo ou trabalho, como assevera o art.126 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984). Assim, extingue-se um dia de pena para cada 12 horas – divididas em, no mínimo três dias - de frequência escolar ou diminui-se um dia da pena a cada três dias trabalhados.

Já na análise da pena restritiva de direitos, verifica-se que, ao contrário da anterior, essa busca reprimir infrações consideradas mais leves pelo ordenamento jurídico, com o intuito de aplicar o princípio da proporcionalidade – atingindo o delinquente proporcionalmente ao dano provocado por ele – e evitar o contato com presos de maior periculosidade, atingindo assim duas finalidades simultaneamente: evita a possibilidade de que o criminoso se torne mais perigoso e através disso, resguarda a sociedade de possíveis danos maiores que ele poderia vir a causar.

Há correntes contrárias que acreditam que a utilização dessa medida sacrifica a sociedade perante o indivíduo, criando a idéia de que abrir mão de parcela de liberdade significa algum ganho pessoal, gerando dessa forma indignação na sociedade e comprometendo a almejada ordem social. Apesar das correntes contrárias, o Código Penal contemplou na Parte Geral a possibilidade de aplicação dessa espécie de penalização.

Até o ano de 1998 só existiam três espécies de pena restritiva de direitos: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitações de fim de semana. Com o surgimento da Lei nº 9714/98 surgiram duas novas espécies: as penas de prestação pecuniária e a de perda de bens e valores. Vale salientar que a pena de interdição temporária de direitos tem

quatro subdivisões, que são: proibição do exercício de profissão, proibição do exercício de cargo, proibição de frequentar determinados lugares e suspensão de habilitação para dirigir veículo (BRASIL, 1998).

O artigo 44 do Código Penal regula o procedimento relativo à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos através de três requisitos, os dois primeiros de ordem objetiva (artigo 44, I e II) e o último de ordem subjetiva (artigo 44, III), vale salientar que os três requisitos são cumulativos, ou seja, só será concedida a substituição se as condições forem atendidas simultaneamente (BRASIL, 1940).

O primeiro requisito determina duas possibilidades alternativas (ou uma ou outra), a primeira é que a pena privativa de liberdade aplicada não pode ser superior a quatro anos e o crime não pode ser cometido com violência ou grave ameaça à pessoa – se aplica nos crimes de modalidade dolosa – e a segunda, que abrange qualquer pena aplicada, exige que o crime seja cometido na modalidade culposa.

O segundo requisito (de ordem objetiva) é a inexistência de reincidência dolosa, ou seja, ambas as infrações penais – tanto a anterior como a posterior- não podem ser cometidas na modalidade dolosa para haver possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Nesse sentido, o § 3º do dispositivo em questão estabelece que mesmo que haja a reincidência descrita anteriormente, o magistrado poderá aplicar a substituição desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

O terceiro requisito presente no inciso III do art.44 do Código Penal é de natureza subjetiva e estabelece que, atendidos todos os requisitos anteriores, o magistrado analisará se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940).

Por fim, vale salientar que o §4º do art. 44, do Código Penal, determina que uma vez substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o sentenciado cometa algum descumprimento injustificado de restrição imposta, a pena volta a ser privativa de liberdade, entretanto, no cálculo dessa é imperante que haja diminuição do tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos (BRASIL, 1940).

A terceira hipótese de penalização possível é a multa, que é uma prestação pecuniária devida em virtude de sanção condenatória de natureza patrimonial, na qual há fixação de determinado valor através do sistema dias-multa e o pagamento é reservado ao fundo penitenciário.

Nesse sentido, vale evidenciar o §2º do art. 44 do Código Penal que afirma ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma multa quando a condenação for igual ou inferior a um ano, caso a pena aplicada seja superior a esse limite legal, ainda haverá a opção de substituí-la por uma multa em conjunto com alguma pena restritiva ou por duas penas restritivas (BRASIL, 1940).

O sistema de dias-multa foi criado com o escopo de substituir o valor da multa pré-estabelecida (que se tornaria constantemente desatualizado em razão da inflação, tornando o valor a ser pago irrisório) tornando o sistema sempre atualizado independentemente da época na qual seja aplicado. Tal mudança foi implementada no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 2º da Lei 7209/84 (BRASIL, 1984).

A pena de multa variará de no mínimo 10 e, no máximo, 360 dias-multa. A importância do dia-multa é fixada pelo magistrado e não pode ser superior a cinco vezes o maior salário mínimo da época e inferior a um trigésimo desse salário (art.49, §1º do C.P). Na aplicação dessa penalidade, o magistrado deve levar em consideração a situação econômica do sentenciado, caso entenda que apesar da aplicação do valor máximo a penalidade não atingiu seu objetivo de reprimir o crime em virtude da capacidade econômica do condenado, ele poderá aumentar o valor máximo até o triplo, ou seja, quinze salários mínimos (art.60, §1º do C.P) (BRASIL, 1940).

Na averiguação do valor dos dias-multa, o magistrado deve levar em consideração também o critério trifásico presente no art. 68 do Código Penal, que serve como orientação para aferir o total de dias-multa a ser aplicado. Seguindo esses preceitos, inicialmente verifica-se a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima (art. 59 do Código Penal) com o escopo de encontrar a pena-base que varia entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, posteriormente analisa-se as circunstâncias atenuantes e agravantes e por terceiro e último, averigua-se as causas de aumento e diminuição de pena (BRASIL, 1940).

Encerrada essa fase, passa-se ao momento de cálculo do valor que terá cada dia-multa, que variará entre no mínimo, um trigésimo do salário mínimo até, no máximo, cinco vezes o salário mínimo vigente na época (valor que pode triplicar em razão da capacidade econômica do réu, chegando a quinze salários mínimos).

Após a determinação do valor proceder-se-á ao pagamento, segundo Grecco (2017, p. 703)

Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, a multa deverá ser paga dentro de dez dias. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais (art. 50 do CP). O juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações (art. 169, § 1º, da LEP).

2.3 PENAS VEDADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Após uma evolução longa e gradual do sistema jurídico pátrio, a Carta Política, com o propósito de preservar direitos daqueles que se encontram no território nacional (temporariamente ou não), vedou no artigo 5º, XLVII, que fossem aplicadas determinadas penas capazes de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um fundamento do Estado Democrático de Direito. Vejamos o dispositivo em tela: “XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (BRASIL, 1988).

Diante do aumento da marginalidade aliada à facilidade cada vez maior de transmissão de acontecimentos em tempo real, é criada uma falsa sensação de insegurança que muitas vezes passa longe de corresponder à realidade fática de determinados lugares, diante dessa falsa percepção surgem cada vez mais defensores da adoção da pena de morte no Brasil para crimes graves que causem grande reprovação da sociedade. Entretanto, devemos estar atentos ao fato de que a garantia de não haver pena de morte faz parte dos direitos e garantias individuais que a Carta Magna reservou ao cidadão e que, de acordo com o seu art.60, §4º (BRASIL, 1988), uma emenda constitucional disposta a cessá-la jamais poderá sequer ser objeto de deliberação no Congresso Nacional.

Já as penas de caráter perpétuo são totalmente contrárias ao principal objetivo do sistema penal brasileiro: a ressocialização, primeiro por que violam o

princípio da dignidade da pessoa humana e segundo, por que não possibilitam de forma alguma o retorno e a reinserção do apenado na sociedade. Harmoniza-se com esse entendimento a regra prevista no art.75 do Código Penal, que limita o cumprimento da pena privativa de liberdade ao máximo de 30 anos (BRASIL, 1940).

Vale ressaltar que quando a soma das penas privativas de liberdade ultrapassa o limite máximo previsto de 30 anos, deve-se unificá-la para que atenda o disposto na lei, ou seja, qualquer que seja a pena, deve-se adequá-la ao teto legal. Já se sobrevier uma condenação por um fato posterior ao início do tempo no qual o apenado iniciou o cumprimento da pena, deve-se fazer uma nova unificação atendendo dois requisitos: o primeiro é desprezar o tempo de pena já cumprido e o segundo é adequar a pena total ao limite máximo estabelecido pelo Código Penal.

A pena de trabalhos forçados veda o trabalho no qual o transgressor seja humilhado, como na tortura durante o labor. A interpretação de que a Constituição proíbe qualquer tipo de trabalho obrigatório é equivocada, esta apenas tem o objetivo de impedir os que causem situações constrangedoras e/ou humilhantes aos detentos. Nesse sentido é a norma descrita no art. 31 da LEP, a qual define que é obrigatório o trabalho do detento na proporção de suas aptidões e capacidade (BRASIL, 1984).

Nesse caso, a obrigatoriedade do trabalho quer desenvolver no apenado a possibilidade de reinserção na sociedade, viabilizando o desenvolvimento de alguma qualificação profissional que possa lhe auxiliar quando for posto em liberdade. Além disso, o trabalho exercido é uma fonte de receita para o detento e sua família, na medida em que não pode ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) de salário mínimo, determinação que valoriza o seu trabalho e ao mesmo tempo incentiva para que continue laborando.

Diante da obrigatoriedade descrita na LEP surge uma dúvida: poderá o sentenciado ser penalizado em virtude de se negar ao trabalho? Evidente que não, devido ao fato de que o principal objetivo do trabalho é trazer dignidade e recuperar socialmente o indivíduo, e não estabelecer mais uma possibilidade de aumento do tempo que passará enclausurado. Vale ressaltar que além do salário recebido, há o privilégio da remição de pena descrita no art. 126 da LEP (BRASIL, 1984).

Antes de entrar no mérito da pena de banimento, é importante frisar a diferença entre quatro institutos jurídicos: a) a extradição é permitida somente em face de brasileiro naturalizado em caso de prática de crime comum antes da sua

naturalização ou em caso de envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins a qualquer momento; b) a deportação devolve o estrangeiro que tenha entrado ou esteja irregularmente no país, caso não se retire espontaneamente do país no prazo delimitado; c) o banimento é o envio forçoso de um brasileiro ao estrangeiro; d) a expulsão é a medida administrativa que retira compulsoriamente um visitante ou migrante do território nacional e lhe impede de voltar ao país durante determinado tempo, em virtude de crimes de genocídios, crimes contra a humanidade, crimes de guerras, dentre outros.

Portanto, pelo fato da pena de banimento consistir no envio obrigatório de um brasileiro nato ao estrangeiro, afetando dessa forma a dignidade da pessoa humana e o princípio da cidadania, a Carta Magna veda expressamente a sua aplicação em qualquer caso no seu art. 5º, LI (BRASIL, 1988). Vale ressaltar que tal penalização foi bastante aplicada no Brasil durante o período de ditadura militar, fato esse que incentivou a vedação desse instituto pela Constituição Federal de 1988.

As penas devem ter o objetivo de reprovar e reprimir a conduta do indivíduo, procurando a forma mais equilibrada de corrigir o comportamento do infrator, garantindo dessa forma que possa haver reinserção na sociedade, como também garantir que a paz e a ordem social sejam mantidas. Dessa compreensão nasce a necessidade de proibição de penas cruéis aos detentos, já que essas o desconsideram como pessoa, impossibilitando a concretização dos objetivos citados anteriormente.

Além disso, colocam em sério risco a integridade física e moral do apenado, ofendendo comedidamente seus direitos como cidadão e a sua dignidade como pessoa humana.

Perante o exposto, é de fácil percepção o fato de que a vedação dessas penas pela Constituição Federal ocorreu baseada em um dos principais fundamentos de existência do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana, que estabelece uma limitação primordial entre a qualidade e a quantidade das penas, já que o Estado que tortura, mata ou constrange um cidadão perde a sua razão de existir e coloca-se no mesmo nível dos criminosos.

2.4 INSTITUTO DA EXECUÇÃO CRIMINAL

A sociedade em que vivemos tem dificuldades de compreender os reais fatos que levam uma pessoa a cometer um crime, analisando os delituosos individualmente, sem inseri-los no contexto da sociedade em que vivemos. Diante desse fato, surgem teorias sociológicas que procuram relacionar o delito aos contextos da sociedade em geral, procurando identificar as circunstâncias corriqueiras que propiciam o surgimento de infratores.

Em termos sociológicos, uma tese que se destaca é a de Émile Durkheim (normalidade e funcionalidade), que defende que o delito seja normal e funcional: normal devido ao fato de existir em qualquer sociedade e funcional, pois é útil e necessário para que se possa identificar o agrupamento social que não está funcionando corretamente, propiciando mudanças que permitam condições dignas para que todos os cidadãos possam viver normalmente, tais como trabalho, saúde e educação.

Diante dessa situação, na qual os crimes retratam alguma desorganização da sociedade, precisa-se de um instituto jurídico que permita a aplicação de sanções condenatórias determinadas pelo juízo criminal, de forma a assegurar a dignidade da pessoa humana, importante fundamento do Estado Democrático de Direito, tal instituto chama-se execução penal.

Após percorrer todos os procedimentos relativos à fase de conhecimento do processo penal ocorre o trânsito em julgado da ação, que propicia o surgimento de um título executivo judicial (instituto jurídico resultado do processo que propicia o cumprimento forçado de uma sentença condenatória), surgindo desde esse momento a obrigação de execução da pena, seja ela privativa de liberdade, pecuniária ou restritiva de direitos.

Vale ressaltar que na fase da execução a citação é desnecessária, já que o condenado tem ciência da sentença penal condenatória porque exerceu o direito ao devido processo legal, entretanto, há uma exceção descrita no artigo 50 do Código Penal que dispõe que a multa deverá ser paga no prazo de dez 10 (dez) dias após o trânsito em julgado da ação, caso não ocorra o pagamento o condenado será intimado pelo respectivo juízo que proferiu a condenação (BRASIL, 1940).

Diante da necessidade de regulação da execução penal, nasceu a Lei nº 7210/84 denominada de Lei de Execução Penal (LEP), a qual estabelece no artigo 1º o objetivo de “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e propiciar

condições para a harmônica integração social do condenado ou internado” (BRASIL, 1984).

Como todo o ordenamento jurídico pátrio anterior a Constituição Federal de 1988, a Lei nº7210/84 também passou por um processo chamado recepção constitucional, com o intuito de garantir que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição sejam assegurados. Esse instituto não analisa o processo de formação que deu origem as normas, objetiva apenas analisar se as normas do direito ordinário que foram produzidas estão em harmonia com a nova ordem criada pelo Poder Constituinte através da Carta Magna.

A recepção constitucional que a Lei nº7210/84 se submeteu assegura que o procedimento de execução penal adotado no Brasil respeitará todos os direitos que a Constituição Federal reservou para os indivíduos, vejamos a seguir algumas dessas garantias:

O artigo 5º, III da CF/88 dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988), garantia conquistada após período de ditadura militar, e que tem o propósito de defender a integridade física e moral do detento em razão da desproporcionalidade de poder entre esse e o Estado. Vale destacar que o crime de tortura é inafiançável de acordo com o art. 5º, XLIII da CF/88 (BRASIL, 1988).

Outra prerrogativa concedida ao condenado está prevista no art. 5º, XL que determina que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Tal norma tem o escopo de garantir que a pena já estabelecida não se agrave, mesmo que haja mudança normativa e também que uma lei posterior não alcançará fatos praticados antes da vigência do dispositivo. Entretanto, caso beneficie o réu, a retroatividade da lei é permitida.

Coaduna-se com esse entendimento a redação do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, a qual preceitua que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, 1940). Diante dessa norma verificamos que mesmo no caso em que já sobreveio sentença condenatória, a norma mais favorável deve ser aplicada ao agente. Mas aí surge uma dúvida: quem é competente para aplicar a norma mais favorável depois da sentença condenatória? A súmula 611 do STF estabelece o juízo das execuções como competente para aplicar a lei mais benévola ao agente.

Mais uma regalia concedida pela Constituição Federal que a LEP (Lei de Execuções Penais) tem que respeitar é prevista no artigo 5º, XLV, primeira parte que dita a seguinte norma: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)” (BRASIL, 1988). Tal presunção legal é justa, pois em um estado democrático de direito não podemos permitir que a execução da pena recaia sobre alguém que não cometeu nenhum delito.

Diante desse benefício concedido pela Carta Maior, o artigo 41, X da LEP veio assegurar que constitui um dos direitos do preso a visita do cônjuge, da companheira, e de parentes ou amigos em dias determinados, permitindo que as pessoas mais próximas mantenham o convívio com quem está cumprindo pena (BRASIL, 1984). Tal regalia também ocorre em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, por que a execução penal cede espaço para a família participar do ambiente carcerário, ajudando a atingir o principal objetivo da pena: a recuperação da pessoa e a sua reinserção na sociedade.

Uma vez que os familiares do preso precisam entrar no recinto penal para visitar seus parentes, surge uma dificuldade natural do processo: as revistas corporais. Esse método de controle exercido acaba gerando situações desconfortáveis, nas quais os familiares precisam tirar suas roupas e serem totalmente inspecionados por um agente público designado para manter a ordem pública nos presídios.

Também se verificou necessário que o cumprimento da pena ocorresse em estabelecimentos distintos e de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII da CF/88), para assegurar que os que cumprem pena tenham preservados o respeito a integridade física e moral (artigo 5º, XLIX da CF/88) (BRASIL, 1988).

Tudo isso com o intuito de evitar casos de violação sexual de presos, muito comum aos condenados por estupro de vulnerável, como também manter a ordem e a moral nos presídios ao designar locais diferentes de execução da pena para homens e mulheres.

A LEP também reserva estabelecimentos prisionais distintos em relação à pena do condenado para que cidadãos sentenciados por delitos simples não entrem em contato com indivíduos de alta periculosidade, vejamos: a) se a pena deve ser cumprida em regime fechado os presos deverão ser mantidos em penitenciárias ou unidades prisionais; b) se a pena deve ser cumprida em regime semi-aberto os

infratores serão destinados a colônias industriais ou agrícolas; c) se a pena deve ser cumprida em regime aberto os sentenciados devem ser destinados para casa dos albergados (BRASIL, 1984).

Mais uma benesse concedida especificamente às presidiárias que tenham filhos no período de amamentação é a garantia de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (artigo 5º, L da CF/88) (BRASIL, 1988). Tal prerrogativa é necessária em virtude do leite materno ser essencial para o crescimento saudável da criança, já que possui diversos nutrientes em sua composição e que por mais que haja variados tipos de leite artificial, o desmame não é saudável para mãe e tampouco para a criança.

Pode-se dizer que essa prerrogativa é uma extensão do princípio de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, e tem o procedimento especificado no artigo 89 da LEP, que estabelece a necessidade de que a penitenciária seja dotada de uma seção para gestante e parturiente e de uma creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, tendo por finalidade atender a criança desamparada cuja responsável estiver presa (BRASIL, 1984).

2.5 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL

No dia 05 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a execução provisória da pena em segunda instância, indeferindo o pedido das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 43 e 44 – propostas pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente– que tinham a finalidade de suspender a execução penal antecipada de todos os acórdãos proferidos em segunda instância.

Prevaleceu o entendimento na Corte de que o art.283 do Código de Processo Penal exige para a prisão apenas ordem escrita e fundamentada do magistrado, privilegiando nesse caso a duração razoável do processo e possibilitando que a sociedade sinta o combate a impunidade.

Diante desse novo entendimento, surgiram os que são favoráveis e os contrários a decisão. Os favoráveis alegam que os recursos passíveis de impetração após decisão de segunda instância não analisam questões relativas ao mérito, ou seja, não há mais reexame de prova e, portanto, não atinge o princípio da presunção

de inocência, já os contrários a decisão da Corte afirmam que o Princípio da Presunção de Inocência foi relativizado, e que como esse preceito está expresso taxativamente no art.5º, LVII da CF/88, estar-se-ia diante de um entendimento inconstitucional.

Anteriormente a essa decisão, o réu aguardaria o julgamento do seu processo preso somente se os requisitos da prisão preventiva estivessem presentes, caso contrário, aguardaria até o trânsito em julgado da sentença condenatória para que pudesse ser encarcerado.

Atualmente, quem for condenado na segunda instância deverá iniciar o cumprimento da pena imediatamente após a decisão, portanto, não importa mais o fato de haver pendência de Recurso Especial ou Extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O presente capítulo terá o intuito de conceituar e delimitar os Princípios, abordando as suas principais diferenças em relação às regras. Posteriormente, analisar-se-á o processo evolutivo do Princípio da Presunção de Inocência, relacionando-o com o instituto da execução criminal, que atuaria auxiliando na garantia dos direitos dos indivíduos após o início do cumprimento da pena.

3.1 CONCEITO DE PRINCÍPIOS

O estudo sobre os princípios de um ordenamento jurídico possibilita a compreensão da essência e da natureza daquele conjunto de normas formuladas, demonstrando aos destinatários os rumos que o constitucionalismo moderno permite ou não seguir e auxiliando nas dificuldades provenientes de sua interpretação e aplicação.

Diante do fato de influenciar a aplicação de todas as normas de um sistema jurídico e, portanto, refletir as convicções da sociedade, revelando suas ideias, costumes, opiniões e principalmente a evolução histórica daquela coletividade, os princípios gerais do direito despertam a atenção de vários estudiosos do mundo jurídico, e embasam o estudo de diversas disciplinas como Filosofia do Direito e a Teoria Geral do Direito.

Poder-se-ia entender os princípios sob duas perspectivas diferentes. Numa primeira seriam normas gerais que retratassem os valores da coletividade, tornando-se parâmetro para as regras que surjam posteriormente. Num segundo, seriam preceitos que predeterminassem o conteúdo que as regras legais fossem contemplar futuramente.

Assim como essas duas perspectivas, há diversas outras que procuram conceituar de forma completa os princípios, mas o que há na verdade é uma indeterminação dimensional e conceitual diante de várias características que os cercam. O que é certo atualmente é que os princípios jurídicos ocupam lugar de destaque no Direito, deixando no passado o papel periférico que ocupavam e tornando-se protagonistas dos ordenamentos jurídicos da atualidade, possuindo um acentuado grau de juridicidade.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a Constituição Federal passou a ser um sistema aberto de regras e princípios, no qual as ideias de realização dos direitos fundamentais e de justiça passaram a exercer papel fundamental.

Um ponto comum que se encontra em todas as tentativas de conceituação aos princípios é o fato de que esses são anteriores a criação das regras, e orientam o legislador na criação de todo o ordenamento, portanto, transgredir algum princípio é mais preocupante do que violar uma norma em virtude do fato de que se estaria ofendendo todo um sistema jurídico, ou seja, a ofensa atingiria também o conjunto de valores predominantes naquele corpo social.

Pode-se dizer que os princípios são normas que possuem um grau de abstração elevado, ou seja, não são aplicados diretamente ao caso concreto, são descrições abstratas de condutas consideradas corretas e por isso necessitam de interpretação por parte dos operadores do direito. Também é o fundamento das regras, ou seja, as regras devem traduzir os valores contemplados pelos princípios jurídicos, ajudando, portanto, a evitar interpretações equivocadas em determinadas situações fáticas.

Os princípios, assim como as regras, em determinadas situações conflitam, esse antagonismo não será resolvido com a anulação do outro princípio, mas sim com a ponderação entre eles. Diante do contexto, explica o eminente Lenza (2015, p.251)

Nos princípios a previsão dos fatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque (*colisão*). Assim, a aplicação dos princípios “não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

O que o autor afirma é que um dos princípios tem prioridade sobre o outro em determinadas circunstâncias. Entretanto, em outras situações a prioridade pode ser resolvida de forma contrária, isso ocorre devido ao fato dos princípios não serem absolutos, e por isso podem sofrer limitações de acordo com a situação fática. Conclui-se, portanto, que a colisão de princípios se resolve através de um balanceamento entre os interesses que colidem, não havendo o que se falar em invalidação de algum deles.

Importante salientar que apesar de alguns princípios se sobreporem sobre outros em determinados casos, não há que se falar em hierarquia entre os princípios

constitucionais, entendimento originado da não existência de hierarquia entre as normas constitucionais. O que pode existir são princípios com níveis diversos de eficácia em casos concretos, e que em caso de colisão utiliza-se técnicas de ponderação.

3.2 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O ordenamento jurídico atualmente é composto de Princípios e regras, ou seja, inicialmente determinam-se valores e posteriormente condutas. Através desse entendimento surgem as diferenças básicas entre os dois institutos, que não possuem fronteiras fortemente delimitadas, já que é indivisível e único o objeto de direito a que se referem.

Um sistema composto somente por regras daria origem a um ordenamento fechado, incapaz de acompanhar as mudanças de valores provenientes da convivência em sociedade, e, por conseguinte, daria ensejo à produção abundante de novas regras como tentativa de corresponder aos anseios da coletividade.

Já um sistema jurídico composto exclusivamente de princípios iria promover insegurança jurídica no corpo social em virtude de seu elevado grau de abstração, além do fato do direcionamento secundário para a prescrição de condutas, ocasionando diferentes decisões em casos concretos similares.

Diante disso, é imperante rechaçar a afirmação de que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais essenciais que os princípios, cada espécie normativa exerce funcionalidades distintas, que ao final se complementam formando um sistema jurídico harmônico e coeso.

Os princípios jurídicos são um conjunto de ideias que dão origem a um sistema, tornando-o coeso, equilibrado e racional, que possibilita ao intérprete jurídico assimilar o seu modo de organização, ou seja, é o núcleo de um sistema que reflete suas disposições sobre as regras que venham a ser produzidas, propiciando-lhes uma interpretação condizente com o conjunto de valores admitidos na sociedade.

Já as regras são um conjunto de normas que traduzem imperativamente uma série de exigências, buscam fundamento de existência no arcabouço principiológico de determinado ordenamento jurídico, ou seja, indicam expressamente os caminhos que devem ser seguidos, concretizando na prática as intenções principiológicas.

É de consenso na doutrina, como já mencionado anteriormente, que regras e princípios fazem parte de um sistema coeso e harmônico que pretende regular as condutas praticadas na sociedade a partir de valores principiológicos pré-determinados. Para distinguir os dois conceitos é necessário analisar os graus de abstração, as técnicas de aplicação, o modo de se proceder em caso de colisão, etc.

Os princípios têm pautas abrangentes, preestabelecendo um conjunto de conceitos e valores que devem ser respeitados tanto pelo legislador como pelo intérprete na elaboração e utilização das regras, respectivamente. Já as regras levam em consideração os comandos determinados pelo arcabouço principiológico, prescrevem comandos a serem observados juntamente com as consequências do descumprimento injustificável.

Outro aspecto divergente aparece na aplicação deles, o princípio se aplica a diversas situações em virtude do grau de abstração elevado que possui, ou seja, engloba um indefinido número de aplicações em casos concretos. Já as regras são concebidas para se empregarem em casos específicos e tem um grau de abstração bem menor do que os princípios. Pode-se concluir que as regras são menos gerais do que os princípios pelo fato de regular apenas as aplicações preestabelecidas, ao contrário dos princípios que possuem indeterminadas aplicações.

O modo de se proceder em caso de colisão é outro elemento discrepante entre princípios e regras. Nos princípios não ocorrerá decretação de invalidade em caso de colisão, o que haverá é a prevalência de um diante das circunstâncias analisadas no caso concreto, já nas regras há duas possibilidades: o afastamento de uma em decorrência do uso do princípio da especialidade ou declaração de invalidade daquela regra incidentalmente ao processo.

3.3 ORIGENS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A princípio, vale ressaltar que não há indícios do Princípio da Presunção de Inocência na pré-história da humanidade, nesse período o ser humano transgredia normas de convívio, atacava semelhantes e não havia qualquer punição para seus atos, vigorava aqui nesse período o entendimento de que o castigo aplicado liberaria aquele grupo da fúria dos Deuses.

Como se pode constatar, não havia sequer a mínima noção de penas como na atualidade, o que havia eram formas de castigo aos indivíduos como forma de

reprimenda aos atos praticados contra o grupo, esse foi o momento anterior a uma longa e gradual evolução do sistema criminal.

Em uma segunda fase passou-se a vigorar a chamada vingança privada, na qual após o crime haveria reações do corpo social, muitas vezes sem nenhuma proporcionalidade ao dano causado anteriormente, era a chamada 'justiça com as próprias mãos' que ainda hoje é utilizada no ordenamento pátrio como forma de excludente de ilicitude (legítima defesa), na qual não há tempo do estado interferir sem causar grandes danos ao portador do direito.

A fase da vingança privada passou a produzir um círculo vicioso, que acabaria por dizimar os membros de todo o corpo social. Em virtude desse fato, a relação entre as pessoas que ocorria pela crença na magia foi substituída pela descendência entre os membros do grupo.

Em uma terceira fase, chamada de vingança pública, o vínculo de descendência gerava o nascimento de um chefe daquela tribo, geralmente o mais velho e encarregado de aplicar as punições decorrentes das desobediências cometidas, essa forma de punição quebrava o círculo vicioso característico da fase anterior, ou seja, não dava margem à repressão e assim conservava a ordem e a paz nos clãs.

Deste modo, em virtude dos conceitos adotados nesse período da humanidade, na qual castigos estavam intrinsecamente ligados às crenças divinas, assim como a utilização da vingança privada ou da pública, resta-se comprovada a inexistência de qualquer resquício que comprove a existência do Princípio da Presunção de Inocência.

Avançando um pouco na história, chegamos à Idade Média (entre os séculos XIII e XVIII), na qual o sujeito poderia ser afligido por possuir má-fama, ou por ser considerado um provável delinquente. Foi nesse período que surgiu o Sistema Inquisitivo, que teve o escopo de inquirir e castigar os que praticassem dogmas contrários aos da Igreja, esses indivíduos eram denominados hereges.

A Santa Inquisição possuía algumas peculiaridades próprias, como o fato da sentença ser proferida por um magistrado subordinado ao monarca, que reunia as atribuições de defender, acusar e julgar; a denúncia que daria ensejo a acusação poderia ser feita anonimamente; o procedimento a que seria sujeitado o acusado não observaria a ampla defesa e nem o contraditório; a regra era que uma vez

havendo acusação, sobreviria uma prisão preventiva; e o processo jamais transitaria em julgado, ou seja, podia ser reaberto a qualquer tempo.

Diante do exposto, é visível a inexistência do Princípio da Presunção de Inocência, uma vez que a regra nesse sistema seria a prisão preventiva de um acusado de forma anônima e, portanto, não concederia o benefício ao acusado de provar sua inocência antes da submissão à pena.

Assim como é factível afirmar que o Princípio da Presunção da Inocência não existia nesse período, diversos outros princípios que figuram no sistema penal atual também não estavam presentes, tais como o Princípio da Segurança Jurídica, da Dignidade da Pessoa Humana, do Contraditório e da Ampla Defesa, demonstrando, portanto, que essa época, apesar de ser mais uma fase de evolução que originou o sistema penal moderno, fica muito distante de assegurar um julgamento imparcial e digno ao acusado.

O Princípio da Presunção de Inocência começou a surgir no século XVIII, conhecido como a época do Estado Absolutista, na qual as pessoas já começavam a dar sinais de aversão ao sistema utilizado anteriormente na Inquisição, visto que ocorriam diversas barbaridades, condenações de indivíduos inocentes, prisões que deturpavam a dignidade física e moral dos apenados e principalmente pelo fato do poder de aprisionar se concentrar majoritariamente nas mãos de um rei, o que muitas vezes ensejava o surgimento de prisões arbitrárias que não obedecia qualquer procedimento específico, que assegurasse algum tipo de defesa ao indivíduo submetido a uma acusação que poderia ser feita anonimamente.

Anteriormente os fatos e provas não precisavam ser reunidos com o intuito de demonstrar indubitavelmente a culpa do acusado, o que ocorria era que cada indício apresentado eivava de culpa o indivíduo, não existia, por exemplo, o benefício da dúvida (*In dubio pro réu*), portanto, uma prova apresentada pela metade não tornava o acusado inocente, mas meio-culpado.

Foi então que começou a surgir o movimento Iluminista, que concebeu ideias liberais em várias áreas, dentre elas o Processo Penal. Diversos críticos do sistema criminal começaram a possuir papel de destaque e persuadir os cidadãos sobre diversos pontos de vista, dentre eles se destacava o Marquês de Beccaria, que demonstrava o valor que possuía a aplicação do Princípio da Presunção de Inocência nos procedimentos de persecução penal, dando surgimento ao movimento que revolucionaria o Processo Penal de uma forma jamais antes vista. Conforme a

obra *Dos Delitos e das Penas* (BECARRIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, p. 37) “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”.

Após a elaboração desse livro, essas e outras ideias começaram a se disseminar, influenciadas na sua maioria pelo surgimento do movimento iluminista, nascendo através disso o Princípio da Presunção de Inocência e, portanto, provocando uma série de mudanças de convicções e de perspectivas para proporcionar ao indivíduo alguma possibilidade de defesa em detrimento da força estatal.

Com a disseminação de novos ideais iluministas, aliado com o fato de a população pressionar por mudanças que lhe proporcionassem algum tipo de segurança frente ao poder de punir do Estado (*Jus Puniendi*), várias nações começaram a adotar o Princípio da Presunção de Inocência nos seus ordenamentos jurídicos.

Nessa linha, um dos documentos que obtêm destaque é a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), que foi elaborado em 1948 e representou um marco na proteção dos direitos humanos pelo fato de ter sido idealizada e arquitetada por membros de diferentes nações do mundo, além de ser o documento que pela primeira vez na história estabelecia a proteção universal dos direitos humanos.

Esse documento foi um dos mais traduzidos do mundo na época e influenciou diversas Constituições pelo mundo, dentre elas a brasileira, seu artigo 11 determinava que: “Toda a pessoa acusada de um delito penal tem o direito à presunção de inocência até legalmente provada a sua culpa em um processo público em que ele tem todas as garantias necessárias para a sua defesa”.

Até o ano de 1988, apesar de haver um representante brasileiro no ato de assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, não se adotava verdadeiramente os seus mandamentos na realidade, prova disso era a chamada prisão-preventiva obrigatória, imposta compulsoriamente independente de qualquer condenação ou análise de caso concreto, que prevaleceu no Brasil até o ano de 1967.

Outro fato que evidencia a inércia do legislador pátrio em de fato seguir os novos ideais foi a assinatura posterior da Declaração Universal dos Direitos do

Homem. Passou-se mais de vinte anos sem nenhuma alteração no Código de Processo Penal desde a assinatura desse termo, muito por causada Ditadura Militar que vigorava no Brasil nesse período, e que impossibilitava a elaboração de um diploma voltado para a dignidade da pessoa humana, visto que imperava a prática de diversas atrocidades posteriormente descobertas e relatadas na Comissão Nacional da Verdade.

Os fatos expostos presumem que a primeira Constituição que respeitou de fato o Princípio da Presunção de Inocência no Brasil foi elaborada no ano de 1988, que reservou uma parte só para tratar desse tema, estabelecendo no art.5º, inciso LVII que antes da sentença transitar em julgado, ninguém poderá ser considerado culpado por algum acontecimento, possibilitando ao cidadão que se defenda das acusações formuladas antes de ter a sua liberdade cerceada.

Para concluir, vale mencionar que a atual Constituição Brasileira não avançou somente no que diz respeito à Presunção de Inocência do acusado, também colocou como pilar fundamental a dignidade da pessoa humana, e através disso criou um sistema penal que ao menos em tese cria condições para que o sistema penal cumpra a missão de ressocializar o indivíduo submetido ao cárcere, exemplo disso é a possibilidade de trabalho - prevista na Lei de Execuções Penais (Lei 7210/84) – que remunera e decresce a pena, assim como também possibilita assistência jurídica, educacional, social, dentre outras.

3.4 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS

O Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como estado de inocência é uma ramificação do Devido Processo Legal e está positivado no art.5º, inciso LVII da Carta Magna, que o eleva a um dos principais pilares do sistema processual penal vigente, tendo o escopo de preservar um dos mais importantes direitos do cidadão: a liberdade.

Por causa desse dispositivo constitucional o processo penal deve sempre procurar o equilíbrio entre o *Jus Puniendi* do Estado (direito de punir) e o direito fundamental da liberdade dos cidadãos. Porém, deve-se encontrar o equilíbrio entre esses dois direitos fundamentais sem esquecer-se da eficiência, evitando assim um senso de injustiça na sociedade, ou seja, deve-se evitar que o direito de defesa ao

cidadão menospreze o direito da sociedade em ver o crime punido eficientemente, reestabelecendo, portanto, a ordem social.

Como se vê, de nada teria valor se o Princípio da Presunção de Inocência tivesse existência solitária no ordenamento jurídico, o que possibilita sua aplicação no plano fático é a aliança que ele possui com os demais princípios do Processo Penal, propiciando enfim um processo imparcial e justo sem deixar de lado a dignidade humana. Dentre esses princípios podemos citar o da Publicidade que garante que os processos sejam públicos, permitindo a sociedade repudiar qualquer ato que desvirtue o processo, assim como o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, que permite o pronunciamento do réu no processo e a utilização de todos os meios de defesa legais que possam influenciar na decisão do magistrado, dentre outros.

Pode-se conceituar o Princípio da Presunção de Inocência afirmando que anteriormente à elaboração de sentença penal condenatória há uma presunção relativa de que o acusado é inocente, é relativa justamente pelo fato de que pode ser afastada em decorrência de decisão que reconheça culpa, entretanto, até que esta sobrevenha é necessário que haja tratamento digno, que o Estado proporcione todos os meios legais de defesa e que ao final do processo, em caso de inequívoca dúvida, prevaleça a inocência do indivíduo.

O Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como da não culpabilidade, cria limites ao Poder Público em relação aos acusados, impedindo que se comporte como se a culpa já restasse comprovada nos autos do processo. Pode-se dizer que a sua maior aplicação é relativa ao Processo Penal e determina que o sujeito que não possui em seu desfavor uma sentença transitada em julgado jamais deverá ser considerado culpado. Quanto aos desdobramentos desse princípio, brilhantes são as palavras de Lenza (2015, p.1728)

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

Indo mais a fundo, podem-se dividir os desdobramentos da Presunção de Inocência em três aspectos, o primeiro ocorreria na instrução processual, havendo inversão do ônus da prova, o segundo sucederia no momento de avaliação das

provas, na qual se decidiria a favor do acusado em caso de dúvida, já o terceiro verificar-se-ia durante todo o curso do Processo Penal, sendo exemplo de tratamento para com o acusado, avaliando na maioria das vezes a (des)necessidade de alguma prisão endoprocessual.

Para concluir, é imprescindível que durante o processo haja celeridade dos atos, evitando dessa forma que o acusado fique a disposição da justiça por tempo indeterminado e que surja na sociedade um senso de injustiça decorrente da ineficiência do Poder Público em apurar a verdade real dos fatos, pois caso contrário o restabelecimento da paz social restaria prejudicado.

3.5 PRISÕES CAUTELARES E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Direito Processual Penal há a possibilidade de aplicação de um instituto chamado prisão cautelar, que ocorre durante o decorrer do processo, enquanto ainda não sobreveio nenhuma sentença condenatória que tenha transitado em julgado. É uma forma de cerceamento da liberdade antes da declaração de culpa do acusado.

A prisão cautelar não tem o condão de punir o indivíduo, ocorre anteriormente ao trânsito em julgado com o intuito de impossibilitar eventuais interferências na apuração dos delitos, assim como a ocorrência de novas transgressões, resguardando dessa forma o interesse da sociedade em ver o crime punido, assim como a segurança tanto da sociedade como, muitas vezes, a do indivíduo.

Diante dessa previsão do Código de Processo Penal, aparentemente há uma colisão entre esse instituto e o da Presunção de Inocência, já que a Constituição Federal protegeu expressamente a garantia de que só haverá prisão após o surgimento de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Diferentemente da prisão aplicada ao final do processo após sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão cautelar é aplicada no curso do processo penal, no decorrer da persecução criminal, em situações excepcionais que possuem previsão legal.

Esse instituto processual penal só será aplicado excepcionalmente e não consiste em cumprimento de pena, apesar de que a denominação leve a crê o contrário. A prisão processual, que é decretada sem a certeza da culpa, só ocorrerá mediante o preenchimento dos requisitos previamente estabelecidos em lei, que justifiquem a imprescindibilidade do recolhimento ao cárcere, são eles o *fumus*

bônus iuris (fumaça do bom direito) e *periculum libertati* (existência de risco para a sociedade).

Como citado anteriormente, a colisão é apenas aparente, visto que os princípios, apesar de abarcarem uma generalidade maior de situações em decorrência de seu nível maior de abstração, não são absolutos, podem sofrer relativizações necessárias no caso concreto. A necessidade de criação do instituto da prisão cautelar resulta da busca da verdade real dos fatos, assegurando uma eficaz investigação criminal, assim como impedindo que o sujeito continue a praticar novos delitos ou que destrua provas.

Portanto, resta verificado que as prisões cautelares são exceções do Princípio da Presunção de Inocência, admitidas no ordenamento jurídico em decorrência do fato de nenhum princípio ser absoluto, criada com o escopo de buscar a verdade real dos fatos, impedindo assim que a persecução penal reste prejudicada, e colocando dessa forma o interesse da sociedade em ver o crime apurado eficientemente acima da liberdade de um acusado que possui grandes chances de ser o culpado do delito em análise.

Vale ressaltar que, pelo fato de ser uma prisão provisória, nada impede que o advogado entre com pedido de Habeas Corpus quando verifique que já decorreu tempo suficiente de apuração na persecução penal, e que os objetivos da prisão cautelar já foram cumpridos, com a finalidade de tentar convencer o tribunal de que o cerceamento de liberdade passou a ser ilegal e assim tentar devolver ao cliente a sua liberdade, assim como se verificar que está ocorrendo algum caso de abuso de poder.

4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

O presente capítulo terá o condão de apresentar os principais argumentos utilizados por cada Ministro que participaria do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº44, em 2016, no Supremo Tribunal Federal, que viria possibilitar a volta do entendimento adotado até meados de 2009 quanto à execução da pena, ou seja, admitiria a possibilidade de início do cumprimento da pena após sentença condenatória de um colegiado de Desembargadores na segunda instância.

4.1 CORRENTE FAVORÁVEL À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No dia 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através de sua maioria, adotou o entendimento de que seria possível iniciar o cumprimento da pena após condenação proferida em segunda instância, atestando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal em detrimento ao texto da Constituição Federal.

Com base nesse entendimento, o Plenário da Suprema Corte indeferiu as liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, formuladas pelo Partido Nacional Ecológicas (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente. Essas ações tinham o escopo de obter uma concessão de medida cautelar que suspendesse em todos os litígios que houvesse acórdão prolatado em segunda instância, a possibilidade de haver uma execução prévia da pena, argumentando que o entendimento causava amplas divergências na jurisprudência, principalmente no que diz respeito à relativização do Princípio da Presunção de Inocência, e que haveria necessidade de um debate maior sobre o tema.

A análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) iniciou-se no dia 1º de setembro de 2016, tendo como relator o eminente Ministro Marco Aurélio, que julgou constitucional o artigo 283 do CPP, assim como optou por conceder a cautelar requerida até que houvesse decisão do Plenário que eivasse de segurança jurídica os casos que se encontravam decididos ou na iminência o serem na segunda instância.

Assim, após as exposições dos argumentos de cada ministro da Corte, predominou a tese de que o cumprimento da pena pode iniciar-se após decisão em segunda instância, ficando vencidos o Ministro Relator Marco Aurélio, Os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski e a Ministra Rosa Weber.

Entretanto, vale ressaltar que a decisão do Plenário do STF não nega a constitucionalidade do art. 283 do CPP, assim como do art. 105 da Lei de Execuções Penais, o que sobreveio foi uma nova interpretação do dispositivo que levou em consideração outras normas, ou seja, ocorreu uma releitura através de uma interpretação conjunta com outros institutos do ordenamento jurídico pátrio.

Durante a sessão surgiram diversos argumentos favoráveis à execução da pena após decisão em segunda instância, os quais possuíam um ponto em comum: procuravam demonstrar que não haveria relativização do Princípio da Presunção de Inocência e nem ofensa a Constituição Federal. Dentre os diversos fundamentos apresentados, alguns possuíam uma maior relevância em relação a outros.

Um ponto que merece destaque, que foi citado pelo Ministro Edson Fachin, é que o acesso às instâncias extraordinárias tem a finalidade de proporcionar ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o desempenho do papel de uniformização da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, não tendo a finalidade, em regra, de proporcionar uma terceira ou quarta chance do réu provar a sua inocência. Portanto, a execução da pena após decisão em segunda instância seria compatível com a Constituição, exceto quando o recurso direcionado as cortes superiores forem dotados de efeito suspensivo.

Nas palavras do eminente Ministro em sede de julgamento da ADC 44 no STF: “A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”.

Esse argumento é aparentemente contrário à regra do art. 5º, LVII da Constituição Federal, que determina: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entretanto, após a revogação do art. 27, §2º da Lei 8038/90, passou-se a entender que as normas do Novo Código de Processo Civil passariam a regulamentar tanto o Recurso Especial como o Extraordinário na esfera criminal, assim, como permite inferir da interpretação do art. 995 c/c o art. 1029, §2º do CPC: a concessão de efeito suspensivo ao Recurso Especial e Extraordinário na esfera criminal é feito apenas de forma excepcional.

Dessa forma, como a regra é que os Tribunais recebam as demandas apenas no efeito devolutivo, a eficácia das decisões possui eficácia imediata.

Por fim, o eminente Ministro afirma que uma consequência da aplicação prática desse entendimento poderia suscitar arguições no sentido de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial, nesse tocante a compreensão é de que a irretroatividade é aplicada somente quando da elaboração de novas leis, que são atos normativos aptos a inovar no ordenamento jurídico. Seria, portanto, pacífico na jurisprudência a inaplicabilidade do princípio da irretroatividade penal nas mudanças de entendimento jurisprudencial.

O Ministro Luis Roberto Barroso trouxe um segundo argumento favorável a execução provisória da pena: o fato da Presunção de Inocência ser considerado um Princípio, e não regra, e por esse motivo deveria ser ponderado diante dos outros Princípios constitucionais que possuem o mesmo porte. Como se sabe, não há no ordenamento jurídico princípios absolutos já que a Constituição Federal ampara valores que muitas vezes se chocam na realidade fática, como a pretensão punitiva estatal e o direito fundamental a liberdade do cidadão, necessitando assim de técnicas de ponderação para proporcionar efetividade no sistema penal. Portanto, ao considerar a Presunção de Inocência como Princípio e admitindo que não haja Princípios absolutos, poder-se-ia afirmar que a Presunção de inocência deveria ser ponderada diante de outros princípios, dentre eles o Princípio da efetividade do sistema penal.

Um ponto que reforça o argumento, desfavorável ao entendimento anterior da Corte, seria a reiterada prática da sucessiva interposição de recursos, que utiliza o sistema recursal como meio de postergar o cumprimento das decisões, já que adia o trânsito em julgado das ações, favorecendo pessoas que podem contratar melhores advogados, avultando a seletividade do sistema criminal e, por fim, tornando a sociedade cética e incentivando o crescimento da criminalidade.

Portanto, de acordo com o Ministro a Presunção de Inocência considerada como princípio pode ser ponderada com outros princípios com o intuito de equilibrar a proteção dirigida à sociedade e ao cidadão, ou seja, não se poderia proteger demasiadamente o cidadão e esquecer-se da sociedade, salvaguardando excessivamente o indivíduo acusado em detrimento da sociedade, garantindo desse modo a efetividade do sistema, assim como a vida, integridade e o patrimônio dos cidadãos.

Posteriormente, o Ministro defende a tese na qual a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXI, exige como pressuposto para decretação da prisão apenas uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária competente para a demanda e não o exaurimento das possibilidades recursais do processo como entendido até então, assim, o princípio da Presunção de Inocência não impossibilitaria que a prisão acontecesse anteriormente ao trânsito em julgado da ação. Aqui, mais uma vez depreende-se o entendimento no qual os princípios da Constituição Federal devem ser interpretados conjuntamente e mitigados através de técnicas de ponderação, dessa forma, após a decisão em segunda instância, o Princípio da Duração Razoável do Processo seria mais significativo do que o Princípio da Presunção de Inocência.

O terceiro argumento plausível, muito bem explanado pelo brilhante Ministro Teori Zavascki, tem como pressuposto o argumento anterior ao alegar que a dignidade de defesa do indivíduo garantida pela Constituição Federal deve ser equilibrada com as perspectivas mínimas de justiça, propiciando o amplo exercício do direito de defesa sem esquecer-se da efetividade do sistema penal. Acrescenta-se ainda o fato de que na Apelação se finaliza o exame de fatos e provas, e, portanto, é extremamente presumível a culpa do réu.

Nas palavras do Ministro em sede de julgamento da ADC 44 no STF:

A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência – juntamente com as demais garantias de defesa – devem viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social (BRASIL, 2016, n.p.).

Como se encerra na apelação a possibilidade de reexame de fatos e provas, aduz-se que posteriormente no processo haverá discussão sobre matérias puramente processuais, possibilitando assim um juízo de incriminação do acusado, caso contrário estar-se-ia utilizando o processo não como meio de alcançar a real justiça, mas como meio de retardá-la, acabando por servir como ferramenta inibitória da efetividade da jurisdição criminal.

O ilustre Ministro, após a análise constitucional do tema, utilizou-se do Direito Comparado ao acrescentar o fato de que países como Estados Unidos, Inglaterra,

Canadá, Alemanha, Espanha, França e Portugal admitem a possibilidade de execução da pena após a decisão do colegiado de segunda instância.

Outro argumento apoiador da execução antecipada da pena é o citado pelo Ministro Luiz Fux que, ao defender a execução provisória da pena, cita que os constituintes que participaram do processo de formação da Constituição Federal de 1988 não tiveram o intuito de impossibilitar a execução da prisão após condenação no segundo grau na elaboração do inciso LVII do artigo 5º, e reforça o argumento afirmando que se realmente tivessem a intenção de impedir essa execução provisória haveria menção expressa no inciso LXI do artigo 5º que versa sobre as hipóteses de prisão admitidas no ordenamento jurídico.

Para complementar, o ilustre Ministro menciona a existência do Habeas Corpus, utilizado para sustar condenações que tenham sido proferidas por ilegalidade ou abuso de poder, havendo, portanto, formas de controle acerca das decisões proferidas em segunda instância que se encontrem desconformes com a Constituição.

Também vai de encontro a esse argumento o fato de que a Constituição abriga grande diversidade de valores que muitas vezes se contrapõe, necessitando de mitigações de ambos os lados para que não se corra o risco de privilegiar demasiadamente um lado em detrimento do outro, causando injustiça. Decorre desse pensamento a crescente necessidade que a sociedade apresenta: que a justiça seja efetiva e que os que atentem contra a ordem e a paz social sejam verdadeiramente punidos, portanto, devia-se deixar um pouco mais de lado a preocupação com o direito fundamental do acusado com o escopo de privilegiar o direito fundamental da sociedade em ver o seu sistema penal aplicado.

Dentre aqueles que defendem a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória estava o respeitado Ministro Dias Toffoli, que defende um meio termo entre a prisão após condenação em segunda instância e a espera do trânsito em julgado no STF, ou seja, defende que o cumprimento da pena fique suspenso durante a pendência do recurso especial ao STJ. Como fundamento, utiliza-se da alegação de que a criação do instituto da repercussão geral dificultaria muito a recepção do recurso extraordinário em matéria penal no STF e, portanto, a espera pela análise na última instância serviria muitas vezes apenas para postergação da execução penal.

Para a melhor compreensão do tema é necessário conceituar o instituto da repercussão geral, que se caracteriza pela junção da relevância com a transcendência, ou seja, relevante porque a demanda deve ser essencial economicamente, socialmente, politicamente ou juridicamente (necessário somente uma dessas) e transcendente por que deve ultrapassar os interesses subjetivos daquela demanda processual.

Diante do exposto, não seria razoável esperar uma decisão no STF para executar a pena, entretanto, dever-se-ia suspender a execução enquanto pendente recurso no STJ devido ao fato desse tribunal englobar situações em que há conflito de entendimentos entre tribunais, desse modo cessando decisões divergentes em relação a casos similares e proporcionando assim uma maior segurança jurídica aos que estão submetidos à jurisdição estatal.

Uma questão relevante exposta durante a discussão desse ponto de vista foi a máxima de que “a justiça não é apenas feita de reexames dos fatos e provas”, ou seja, muitas vezes é necessária a correção de ilegalidades na tipificação de crimes, nas dosimetrias das penas, assim como equívocos na fixação do regime prisional. Outro ponto importante a ser ressaltado é o de que o acusado recorre às instâncias superiores como meio de obter direitos garantidos pelos entendimentos sumulados, já que estes não possuem efeito vinculante que forcem sua aplicação.

Portanto, essa opção não caracteriza apenas um meio termo que busca mediação entre opiniões diversas, mas também um meio de eivar de segurança jurídica os atos irradiados do Judiciário, ao possibilitar o saneamento de qualquer desrespeito aos direitos fundamentais durante a realização dos atos procedimentais da persecução criminal, encerrando na terceira instância a possibilidade de se recorrer em liberdade ao STF devido ao fato de que nessa última possibilidade recursal não há reexame de fatos e provas, assim como de matérias processuais relativas especificamente aquele caso.

Outra ideia que envereda pelo caminho da admissão da execução da pena em segunda instância é defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, que menciona a ideia de que durante a persecução criminal ocorre um progressivo enfraquecimento da presunção de inocência atrelada ao indivíduo, ou seja, é como se em cada fase do procedimento houvesse mais convicção de que realmente o crime foi cometido e, portanto, a ideia inicial de inocência já começa a ser contestada veementemente pelos indícios e provas que surgem no decorrer do processo.

Para uma melhor compreensão da tese é necessário ter uma noção das fases da persecução criminal, que se divide em investigação criminal e processo penal. A investigação criminal é um procedimento administrativo anterior ao processo propriamente dito executado pela Polícia Judiciária e que tem o escopo de reunir elementos que demonstrem a materialidade e os indícios de autoria do crime, é chamado na prática de Inquérito Policial. Nessa primeira fase o indivíduo é apenas investigado, ou seja, aqui a Presunção de Inocência teria o seu ápice de acordo com a ideia de relativização da Presunção de Inocência durante o processo.

Já a segunda fase, intitulada de processo penal, inicia-se, em regra, através do Ministério Público que pode oferecer ou não denúncia. Vale salientar que nesse momento não haveria muita relativização da presunção de inocência em virtude de vigorar o Princípio *In Dubio Pro Societate*, ou seja, qualquer dúvida em relação ao crime a dúvida levaria o indivíduo a passar do status de investigado para denunciado.

Posteriormente, nessa mesma fase haveria o julgamento na justiça de primeiro grau, em caso de condenação haveria mais uma relativização da Presunção de Inocência de acordo com essa teoria, entretanto, não haveria prisão, pois o ordenamento jurídico contempla o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição que permite ao acusado que seu recurso seja julgado por um órgão diferente daquele que proferiu a decisão. Assim, os recursos que objetivam a reforma da decisão sobem para um colegiado de juízes, conhecido como segundo grau de jurisdição, e se submetem a um novo julgamento que ao fim decide pela absolvição ou condenação, nesse último caso haveria mais presunção de culpa do que de inocência e, portanto, seria razoável a execução antecipada da pena.

Percebe-se que o indivíduo foi investigado, denunciado, condenado e condenado novamente em sede recursal, e a cada nova fase aumenta-se a probabilidade de culpa. Essa teoria ainda acrescenta o fato de haver nos tribunais meios de sustar a decisão, assim como a defesa também possuiria instrumentos como recurso extraordinário com efeito suspensivo ou como o Habeas Corpus em caso de ilegalidade ou abuso de poder, portanto, a execução antecipada da pena não deveria ser considerada como violadora do Princípio da Presunção de Inocência.

A Ministra Carmen Lúcia encerrou os argumentos favoráveis demonstrando outro ponto que, em sua opinião, conta a favor da execução provisória da pena após

decisão em segunda instância: a necessidade de concretizar o Princípio da Razoável Duração do Processo, e que esse deveria ser interpretado conjuntamente com o Princípio da Segurança Jurídica e com o Princípio da Presunção de Inocência.

Para a Ministra, a celeridade do processo não pode deixar de lado a segurança jurídica na defesa do direito dos litigantes. Se por um lado a morosidade de julgamento acarretaria sensação de impunidade e possibilidade de prescrição de crimes, de outro a rapidez exagerada da prática dos atos acarretaria vulnerabilidade no contraditório e na ampla defesa do acusado. Portanto, dever-se-ia encontrar um meio termo que tornasse segura a rapidez dos atos processuais sem deixar de lado a segurança jurídica e o devido processo legal.

Já o Princípio da Razoável Duração do Processo interpretado conjuntamente com o Princípio da Presunção de Inocência coloca frente a frente o excesso de prazo característico do processo penal brasileiro e a necessidade de preservação do sistema e da sua confiabilidade e efetividade, por isso seria necessário achar um meio termo entre os princípios, meio termo esse que seria descoberto através das técnicas de ponderação entre princípios, atingindo dessa forma a finalidade de ambos os institutos, qual seja, eficiência jurisdicional e efetivação dos direitos fundamentais do acusado.

Portanto, de acordo com esse ponto de vista, além de preservar a Presunção de Inocência, direito conquistado à duras penas, deve-se preservar a confiabilidade e a transparência, formando dessa forma a base das instituições democráticas de qualquer sociedade, já que apesar da presunção da inocência ser resultado de uma longa evolução jurídica ela não deveria resultar em demasiada ineficiência da persecução criminal.

4.2 CORRENTE DESFAVORÁVEL À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A corrente contrária à execução antecipada da pena em segunda instância baseia a maioria dos seus argumentos na relação entre aparato estatal utilizado durante todo o procedimento de apuração da verdade real em detrimento do cidadão que se encontra na linha de frente da persecução criminal.

Nesse sentido, para os que não admitem a execução antecipada da pena, o Estado seria imenso, com poderio financeiro demasiadamente distante da realidade dos cidadãos, com infraestrutura que dispõe de peritos, investigadores, servidores, etc. Assim, ao indivíduo que fosse vítima de alguma acusação indevida, de algum interesse escuso ou de um erro judiciário cometido por essa máquina de burocracia restariam apenas os direitos que a Carta Magna proporciona para defender sua integridade e retidão, e principalmente o direito à liberdade.

Quando há permissão para executar a pena anteriormente ao trânsito em julgado, abre-se a possibilidade de aprisionar pessoas que posteriormente poderiam ser consideradas inocentes, ou também aplicar penas que excedam limites legais. Dessa forma, diminuir os meios de defesa que dispõe o acusado com o pretexto de garantir efetividade do processo penal seria aumentar mais ainda o abismo que há entre Estado e indivíduo e, portanto, caracterizaria um retrocesso.

A morosidade do Estado em encontrar a verdade real poderia ser alcançada de outras formas, como a reforma do sistema recursal do Processo Penal, que objetivaria maior eficiência sem comprometer os meios de defesa dos cidadãos.

No mais, não haveria lógica na imposição de uma pena que sequer se sabe se continuaria sendo devida ao final da persecução criminal, já que a Lei Maior assegura que alguém só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da demanda.

Partindo dessas premissas, no dia 01 de Setembro de 2016, o Ministro Relator Marco Aurélio decidiu conceder as liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, afastando dessa forma a execução da pena após decisão em segunda instância até que houvesse decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que pacificasse esse tema, a única exceção era os indivíduos que fossem enquadrados nas hipóteses legais de prisão preventiva descritas no artigo 312 do CPP.

No teor da sua decisão, o ilustre Ministro entende que não há dúvida plausível que a interpretação do artigo 283 do CPP se coaduna com o Princípio da Presunção de Inocência, o qual permite que a culpa seja presumida apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e que está descrita no artigo 5º, LVII da CF/88. Para ele, a prisão só pode ocorrer anteriormente ao trânsito em julgado em situações excepcionais como a necessidade de proteção à ordem pública e econômica, e para isso já haveria o instituto da prisão preventiva.

Por fim, acrescentou que a análise do artigo 283 do CPP demonstra por si só que o legislador tinha o escopo de transportar a presunção de inocência até o trânsito em julgado (art. 5º, LVII) citada no âmbito constitucional para o Processo Penal, e completa afirmando que apenas a observação de tais dispositivos é suficiente para embasar o entendimento de que a Constituição asseguraria ao indivíduo a análise de todos os recursos cabíveis antes de haver efetiva condenação.

Após o voto do relator, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade ficaram esperando julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal até o dia 05 de Outubro de 2016, ocasião na qual o Ministro Celso de Mello seguiu o voto do Relator e optou por defender a incongruência do direito fundamental da Presunção de Inocência, garantido pela Carta Política e pela legislação infraconstitucional, com a execução antecipada da pena. Segundo o eminente Ministro, a Presunção da Inocência é um direito conquistado historicamente através de muitas lutas contra a opressão estatal e deveria se sobressair para continuar garantindo a dignidade humana dos cidadãos, para o Ministro, a efetividade da persecução criminal deveria ser alcançada de outro modo, sem para isso relativizar direitos e garantias fundamentais.

Nas palavras do eminente Ministro durante o julgamento da ADC 44 no STF:

A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático (BRASIL, 2016, n.p.).

Ante o exposto, acrescenta que haveria outras formas de garantir efetividade ao sistema criminal sem atentar contra os direitos e garantias individuais das pessoas, citando como exemplo a reforma do sistema processual recursal, que possibilitaria uma forma mais racional e eficiente de atendimento aos anseios sociais sem retardar a concretização das liberdades fundamentais.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, que também foi contrário à possibilidade de execução após decisão do colegiado em segunda instância, a Constituição Federal nitidamente estipula que o indivíduo deve ser presumidamente

inocente até o trânsito em julgado, e por isso opta por seguir integralmente o relator no que se refere à declaração de constitucionalidade total do artigo 283 do CPP.

A Ministra Rosa Weber também acompanhou o voto do Relator, ao compreender que o ordenado no artigo 283 do CPP espelha claramente os valores estabelecidos no artigo 5º, incisos LVII e LXI da Carta Magna, e dessa forma não haveria modos de se afastar da clareza do texto constitucional. Complementa afirmando que a Constituição vincula o Princípio da não culpabilidade ao trânsito e julgado da demanda, e que não enxerga outros meios de chegar a entendimentos distintos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro capítulo tratou dos aspectos gerais relativos à execução criminal, iniciou-se abordando o surgimento das penas, que teriam o condão de desestimular ofensas a preceitos determinados anteriormente pela sociedade. Inicialmente essas penalidades castigavam o infrator física ou moralmente, mas foram evoluindo ao longo do tempo, através de grandes contribuições (principalmente por parte do movimento Iluminista), até chegar ao modo como se conhece hodiernamente. Há também referência e breves considerações acerca das hipóteses de pena contempladas pela Constituição Federal, quais sejam: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa.

Outro ponto significativo abordado foi quanto às penalidades vedadas expressamente pela Carta Magna, dentre elas a pena de morte e a de caráter perpétuo, que evidenciam ampla evolução no tratamento dos indivíduos submetidos ao *Jus Puniendi* do Estado. Diante do exposto, verificava-se necessária a criação de um instituto jurídico que assegurasse os direitos adquiridos durante toda a evolução do sistema de persecução criminal, daí advém a necessidade de citar o instituto de execução criminal, que tem o escopo de possibilitar o cumprimento da pena dignamente, aumentando dessa forma a possibilidade de restituir o indivíduo à sociedade.

Posteriormente, procurou-se demonstrar os diversos argumentos em relação à mudança de entendimento da Suprema Corte, que optou por permitir a execução da pena após decisão de um colegiado de Desembargadores na segunda instância.

No segundo capítulo tratou-se da definição e delimitação dos Princípios, ao demonstrar seu alto grau de abstração, assim como as principais diferenças em relação às regras, que possuem, dentre outras características, menor grau de abstração. Adiante, passou-se à análise da origem do Princípio da Presunção de Inocência, desde a pré-história até os dias atuais, abordando-se os principais pontos evolutivos que deram origem ao sistema criminal conhecido atualmente, para posteriormente estabelecer uma conceituação ao mesmo.

Por fim, no último tópico do referido capítulo procurou-se esclarecer uma aparente colisão entre o Princípio da Presunção de Inocência, que permite a prisão apenas após o contraditório e a ampla defesa, e a possibilidade de Prisão Cautelar,

que permite a prisão durante o curso processual em situações excepcionais como a de impedir a ocorrência de novos delitos.

No terceiro capítulo, examinou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, que possibilitou a retomada do entendimento adotado até o ano de 2009, passando a admitir a possibilidade da execução antecipada da pena após decisão em segunda instância, demonstrando-se os principais argumentos contrários e favoráveis de cada Ministro no curso do julgamento.

A corrente favorável à execução antecipada da pena defendeu que as instâncias extraordinárias (STF e STJ) tinham a finalidade de uniformizar a jurisprudência e não de proporcionar uma terceira ou quarta chance para o réu de demonstrar sua inocência, proporcionando dessa forma a interposição desenfreada de recursos com o escopo de atrasar ou prescrever as penas cominadas. Também citam o fato de que nenhum Princípio é absoluto, por isso o Princípio da Presunção de Inocência deveria ser ponderado com outros princípios de mesma estatura, como o Princípio da Razoável Duração do Processo. Há também a defesa da tese de que a Carta Magna exige apenas uma ordem escrita e fundamentada da autoridade competente para autorizar a prisão, baseando-se no art. 5º, LXI da CF/88. Outro ponto significativo que é citado é o fato de que a dignidade de defesa do acusado deve ser equilibrada com as perspectivas mínimas de justiça que a sociedade anseia, pois caso contrário haveria estímulo à criminalidade, acrescentando o fato de haver meios de combater ilegalidades ou abuso de poder, como o Habeas Corpus. Para encerrar, menciona-se que após a segunda instância não haveria mais reexame de fatos e provas e, portanto, haveria mais presunção de culpa do que de inocência.

A corrente contrária à execução antecipada da pena defende que a disparidade financeira entre Estado e Indivíduo é exorbitante e, por isso, não haveria o que se falar em diminuição das possibilidades de defesa do indivíduo frente à aparelhagem estatal, cita também a clareza do artigo 5º, LVII, que determina a necessidade do trânsito em julgado para início da execução da pena, além do fato de que se o legislador quisesse realmente permitir a execução anterior ao trânsito em julgado não teria estabelecido as hipóteses de prisão cautelar. Por fim, ressalta que o artigo 283 do CPP teria o condão de transportar da Constituição para o Processo Penal a Presunção de Inocência.

Diante do exposto, verifica-se cristalina a ordem do legislador constituinte no sentido de estabelecer o trânsito em julgado como início do cumprimento da pena, a justiça não se faz somente analisando fatos e provas, também é necessário analisar se todas as etapas do Devido Processo Legal foram obedecidas, verificar se a pena cominada é proporcional ao delito praticado. Ademais, imperante citar o instituto da repercussão geral, que impossibilita a maioria dos recursos de passar pelo crivo da Suprema Corte, limitando-os apenas aos que transcendem à esfera individual. Tal jurisprudência foi fruto da indignação popular, devido à grande demora do Judiciário de realmente chegar ao final do processo. Por fim, cabe destacar que a razoável duração do processo poderia ser alcançada através de uma reforma recursal no Processo Penal, que possibilitaria eficiência sem relativizar direitos e garantias fundamentais atribuídas ao indivíduo pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informação e documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. Recife: Ed. Armador. 2017

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de out. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de Dez. de 1940. **Código Penal**. Brasília-DF, Dez 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 05 de out. 2018.

_____. Decreto-Lei nº3689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília-DF, Outubro 1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Lei n. 7210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Brasília-DF, Julho 1984. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 08 de out. 2018.

_____. STF. Ação Declaratória de Constitucionalidade: ADC 4000918-85.2016.1.00.0000 DF - Distrito Federal 4000918-85.2016.1.00.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 05/10/2016. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504901997/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-44-df-distrito-federal-4000918-8520161000000>>. Acesso em: 01 nov.2018.

BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017.

GRECCO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Ed. Impetus, 2017.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Niterói: Ed. Impetus, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Ed. Saraiva 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2017.

SANCHES, Rogério. **Lei de Execuções Penais para Concursos**. Salvador: Ed. Juspodivm. 2016.

SAMPAIO, Nestor. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012.