



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**EXECUÇÃO PENAL APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM SEGUNDO GRAU DE
JURISDIÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE OU GARANTIA DE PUNIBILIDADE?**

ORIENTANDA: VICTÓRIA CHRISTINA GONÇALVES SILVA
ORIENTADORA: PROF.^a MS. ELIANE RODRIGUES NUNES

GOIÂNIA
2023

VICTÓRIA CHRISTINA GONÇALVES SILVA

**EXECUÇÃO PENAL APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM SEGUNDO GRAU DE
JURISDIÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE OU GARANTIA DE PUNIBILIDADE?**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina de Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof.^a Orientadora: Ms. Eliane Rodrigues Nunes.

GOIÂNIA

2023

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela oportunidade de concluir a primeira etapa da vida acadêmica com êxito. Agradeço aos meus pais Sérgio Gonçalves e Tânia Cristina, agradeço à minha família, por todo o apoio e auxílio prestado ao decorrer destes anos. Em especial, à minha avó, Irdevanda Maria, que sempre vibrou comigo todas as minhas conquistas. Por fim, agradeço a todo o corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, em especial à orientadora desta monografia. A todos vocês, toda a minha admiração e carinho.

Ninguém pode construir em teu lugar as pontes que precisarás passar, para atravessar o rio da vida – ninguém, exceto tu, só tu. Existem, por certo, atalhos sem números, e pontes, e semideuses que se oferecerão para levar-te além do rio; mas isso te custaria a tua própria pessoa; tu te hipotecarias e te perderias. Existe no mundo um único caminho por onde só tu podes passar. Onde leva? Não perguntes, segue-o!

(Assim falou Zaratustra – Friedrich Nietzsche)

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
1 A HISTORICIDADE DA PENA.....	12
1.1 A LEI E A PENA.....	12
1.2 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO.....	20
2 A INCONSTITUCIONALIDADE OU A GARANTIA DE PUNIBILIDADE DA PRISÃO APÓS DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	25
2.1 O PROCESSO PENAL NO BRASIL E A FUNÇÃO RECURSAL.....	25
2.2 A RELAÇÃO DO FATOR SOCIOECONÔMICO E O RECURSO NAS CORTES SUPERIORES.....	35
2.3 A OCUPAÇÃO PENITENCIÁRIA NO QUE SE REFERE AOS CRIMES.....	36
2.4 O PERFIL SOCIAL DOS RÉUS DE ACORDO COM A OCUPAÇÃO NOS PRESÍDIOS.....	37
3 O IMPACTO DA ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL.....	38
3.1 A REPERCUSSÃO DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PENAL APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA NO ÂMBITO DOS JUÍZES MONOCRÁTICOS.....	38
3.3 A INFLUÊNCIA DA PROBLEMÁTICA NO DIREITO E AS POSSÍVEIS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO.....	39
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44
ANEXOS.....	47

RESUMO

A possibilidade de execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição causou uma série de debates acerca da temática. Nesse sentido, os juristas brasileiros se questionaram acerca da inconstitucionalidade ou da garantia de punibilidade, no que se refere à execução penal antecipada. Visto isso, foram realizadas buscas históricas acerca da pena e qual a sua função nos dias atuais. Não obstante, analisou-se o aspecto da função recursal no Brasil, bem como o parâmetro de possibilidades ou não de execução antecipada da pena, de acordo com a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Por fim, foi realizada uma análise minuciosa acerca da ocupação penitenciária e do perfil social dos presos para que fosse possível chegar a uma conclusão sistemática sobre o tema, assim como propor uma possível alternativa de solução. Empregou-se a abordagem dedutiva por meio da pesquisa bibliográfica, da análise de dados oficiais e do estudo de casos.

Palavras-chave: execução. pena. inconstitucionalidade. punibilidade.

ABSTRACT

The possibility of executing the sentence after the conviction decision in the second degree of jurisdiction has generated a series of debates on the subject. In this sense, Brazilian jurists have questioned the unconstitutionality or the guarantee of punishability, with regard to early criminal execution. For this reason, historical research was conducted about the penalty and what its function is nowadays. Notwithstanding, the aspect of the appeal function in Brazil was analyzed, as well as the parameter of possibilities or not of early execution of sentence, according to the change of understanding of the Supreme Court in recent years. Finally, a detailed analysis of the occupation of the penitentiary system and the social profile of the prisoners was carried out in order to be able to reach a systematic conclusion on the theme, as well as to propose a possible alternative solution. The deductive approach was employed through bibliographical research, analysis of official data, and case studies.

Keywords: execution.sentence.unconstitutionality.punishability.

INTRODUÇÃO

Compreende-se por persecução penal, o procedimento utilizado pelo Estado para apurar uma infração penal. Este ato é composto por duas fases: a investigação penal realizada pela autoridade policial e a ação penal, cujos efeitos se iniciam logo após o recebimento da denúncia pelo juiz competente. Nesse sentido, finalizados os atos processuais, o juiz profere a sentença, à qual poderá ser absolutória ou condenatória. Diante disso, em caso de ser o réu condenado e a ação penal transitar em julgado, se inicia, então, a fase da execução penal. Entretanto, caso haja algum inconformismo no que tange à sentença proferida pelo juiz, há a possibilidade de interposição de recurso.

O recurso é a possibilidade do reexame da decisão proferida pelo juiz monocrático, isto é, por outro grau de jurisdição. Por outro lado, embora o recurso seja uma alternativa de revisão da sentença proferida pelo juiz, há um percentual relativamente baixo de recursos que são acolhidos pelos tribunais superiores. Além disso, considerando esse mesmo percentual, somente uma parcela dos recursos são favoráveis aos réus, assim como verifica-se poucos casos em que ocorrem absolvições sumárias. Isso ocorre devido ao fato de que, após a condenação em segundo grau, não há mais dúvidas sobre a materialidade delitiva do fato ou em relação à autoria do crime, pois não há mais produção de provas no processo.

Há no Brasil um paradoxo em relação à interposição de recursos. Isso se dá tendo em vista que, em alguns casos, somente os indivíduos que possuem requisitos financeiros para arcar com honorários advocatícios e taxas processuais conseguem recorrer às cortes superiores. Ou seja, os réus hipossuficientes que, via de regra, não possuem condições de custear honorários advocatícios, nem sempre conseguem levar seus recursos às instâncias superiores. Dessa forma, o processo muitas vezes acaba por transitar em julgado antes mesmo de tramitar em segundo grau de jurisdição. Tal fato ocorre considerando que há no Brasil escritórios particulares, cujos advogados são especialistas em recursos direcionados às cortes superiores, fato este que pode ser determinante para o sucesso do caso. Portanto, fica claro que não foram os menos abastados que sofreram com as alterações jurisprudenciais no que tange à possibilidade de execução penal após a decisão em segundo grau de jurisdição, haja vista que, em suma, os processos desses

indivíduos sequer tramitam nos tribunais superiores.

Dessa forma, fica evidente o fato de que os indivíduos hipossuficientes ingressam na fase de execução penal logo após a decisão monocrática proferida pelo juiz, inexistindo, assim, a possibilidade de recorrer. Outro fator determinante nesta problemática é que, ao contrário do sugerido, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau diminuiu o índice de encarceramento no Brasil.

Entretanto, não há como afirmar que essa diminuição no índice de encarceramento tenha surgido após a alteração jurisprudencial. Porém, após o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, os juízes passaram a ser mais cautelosos ao proferir suas sentenças, tendo em vista a possibilidade de execução penal após o segundo grau de jurisdição. Ademais, houve um crescimento significativo no que tange às sentenças que definiam penas alternativas, ou seja, diversas do encarceramento.

O Poder Judiciário atua na sociedade de modo a garantir a distribuição da justiça e da transformação social. Nesse viés, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal, como Corte Suprema do país, atue de forma íntegra e conforme os parâmetros constitucionais, a fim de proporcionar à sociedade uma nação mais justa e igualitária. Ademais, no que tange à execução penal após a condenação em segunda instância, é necessária a análise minuciosa dos princípios constitucionais, como o princípio de presunção da inocência. A aplicabilidade deste princípio constitucional é questão ímpar na discussão paradoxal entre a provável inconstitucionalidade da execução penal antes do trânsito em julgado e a garantia de punibilidade no que se refere, principalmente, aos crimes de “colarinho branco”.

Fica claro, portanto, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição, provoca uma série de problemáticas que devem ser debatidas. Exemplo disso é o fato de, em vários casos, os processos dos mais vulneráveis financeiramente transitarem em julgado sem ao menos chegarem às instâncias superiores ou à Suprema Corte. Por outro lado, verifica-se também casos em que indivíduos que possuem recursos financeiros arrastam seus processos pelo lapso temporal, por intermédio da interposição de recursos na tentativa de adiar ao máximo a execução

de suas penas e, ainda, em certas situações acabam por provocar a prescrição dos fatos.

Nesse diapasão, o presente trabalho visa questionar as divergências apontadas, de forma a relacionar o direito positivado e a atuação deste no âmbito jurídico, bem como confrontar os parâmetros socioeconômicos como influenciadores diretos no sistema penitenciário e, ainda, quais as suas implicações no decorrer do trâmite processual. Por fim, busca identificar quais as possíveis contribuições ou prejuízos da alteração jurisprudencial no que se refere ao processo penal no Brasil.

O objeto deste trabalho é o estudo por meio de dados estatísticos acerca da possibilidade de execução da pena em segundo grau de jurisdição, bem como a pesquisa comparada no que se refere à legislação penal brasileira e a atuação da referida lei nos casos concretos.

O interesse por este tema partiu do pressuposto das discussões sobre a temática da inconstitucionalidade ou da garantia de punibilidade no que tange à possibilidade de prisão após a decisão em segundo grau jurisdicional. Ademais, as alterações de entendimento do Supremo Tribunal Federal no decorrer dos anos, também engajaram a pesquisa.

O objetivo desta monografia é analisar as questões históricas e sociológicas da pena, seus pressupostos históricos na sociedade, bem como as implicações da execução penal, averiguando quais as suas possíveis problemáticas no mundo jurídico brasileiro.

Para tanto, a abordagem metodológica utilizada será a análise histórica, social e estatística em relação ao tema, cujo intuito é confrontar a implicação das alterações jurisprudenciais e da própria legislação nos casos concretos.

Com base na descrição do tema, historicamente e tendo em vista o Direito comparado, pretende-se realizar uma abordagem legal, doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista demonstrar a problemática que envolve a inconstitucionalidade ou a garantia de punibilidade da execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição.

Quanto à estrutura, esta monografia está organizada e dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, é realizado um estudo histórico da pena e quais foram as suas alterações com o decorrer do avanço histórico e social da humanidade. No segundo capítulo, aborda-se o tema em questão, por meio da

análise de dados estatísticos, alterações jurisprudenciais e entendimentos doutrinários. Por fim, o terceiro capítulo busca analisar a repercussão da possibilidade de execução da pena após a decisão em segunda instância, bem como discutir as possíveis alternativas de solução.

1 A HISTORICIDADE DA PENA

1.1 A LEI E A PENA

Compreende-se por pena a sanção aplicada como punição ou como reparação por uma ação julgada reprovável. De acordo com Fernando Capez, constitui pena:

Sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente da restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, para promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2012, P. 385 e 386)

Tal sanção surgiu na história da humanidade, a fim de coibir as violações das regras que eram instituídas pela sociedade no lapso temporal. Ademais, os governantes dos povos antigos utilizavam as penas como forma de controle social, por meio de sanções violentas e que provocavam medo, com o intuito de controlar a população.

Em primeiro lugar, surgiu a pena de vingança privada, cujo objetivo era punir o agente que cometeu a infração utilizando uma ação punitiva tão violenta quanto a praticada por ele. Frente a isso, os cidadãos passaram a se tornar cada vez mais agressivos, o que ocasionava guerras infundadas e mortes de inocentes. Nesse sentido, a vingança privada se tornou pena pública e passou a ser inserida no contexto social. De acordo com Capez, (2012, p.43): “a punição, em regra, era o banimento, conhecido como perda da paz, fazendo com que o infrator ficasse desprotegido, à mercê de tribos rivais”. Outro exemplo disso é o Código de Hamurabi, no qual se prezava pelo princípio “*olho por olho, dente por dente*”. O referido Código previa sanções severas e desproporcionais aos delitos cometidos, conforme se vê na própria redação do Código de Hamurabi:

O capítulo I do Código dedica-se aos Sortilégios, juízo de Deus, falso testemunho, prevaricação de juizes. A seguir alguns artigos referentes às penalidades aplicadas, nota-se desde logo a influência do Talião: Art. 1º - Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar prova disso, aquele que acusou deverá ser morto. Art. 3º - Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto. Art. 4º -

Se alguém se apresenta como testemunha por grão e dinheiro, deverá suportar a pena cominada no processo. No art. 5º está estabelecido que o juiz prolator de uma sentença errada será punido com o pagamento das custas multiplicadas por 12, e ainda será expulso publicamente de sua cadeira. Art. 15 - Se alguém furta pela porta da cidade um escravo ou uma escrava da Corte, ou escravo ou escrava de um liberto, deverá ser morto. Art. 16 - Se alguém acolhe em sua casa um escravo ou escrava fugidos da Corte ou de um liberto e depois da proclamação pública do mordomo, não apresenta, o dono da casa deverá ser morto. [...] Art. 127 - Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar, se deverá arrastar esse homem perante o Juiz e tosquiá-lo a frente. Art. 128 - Se alguém toma uma mulher, mas não concluiu contrato com ela, essa mulher não é esposa. Art. 129 - Se a esposa de alguém é encontrada em contato sexual com um outro, deve-se amarrá-los e lançá-los na água, salvo se o marido perdoar à sua mulher e o rei a seu escravo. Art. 130 - Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu o homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre. Art. 131 - Se a mulher de um homem livre é acusada pelo próprio marido, mas não surpreendida em contato com outro, ela deverá jurar em nome de Deus e voltar à sua casa. [...] Art. 195 - Se um filho espanca seu pai, deve-se-lhe a decepar as mãos. [...] Sobre delitos e penas: Art. 198 - Se alguém arranca o olho de um liberto, deverá pagar uma mina. Art. 199 - Se ele arranca um olho de um escravo alheio, ou quebra um osso ao escravo alheio, deverá pagar a metade do seu preço. Art. 201 - Se ele partiu os dentes de um liberto, deverá pagar um terço de mina. Art. 203 - Se um nascido livre espanca um nascido livre de igual condição, deverá pagar uma mina. Art. 204 - Se um liberto espanca um liberto, deverá pagar dez siclos. [...] Art. 209 - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto. Art. 210 - Se essa mulher morrer, então se deverá matar o filho dele. [...]

Por outro lado, com o passar dos anos a pena passou a ter um viés teológico, sendo levada em consideração a vontade suprema das divindades. Visto isso, começaram a surgir os denominados sacrifícios, com o intuito de impedir a ira dos deuses acerca dos crimes que haviam sido cometidos por determinado indivíduo. Um exemplo disso eram países como o Egito e a China, os quais utilizavam sanções como mutilações, amputações, açoitamentos e o trabalho escravo. Diante disso, preleciona Caldeira (2009):

[...] a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. Neste sentido, a pena já começa a ganhar os contornos de retribuição, uma vez que, após a expulsão do indivíduo do corpo social, ele perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa. Aplicava-se a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais - que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza - razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não

houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo (Caldeira, 2009, p. 260).

Com o fim da ideia punitiva teocrática na humanidade, começaram a surgir as primeiras leis escritas, cuja origem se deu com o Código de Drácon ou Código Draconiano. Tal Código foi criado em Atenas e foi considerado como a primeira Constituição escrita da cidade. A elaboração das leis escritas teve grande influência de filósofos da época, como Platão. De acordo com o mesmo, a pena deveria ter como objetivo mudar o indivíduo e não somente punir.

O Direito grego teve muita influência de filósofos como Platão e Aristóteles. A Grécia Antiga foi a primeira civilização a estruturar uma Cidade-estado, a denominada *polis*. A *polis* possuía autonomia política e econômica, a qual era estruturada mediante legislação própria e acerca de interesses internos e externos da própria sociedade. Ainda nesse sentido, foram redigidas as primeiras leis referentes a crimes e sanções, conforme preceitua Smanio:

As mais notáveis foram as de Esparta, atribuídas a Licurgo (século IX ou VIII a. C), a de Atenas, atribuídas a Draco (século VII a.C) e Sólon (século VI a.C). Porém, os textos de todas essas legislações estão destruídos quase por completo, sendo que o pouco que conhecemos se deve aos fragmentos e lembranças presentes nas obras de filósofos, oradores e poetas. As leis consideradas mais importantes eram as atenienses, que não se baseavam nas ideias religiosas, mas sim no conceito de Estado. A pena fundamentava-se na vingança e intimidação e os delitos se diferenciavam segundo lesionassem direitos coletivos ou individuais, sendo que para os primeiros reinava o arbítrio e a crueldade e para os outros, contrariamente, havia certa benevolência. O rol de crimes não era fechado, sendo que o juiz poderia castigar fatos não previstos como crime na lei, fixando-se na equidade. As leis espartanas, em virtude das peculiaridades daquele Estado extremamente disciplinado e militarizado, estavam cheias do espírito heroico e universalista, de maneira que castigavam especialmente o soldado covarde em combate, os jovens afeminados, os celibatários, e impunha-se a morte às crianças que nasciam com deformidade. (SMANIO, 2012, p. 14)

Após a Idade Antiga e a predominância dos povos gregos e romanos, surgiu a Idade Média, ainda muito marcada pela religião com a instituição da Igreja Católica. Durante esse período, o direito canônico era dominante, pois para o homem medieval tudo era derivado de Deus. Portanto, a pena possuía não só um caráter social, mas também um viés religioso, de modo que havia uma preocupação em transformar aquele indivíduo e, ainda, salvar a sua alma. Nesse sentido, de acordo com Gomes:

Da justiça criminal, na maior parte do 2º milênio (mais precisamente até o

Iluminismo, que eclodiu na segunda metade do século XVIII), encarregou-se a Igreja, os Senhores Feudais (prepotentes e arbitrários) e os Governos Absolutos ou Monárquicos (autoritários). Foi um Direito penal exageradamente cruel, desumano e não garantista, apesar de Great Charter de João Sem-Terra, de 15 de junho de 1215 (que somente valeu – quando valeu – para os nobres; dela pouco, ou muito pouco usufruíram os plebeus). (Gomes, 2007, p.85)

Vale ressaltar, ainda, que durante a Idade Média a prisão foi demasiadamente utilizada como ferramenta de combate à heresia. No livro “O queijo e os vermes”, o autor Ginzburg relata as punições a que eram submetidos os hereges ao contar a história de Menocchio - um moleiro que fazia oposição ao pensamento elitista e clerical da sociedade pertencente à Idade Média:

O fato de saber ler e escrever favoreceu o moleiro. Em 28 de setembro de 1583 Menocchio foi denunciado ao Santo Ofício, sob a acusação de ter pronunciado palavras heréticas e totalmente ímpias sobre Cristo. Não se tratava de uma blasfêmia ocasional: Menocchio chegara a tentar difundir suas opiniões, discutindo-as (*praedicare et dogmatizare non erubescit*; ele não se envergonhava de pregar e dogmatizar). Esse fato agravava muito sua situação. (GINZBURG, 2006, p. 32)

Menocchio permaneceu no cárcere de Concórdia quase dois anos. Em 18 de janeiro de 1586, Ziannuto, seu filho, apresentou, em nome dos irmãos e da mãe, uma súplica ao bispo Matteo Sanudo e ao inquisidor de Aquileia e Concórdia, que era então o frade Evangelista Peleo. A súplica fora escrita pelo próprio Menocchio: “Embora eu, pobre Domenego Scandella prisioneiro, tenha outras vezes suplicado ao Santo Ofício da Inquisição, se era digno de sua graça, que me permitisse fazer melhor a penitência pelos meus erros, retorno agora, forçado pela extrema necessidade, a implorar-lhes que levem em consideração que já se transcorreram três anos desde que eu deixei minha casa e fui condenado a tão cruel prisão. Eu não sei como não morri pela impureza do ar, impedido de poder ver minha querida mulher por causa da distância, ocupada com a família, com os filhos que por causa de sua pobreza foram obrigados a me abandonar, e então eu necessariamente vou acabar morrendo. Portanto, arrependido e sofrendo por tantos pecados, peço perdão, primeiro ao senhor Deus, em seguida a este Santo Tribunal, e lhes peço a graça de me libertar. (GINZBURG, 2006, p. 148 e 149)

Durante o período medieval, a pena passou a ter um viés mais estatal, de modo que a sanção imposta ao indivíduo que cometia uma infração penal era apresentada pelo próprio Estado. Não obstante, o despotismo ganhou proeminência, haja vista que os senhores feudais detentores de poderes quase absolutos, podiam determinar qualquer indivíduo como sendo criminoso, fato este que de acordo com William Wanderley Jorge, deixava a população aterrorizada, pois não havia segurança jurídica. (JORGE, 2005, p. 66)

Ademais, as penas possuíam um caráter extremamente cruel, conforme

preleciona Basileu Garcia:

Para se ter ideia do que representou no passado o sistema de atrocidades judiciárias, não será necessário remontar a mais longe que há três séculos. Na França, por exemplo, ainda depois do ano de 1700, a pena capital era imposta de cinco maneiras: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. O esquartejamento, infligido notadamente no crime de lesa-majestade, consistia em prender-se o condenado a quatro cavalos, ou quatro galeras, que se lançavam em momento em diferentes direções. A morte pelo fogo verificava-se após ser amarrado o condenado a um poste, em praça pública, onde era o corpo consumido pelas chamas. E costume houve, também, de imergir o sentenciado em chumbo fundido, azeite ou resina ferventes. O suplício da roda era dos mais cruéis: de início, o paciente, que jazia amarrado, era esbordado pelo verdugo, até se lhe partirem os membros. Em seguida era colocado sobre uma roda, com a face voltado para o céu, até expirar. (GARCIA, 1956, p. 15 e 16)

Ainda nesse sentido, de acordo com Gomes, durante o período imperial no Brasil as penas também eram constituídas por um parâmetro de crueldade:

Controlava-se a população pelo poder do perdão. O Rei contava com um ilimitado *ius puniendi* (assim como com o direito de perdoar). Enorme também (nessa época) foi a influência da Igreja: confundia-se o pecado com o delito (valeu-se também a Igreja do Direito penal para preservar o seu poder). Os crimes mais hediondos naquela época eram: lesa majestade humana (crime contra o rei) e lesa majestade divina (heresia, apostasia, blasfêmia, feitiçaria etc). (GOMES, 2007, p. 85)

Um exemplo histórico das penas cruéis admitidas no Brasil, foi a condenação de Alferes Joaquim José da Silva Xavier, o denominado Tiradentes. O processo no qual ele foi submetido ocorreu durante a Conjuração Mineira, em que os inconfidentes foram condenados pela Coroa Portuguesa entre os anos de 1789 e 1792. Dentre os condenados, somente Tiradentes foi sentenciado à morte, ao passo que os demais foram exilados do país. Tiradentes era um crítico ferrenho da cobrança de impostos realizada pela Coroa Portuguesa, bem como pregava a independência do estado de Minas Gerais em relação a Portugal. Diante disso, após a insatisfação dos portugueses em relação ao inconfidente mineiro, foi decretada a sua condenação e execução em praça pública, no intuito de que tal ato servisse de exemplo para os demais. Nesse diapasão, Tiradentes foi enforcado no dia 21 de abril de 1792, na cidade do Rio de Janeiro. Após o enforcamento, para que tal circunstância fosse utilizada como exemplo, Tiradentes teve seu corpo esquartejado e espalhadas as partes dele pela cidade de Ouro Preto em Minas Gerais.

Diante do exposto, João Bernardino Gonzaga relata a influência da Igreja

naqueles tempos no que se refere aos crimes, bem como em relação às penas severas que eram adotadas:

Na Alemanha, na Itália, na Espanha, em Portugal, por toda a parte torturavam-se normalmente os acusados e, às vezes, também as testemunhas não merecedoras de fé. Em França, as Ordenações de 1254 e todas as subsequentes adotaram oficialmente a questão, ou interrogatório com tormentos. Os escopos visados eram obter a confissão do suposto delinquente, a descoberta de cúmplices e a verificação da eventual existência de outros crimes que o réu pudesse ter acaso praticado. Assim, mesmo quando este confessava os fatos do processo, o juiz ainda o podia continuar suplicando, para verificar se mais malfeitorias existiam. No Direito germânico, ao tempo da célebre Constituição Criminalis Carolina, promulgada em 1532 por Carlos V, expressamente se advertia que deviam ser empregados tormentos no processo, mesmo que se tratasse de fato manifesto, como na hipótese de um ladrão preso em flagrante delito e com o objeto furtado ainda em seu poder. As leis se limitavam a ordenar ou permitir a tortura, fixando algumas regras gerais para o seu uso, mas não especificavam no que ela poderia consistir. A forma e os meios a serem empregados para produzir a dor seriam aqueles que os costumes indicassem, ou que fossem inventados por executores imaginosos. Facilmente, pois, ocorriam excessos. Tomás Y Valiente, em sua obra sobre o Direito Penal espanhol da monarquia absoluta, transcreve, à pág. 153, longo relatório datado de 1598, em que os Procuradores das Cortes castelhanas se queixaram ao rei contra a crueldade dos juizes, acusando-os de criarem “novos gêneros de tormentos refinados, que, por serem tão cruéis e extraordinários, nunca jamais os imaginou a lei. Uma típica sessão de interrogatório transcorria, em linhas gerais, deste modo. Algumas leis dispunham que o réu somente deveria ser suplicado várias horas após haver ingerido alimentos, quando já se achasse enfraquecido. Exigiam-lhe então, primeiro, o juramento de que diria a verdade. Em seguida, lhe apresentavam os instrumentos que seriam utilizados, com explicações sobre o seu funcionamento. Se, para evitar o tormento, ou no seu desenrolar, o paciente confessasse o que lhe era exigido, levavam-no para outro lugar, seguro e confortável, onde ele deveria ratificar a confissão. Se esta não fosse ratificada, voltava-se à tortura, em dias subsequentes. (GONZAGA, 1994, p. 32 e 33)

Com o decorrer da evolução social surgiu, também, a evolução das penas. Após a era governamental dos povos antigos e os impérios absolutistas, surgiu o Iluminismo. O Iluminismo foi um movimento filosófico e científico que surgiu no século XVIII na Europa. Por meio dele, afastou-se a imagem de Deus do contexto social para dar espaço a uma visão mais social e científica da sociedade. Os maiores influenciadores deste período foram Cesare Beccaria e John Howard. É nesse momento que surge a obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, a qual criticava as duras penas impostas aos réus:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança.

[...] Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (BECCARIA, 2013, p.9)

Cesare Beccaria era um crítico ferrenho da tortura como forma de punição. Ademais, o mesmo acreditava que deveria existir uma relação de proporcionalidade no que tange aos delitos e suas penas. Ou seja, os crimes de menor potencial ofensivo e que não provocavam dano efetivo ao bem público, deveriam ser penalizados de forma mais branda. Não obstante, Beccaria criticava a forma de aplicação e a própria linguagem adotada pelas leis, tendo em vista que a maioria dos réus eram analfabetos e desconheciam os dispositivos legais. Beccaria também fazia críticas ao uso indiscriminado da pena de morte.

Após a “era das luzes” difundida pelos Iluministas, o Direito penal passou a ser objeto de estudo científico, de modo que passaram a ser debatidas as críticas realizadas pelos pensadores ao decorrer do tempo. Frente a isso, os países passaram a adotar teorias e conceitos jurídicos no que se refere à humanização da pena. Os princípios defendidos por Cesare Beccaria durante o período iluminista nortearam muitas legislações ao redor do mundo. Um exemplo disso é a Constituição Federal brasileira promulgada em 1988, denominada como Constituição cidadã. A Constituição brasileira vigente foi promulgada após um longo período de cerceamento de direitos, uma vez que o Brasil vivenciou um regime militar ditatorial entre os anos de 1964 a 1985. Com o fim do regime militar surgiu com maior proeminência o movimento “Diretas já”, o qual tinha como objetivo a retomada das eleições diretas para a Presidência da República, bem como a convocação de uma Assembleia Constituinte.

Diante disso, em 05 de outubro de 1988, por meio de uma sessão solene no Congresso Nacional, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, a Constituição cidadã. A promulgação da referida Constituição trouxe forte comoção, pois foram incluídos diversos princípios fundamentais à sociedade no texto legislativo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Constituição Federal de 1988, preâmbulo).

A Constituição de 1988 traz expressamente em sua redação os princípios da legalidade, da presunção da inocência, da individualização da pena e da proporcionalidade. Tais princípios se tornaram norteadores do Direito Penal e da sua aplicabilidade. Por meio deles, os magistrados passaram a adotar uma dosimetria da pena individualizada, de modo que são analisadas todas as características de cada processo e, respectivamente, de cada réu.

O princípio da legalidade está presente no art. 1º do Código Penal, o qual diz que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. Isto é, tal fundamento está expresso no Código Penal, de modo a garantir que ninguém será processado e condenado por fato que não esteja expressamente descrito como crime. Por outro lado, há o princípio da presunção da inocência, presente na Constituição Federal e, também, no Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, somente poderá ser considerado culpado aquele que for processado, julgado e condenado por determinada infração penal. Já o princípio da individualização da pena, previsto no art. 59 e 68 do Código Penal, preza pela individualidade de cada sanção, de modo que a pena não poderá passar da pessoa do condenado.

Por fim, o princípio da proporcionalidade tem como objetivo atribuir uma sanção justa ao réu, de modo que a mesma seja compatível com o ato cometido. Esse princípio teve grande influência dos ideais de Beccaria, sobretudo, de sua obra *Dos Delitos e das Penas*.

Fica claro, portanto, que ao decorrer das evoluções históricas e societárias, ocorreram mudanças e adaptações no que tange à pena. Isso ocorre, pois o Direito não é somente positivado, isto é, também há grande influência dos costumes sociais em sua aplicabilidade. Um exemplo disso é o adultério no Brasil, o qual deixou de ser considerado crime com o passar dos anos e a evolução da sociedade brasileira.

1.2 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

Ao decorrer da história do Brasil, houve diversas mudanças no que tange ao sistema punitivo e as formas de sanção. Durante o Brasil colônia, momento em que se sobressaiam às vontades de Portugal, o país era regido pelo Código Filipino. Nesse sentido, eram adotadas penas de morte, castigos físicos e até mesmo açoites em praças públicas. A evolução das sanções aplicadas no Brasil teve grande influência da legislação de Portugal, principalmente no que se refere ao período colonial. Desse modo, pontua Magalhães Noronha:

Verdadeiramente, foi o livro das Ordenações do Rei Filipe II (compiladas, aliás, por Felipe I, e que aquele, em 11.01.1603, mandava que fossem observadas) o nosso primeiro código penal. São as Ordenações Filipinas. É o código filipino. Certo é que, na época em que o Brasil foi descoberto, vigoravam as Ordenações Afonsinas, logo substituídas pelasmanuelinas (1512), que, não obstante grande prestígio que tiveram, eram revogadas em 14 de setembro de 1569 pelo código de D. Sebastião. (NORONHA, 2009, p. 54)

Ainda nesse viés, preceitua Raúl Zaffaroni:

As Ordenações Afonsinas, em cuja vigência (1447-1521) se deu a descoberta do Brasil, não tiveram qualquer influência da nova colônia. (...) A matéria criminal se compendia, ainda que não exclusivamente, no livro V: além da influência canônica (o título I trata dos hereges, e diversos títulos criminalizavam a sexualidade segundo padrões canônicos) e romana (nas “forças novas demandadas antes do ano e dia” do Título LXVIII ressoa o *interdictum unde vi*), estão presentes traços germânicos (como os gritos nas ruas que habilitavam a mulher forçada a querelar, no título VI), provenientes do processo histórico inaugurado com o reino visigótico. A combinação abusiva da pena de morte e das penas corporais, o emprego por arbítrio judicial da tortura, a ampla criminalização das crenças, opiniões e opções sexuais e a própria transmissibilidade das penas respondem à conjuntura na qual se inscreve tal compilação. (ZAFFARONI, 2011, p. 413)

Em 07 de setembro de 1822, o Brasil se tornou independente de Portugal, momento este em que se tornou necessária a convocação de uma Assembleia Constituinte para que fosse criada a primeira Constituição brasileira. Dessa forma, em 1824 foi promulgada a primeira Constituição brasileira, cuja redação reformulou o sistema punitivo, uma vez que foram abolidas as sanções cruéis, exceto aquelas que versassem sobre os escravos. Em 1830 foi instituído o Código Criminal do Império, onde foram adotadas as penas de prisão simples e as penas de prisão com trabalho.

Nesse ínterim, predispõe René Ariel Dotti:

O Código imperial previu onze classes de penas: a) morte (arts. 38 a 43); b) galés (arts. 44 e 45, § 1º e 2º); c) prisão com trabalho (art. 46); d) prisão simples (art. 47); e) banimento (art. 50); f) degredo (art. 51); g) desterro (art. 52); h) multa (art. 55); i) suspensão do emprego (art. 58); j) perda de emprego (art. 59) e k) açoites (art. 60). Esta última sanção foi abolida pela Lei de 15/10/1886 (...). A prisão como autêntica pena ingressava nos costumes brasileiros não como um simples instrumento de proteção da classe dominante, mas também passaria a ser vista como “fonte de emenda e de reforma moral para o condenado”. (DOTTI, 2010, p. 268 e 269)

No ano de 1890, um ano após a Proclamação da República, entrou em vigor o Código Penal brasileiro, onde foram suprimidas as penas de morte, os castigos físicos e as penas perpétuas, sendo estabelecido o limite máximo de 30 anos. Não obstante, criou-se o regime penitenciário correcional, cuja finalidade baseou-se em ressocializar e reeducar o preso.

Em 1940, após a compilação de diversas leis penais, surgiu o Código Penal brasileiro vigente, o qual previa a pena de reclusão de no máximo 30 (trinta) anos e de detenção de até 03 (três) anos e, por fim, a pena de multa. Nos dias atuais, após a recepção do Código Penal pela Constituição de 1988, o mesmo prevê além das penas comuns, as medidas de segurança como forma de sanção penal para os inimputáveis. O Código Penal de 1940 foi instituído pelo decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, pelo então Presidente da República Getúlio Vargas.

Frente a isso, com a criação do Código Penal em 1940 e a promulgação da Constituição de 1988, foram instituídos princípios norteadores do Direito Penal, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio passou a assegurar a proteção dos direitos individuais, de modo que para que fosse instituída novamente uma pena de morte, seria necessária a convocação de uma nova Assembleia Constituinte. Diante disso, o sistema punitivo brasileiro se tornou mais humano do ponto de vista social, ou seja, não há mais que se falar em açoites, mutilações ou qualquer outra forma de tortura sendo utilizada como sanção penal.

No que tange à dignidade humana Rogério Grecco elucidada:

Contudo, embora de difícil tradução, podemos nos esforçar para tentar construir um conceito de dignidade da pessoa, entendida como uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, em muitas situações, considerada, ainda, irrenunciável e inalienável. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor. (GRECCO, 2011, p. 99)

De acordo com Júlio Fabbrini Mirabete, as penas utilizadas ao longo dos

séculos podem ser classificadas como corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias, privativas de direitos e restritivas de direitos:

As penas corporais, em sentido estrito, atingem a própria integridade física do criminoso. São açoites, as mutilações e a morte (...). As penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar do consenso da falência do sistema prisional. Pode ser dividida em prisão perpétua e prisão temporária, sendo a primeira vedada em dispositivo constitucional brasileiro (art. 5º, XLVII, 'b'). Originaram-se as penas privativas de liberdade de outras penas: enquanto aguardavam a execução (pena de morte, desterro, galés etc.), os sentenciados ficavam privados da liberdade de locomoção, passando a ser a prisão, depois, a própria sanção penal. Tem sido bastante combatida, afirmando-se ser ela instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral (...). As penas restritivas de liberdade limitam em parte o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão. Exemplos são o banimento (perda dos direitos políticos e de habitar no país), degredo ou confinamento (residência em local determinado pela sentença), desterro (saída obrigatória do território da comarca e do domicílio da vítima) etc. (...) As penas pecuniárias são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou o absorvem totalmente, sendo duas modalidades a multa e o confisco. (...) As penas privativas e restritivas de direito retiram ou diminuem direitos dos condenados. São sanções que guardam atualidade e necessidade e mereceram do legislador da reforma penal grande destaque, divididas em prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. (MIRABETE, 1994, p. 237 a 239)

Visto isso, após a criação do Código Penal de 1940, aboliu-se as penas corporais no Brasil, passando a existir somente às penas privativas de liberdade, restritivas de direito e a pena de multa. Ainda nesse ínterim, o Código Penal definiu quais seriam os indivíduos passíveis de serem penalizados após o cometimento de uma infração penal – os imputáveis. De acordo com o ordenamento vigente, os imputáveis são aqueles maiores de 18 (dezoito) anos e, ainda, que possuam capacidade mental para distinguir o caráter ilícito do fato.

Dessa forma, aqueles que não contemplarem os requisitos positivados, não poderão ser submetidos ao cumprimento da pena. Nesses casos, então, será atribuída uma medida de segurança, à qual é constituída por medidas socioeducativas e internações, no que se refere aos considerados incapazes mentalmente.

Diante do exposto, é possível perceber que o Código Penal de 1940, além de abolir as penas corporais e cruéis, trouxe uma distinção acerca daqueles indivíduos passíveis ou não de serem submetidos à execução de uma pena no Brasil.

Ademais, com a promulgação da Constituição cidadã de 1988, surgiu a

proteção ao direito positivado, isto é, o garantismo penal, o qual está unido ao Estado Democrático de Direito. A função do Estado Democrático de Direito é assegurar o cumprimento das cláusulas pétreas da Constituição Federal. Além disso, o garantismo penal, também positivado na esfera constitucional proporcionou limitações ao *jus puniendi* do Estado, estabelecendo limites acerca deste poder de punir.

Por meio do Estado Democrático de Direito é que surgem os princípios que regem a atuação humana. Um dos princípios basilares é o princípio da dignidade humana, o qual visa a construção de qualquer conteúdo legislativo que afronte a dignidade da pessoa humana. Em caso de criação de tal conteúdo, o mesmo seria considerado materialmente inconstitucional. Assim, é de competência do operador do Direito fiscalizar as normas jurídicas, bem como o conteúdo delas, a fim de realizar o controle de constitucionalidade das referidas normas.

Os princípios penais decorrentes do princípio da dignidade humana e que limitam a atuação do Direito Penal são: princípio da insignificância, princípio da alteridade, princípio da confiança, princípio da adequação social, princípio da intervenção mínima, princípio da proporcionalidade, princípio da humanidade, princípio da ofensividade e princípio de presunção de inocência.

Dentre os referidos princípios, o mais importante no que se refere ao sistema penal e à execução da pena é o princípio de presunção de inocência. De acordo com o princípio de presunção de inocência, ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isto é, até que esteja devidamente comprovada a culpa do acusado no que se refere ao delito, este não poderá ser submetido à execução da pena.

Dessa forma, nota-se que o sistema punitivo brasileiro evoluiu, assim como as penas ao longo da história e de acordo com as mudanças societárias. Nesse diapasão, as penas e o sistema punitivo se tornaram mais humanizados e permeados por princípios constitucionais garantidores.

Hodiernamente, o Sistema Punitivo brasileiro é composto por todas as penas existentes no ordenamento jurídico, sendo elas: as penas privativas de liberdade e as restritivas de direitos. A pena privativa de liberdade é subdividida em pena de reclusão e pena de detenção. A diferença existente entre elas é que na pena de detenção não se admite o regime fechado para fins de cumprimento. Por outro lado, as penas restritivas de direitos implicam em prestações pecuniárias ou

serviços prestados à comunidade.

Vale ressaltar, ainda, que o Brasil adotou o modelo acusatório como Sistema Processual Penal, isto é, as funções de acusar e julgar competem a órgãos distintos dentro do ordenamento jurídico. Esse sistema visa evitar fraudes e favorecimentos dentro do processo penal, a fim de garantir e assegurar um processo justo para ambas as partes.

Nesse diapasão, é possível perceber que as implicações no ordenamento brasileiro com o decorrer do tempo, puderam proporcionar um sistema punitivo e processual eficaz e humanitário. Portanto, fica claro que as mudanças ao redor do mundo foram imprescindíveis para a evolução jurídica no Brasil.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE OU A GARANTIA DE PUNIBILIDADE DA PRISÃO APÓS DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

2.1 O PROCESSO PENAL NO BRASIL E A FUNÇÃO RECURSAL

A constituição estrutural do processo penal está inteiramente relacionada a fatores políticos e ideológicos. Nesse sentido, a estrutura do processo penal poderá variar de acordo com o espaço e tempo. Nos dias atuais, é utilizado no Brasil o sistema processual penal acusatório. O sistema acusatório busca a separação das funções processuais, às quais são exercidas por figuras distintas. Um exemplo disso é o fato de a autoridade policial realizar a fase investigatória do processo, posteriormente o representante do Ministério Público oferece a denúncia e o magistrado conduz a ação penal até a sentença. Ademais, pressupõe que o juiz do processo seja imparcial para julgar a ação, bem como para apreciar as provas produzidas em juízo, de acordo com a sua livre convicção, desde que esta seja fundamentada. Vale ressaltar, ainda, que o processo é de ordem pública, sendo asseguradas todas as garantias processuais, quais sejam a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. Ou seja, se durante o curso processual não estiverem presentes todos estes requisitos, o processo é passível de nulidade.

Diante disso, preleciona Aury Lopes Jr:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz 'apaixonado' pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (JÚNIOR, Aury Lopes, 2017, p. 163)

Fica claro, portanto, que o processo penal brasileiro é constituído de diversas garantias processuais e constitucionais, a fim de evitar as injustiças e as ilegalidades. Além disso, o processo de conhecimento dentro dos parâmetros penais é dividido em duas fases: a fase inicial e a fase recursal. Após a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, se inicia a fase recursal, onde as partes podem recorrer da sentença prolatada pelo juiz monocrático. O recurso cabível pode ser interposto tanto pelo réu, quanto pelo representante do Ministério Público. O recurso é a

possibilidade de reforma daquela decisão proferida em primeiro grau de jurisdição. Nesse sentido, o recurso traz uma possibilidade de insurgir contra uma decisão judicial.

Vale ressaltar que, antes do trânsito em julgado, que é o esgotamento de todas as possibilidades de interposição de recurso, é oferecido o direito de recorrer de uma decisão, o qual configura uma medida processual cabível para obter um novo parâmetro acerca da matéria julgada. O intuito da função recursal dentro do processo penal é possibilitar ao réu uma sentença condenatória de acordo com o que de fato foi cometido, isto é, para evitar que o acusado seja condenado por uma sentença que não condiz com o crime cometido ou com aquilo que preleciona a legislação penal.

É fundamental pontuar que, embora o sistema processual penal brasileiro seja subdividido de modo que cada função seja exercida por pessoas diversas, ainda sim, é possível que ocorra equívocos dentro dos parâmetros processuais. Dessa forma, o recurso possibilita uma nova análise por uma instância superior.

O processo penal brasileiro se inicia no primeiro grau, isto é, ao iniciar uma ação penal, a mesma será analisada por um juiz monocrático. Após todas as fases processuais, ou seja, a persecução penal, o oferecimento da denúncia, o recebimento da denúncia, a produção de provas, a instrução do processo e as alegações finais, o juiz de primeiro grau irá proferir uma sentença. Tal decisão poderá ser absolutória ou condenatória. Frente a isso, surge a possibilidade recursal. O recurso após a decisão proferida por um juiz monocrático deverá ser interposto na instância superior àquela julgadora da referida decisão judicial.

Nesse viés, caberá ao Tribunal de Justiça do respectivo estado julgar e reexaminar a decisão anterior. Nos Tribunais de Justiça, a decisão é reavaliada por uma turma colegiada formada por desembargadores. É a denominada segunda instância. Após a reforma realizada pelo Tribunal de Justiça, se as partes ainda não se opuserem à decisão, poderá ser interposto recurso especial frente ao Superior Tribunal de Justiça. Por fim, em caso de discordância da decisão após o recurso frente ao Superior Tribunal de Justiça, caberá interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Após a interposição de recurso no Supremo Tribunal Federal, ocorre o denominado trânsito em julgado, isto é, esgotam-se todas as possibilidades dentro do devido processo legal e o acusado deverá iniciar de imediato o cumprimento da

pena.

A Constituição Federal e o Código Processual Penal regem a matéria acerca do trânsito em julgado do processo e, ainda, sobre a execução da pena. O termo jurídico denominado “trânsito em julgado” significa que uma decisão judicial, seja ela uma sentença ou acórdão, não é mais passível de recurso. Nesse sentido, de acordo com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O referido artigo foi inspirado pelo princípio de presunção da inocência, cujo teor é baseado no *Due Process of Law* ou Devido Processo Legal. O Devido Processo Legal é originário da Magna Carta de 1215 na Inglaterra, momento este em que os processualistas passaram a desenvolver preceitos e princípios de abrangência mundial, de modo que fossem asseguradas todas as garantias processuais e direitos dentro da relação processual. A cláusula número 39 da referida Magna Carta traz expressamente o embasamento do devido processo legal, qual seja:

Nenhum homem livre deve ser detido ou aprisionado, ou privado dos seus direitos de posse, ou banido ou exilado, ou prejudicado de qualquer forma, nem procederemos coercitivamente contra ele, ou mandaremos outros para fazê-lo, senão mediante um julgamento legal dos seus iguais ou segundo a lei da terra. (BRITISH LIBRARY; traduzido do latim).

Após a grande influência da Magna Carta acerca do princípio de presunção de inocência, no ano de 1798 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a redação do referido princípio foi devidamente consagrada. No artigo 11 da referida Declaração, foi disposto que: “todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”. Diante do exposto, toda a sociedade mundial passou a ver a Declaração dos Direitos do Homem como um marco histórico.

Não obstante, no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão temos que:

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido por lei.

Nesse viés, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a presunção de inocência foi inserida no rol dos direitos e garantias individuais, presente no artigo 5º, inciso LVII e LXI:

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

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Ademais, de acordo com Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

O princípio de presunção de inocência, bem como a sua garantia constitucional surgiu a fim de evitar ilegalidades e prisões infundadas. No entanto, a prisão poderá ser decretada conforme fundamentação da autoridade judiciária, no que se refere aos casos de prisões preventivas e temporárias. Diante disso, as prisões cautelares são admitidas pelo Supremo Tribunal Federal, independente de condenação do réu em qualquer grau de jurisdição.

A presunção de inocência é caracterizada como um direito universal do indivíduo. Ademais, a lei penal possui como um de seus pilares o *in dubio pro réu*, isto é, se não houver indícios suficientes acerca da materialidade e autoria do crime, deverá o acusado ser absolvido sumariamente. Tal circunstância surgiu a fim de evitar as ilegalidades processuais e, ainda, as condenações infundadas. Diante disso, o Estado proporciona segurança jurídica para as partes, de modo que alguém somente será condenado se presentes todos os requisitos legais corroborados por provas irreprensíveis, diferentemente do que ocorria nos tempos da Idade Média.

Nesse diapasão, surgiram debates referentes à ilegalidade acerca da prisão após a condenação em segundo grau de jurisdição, haja vista que embora a Constituição Federal assegure o princípio de presunção de inocência, também há a possibilidade de decretação de prisão frente a fundamentação da autoridade judiciária.

O primeiro debate acerca da temática surgiu no dia 05 de fevereiro de 2009, no plenário do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/2009. O *Habeas Corpus* foi impetrado por Omar Coelho Vitor, um fazendeiro condenado pelo crime de tentativa de homicídio em decorrência de ciúmes de sua mulher, o qual teria ocorrido na cidade de Passos, em Minas Gerais. Após serem analisadas as circunstâncias do caso em questão, a Suprema Corte entendeu que a prisão de Omar não estava de acordo com as disposições constitucionais, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, preleciona que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dessa forma, por um placar de 7(sete) votos a 4(quatro), entendeu-se que o condenado possuía o direito de recorrer em liberdade. Assim, foi concedida a ordem de *Habeas Corpus*.

Vale ressaltar, que Omar foi pronunciado e condenado a 7 anos e seis meses de prisão pelo Tribunal do Júri. No entanto, o mesmo não chegou a cumprir um dia sequer de sua pena, tendo em vista que foram interpostos vários recursos à Justiça. Após a decisão do Tribunal do Júri, Omar interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual levou cerca de 10 anos para ser julgado. Após esse período, Omar teve a sua sentença reafirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido determinado o início do cumprimento de sua pena em regime inicialmente fechado. Porém, tal cumprimento não ocorreu, pois Omar interpôs novos recursos às instâncias superiores.

Portanto, após o julgamento do referido *Habeas Corpus*, o qual foi concedido, no ano de 2014 prescreveu o crime imputado a Omar, ou seja, o Estado acabou perdendo o seu direito de punir após as protelações processuais em decorrência da interposição infundável de recursos. Tal fato provocou uma enorme indignação social, principalmente pelo fato de Omar possuir grandes recursos financeiros e não ter sido responsabilizado pelo crime cometido.

Dessa forma, fica claro que o intuito dos advogados de Omar era protelar o andamento do processo, causando a prescrição do poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade no que se refere ao crime cometido.

Por outro lado, no ano de 2016 ao ser levado para sessão de julgamento o *Habeas Corpus* 126.292/2016, cujo relator foi o ministro Teori Zavasck, a Suprema Corte adotou novo entendimento contrário ao entendimento firmado no *Habeas*

Corpus 84.078/2009. Diante disso, foi firmado o entendimento de que a presunção de inocência precisa ser utilizada como objeto de estudo acerca de cada caso concreto.

Após o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a condenação em segunda instância passou a se tornar possível mesmo anterior ao trânsito em julgado, conforme decidiu a maioria no seguinte acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF,ART.5º,LVII).SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas Corpus denegado. A C Ó R D Ã O VISTOS, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski(Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ministro TEORI ZAVASCKI Relator.

Dessa forma, entendeu-se que o cumprimento da pena após uma decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não afeta o princípio de presunção de inocência, uma vez que a produção de provas e as matérias fáticas já foram apresentadas em primeiro e segundo grau e, ainda, já houve o exaurimento das mesmas.

Ainda nesse viés, esclareceu o ministro Teori Zavascki em seu relatório:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio de presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito

suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Após a nova alteração jurisprudencial, no ano de 2019 foram interpostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é um instrumento no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, a ADC é utilizada para solicitar ao Supremo Tribunal Federal a declaração de constitucionalidade de determinado ato normativo de cunho federal. Tal solicitação, na maioria dos casos, surge em decorrência da insegurança jurídica no que tange ao dispositivo questionado pela ADC. Desse modo, acerca das ADCs 43 e 44, vale ressaltar que ambas surgiram da insatisfação acerca da alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução da pena após a decisão em segundo grau de jurisdição. Diante disso, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, após a inconformidade no que se refere à alteração, protocolaram as ADCs 43 e 44, a fim de declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Vale ressaltar que há questões estabelecidas pela Constituição Federal, às quais são passíveis de interposição de recurso extraordinário. Tais questões estão positivadas no rol taxativo do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, quais sejam: contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Por maioria de 6 (seis) votos a 5 (cinco), o Supremo Tribunal Federal alterou novamente o seu entendimento, decidindo que é constitucional o referido artigo do Código de Processo Penal, o qual prevê o esgotamento de todas as possibilidades recursais para o início do cumprimento da pena.

Ocorre que, a referida alteração jurisprudencial da Suprema Corte no ano de 2019, promoveu maior repercussão no âmbito nacional. Isso se deu, tendo em vista que haviam sido realizadas diversas prisões de envolvidos na Operação Lava Jato, incluindo o processo, cujo réu era o atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. O presidente estava preso após ter a sua sentença confirmada pelo TRF- 4 no caso do triplex do Guarujá.

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva teve a sua condenação confirmada em segunda instância por meio de decisão unânime do Tribunal Regional Federal da

quarta região. Foi atribuída a ele uma pena de 9 (nove) anos e 12 (doze) meses.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal beneficiou cerca 4.895 presos em todo o país, os quais tiveram as suas prisões reavaliadas após a nova decisão jurisprudencial. Na tentativa de atenuar os efeitos causados pela nova alteração, o presidente do Supremo Tribunal Federal à época, o ministro Dias Toffoli, encaminhou ao Congresso Nacional uma proposta de alteração no Código Penal, a fim de evitar a prescrição de processos que chegassem às instâncias superiores.

Há no Brasil, portanto, uma divergência doutrinária no que tange à execução penal após a condenação em segunda instância. Diante disso, Bulos preleciona que somente quando for resolvida a questão processual de forma definitiva, poderá o réu, ser incluído no rol taxativo dos culpados:

Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *iuris tantum*, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios. (Bulos, 2022, p.174)

Ainda nesse sentido, Bonavides acredita que a ausência de legitimidade das leis acaba por expelir a liberdade: “As leis ilegítimas não atropelam o Direito, como expõem a liberdade”.

Por outro lado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, acredita que a presunção de inocência não é uma regra absoluta:

Por ser um princípio, precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. Ponderar é atribuir pesos a diferentes normas. Na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência. (Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em 2019).

Além disso, o jurista defende que a impossibilidade de execução penal após a decisão em segunda instância, prolonga o processo e provoca a prescrição de crimes. Isso ocorre, haja vista que a justiça brasileira é demasiadamente morosa no que se refere à celeridade processual. Por isso, processos que deveriam tramitar por no máximo seis meses, acabam por tramitar durante anos. Dessa forma, os réus que possuem condição financeira para financiar bons advogados, acabam por interpor

uma infinidade de recursos na tentativa de afastar a execução da pena ou, ainda, provocar a perda do poder punitivo do Estado em decorrência do lapso temporal – a prescrição.

Outro exemplo relacionado à prescrição em decorrência da protelação processual é o processo referente à tragédia de Brumadinho, cuja interposição de recursos quase promoveu a prescrição dos fatos. De acordo com o site institucional do Supremo Tribunal Federal, no dia 18 de janeiro de 2023, a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Rosa Weber, determinou à Justiça Federal de Minas Gerais o andamento imediato do processo penal que apura os responsáveis pelos crimes cometidos. A finalidade da referida decisão é evitar a prescrição dos delitos. A problemática do caso em questão é o fato de não ter ocorrido a publicação do acórdão da Segunda Turma ou da certificação do trânsito em julgado da decisão. Diante disso, o processo permaneceu inerte e o prazo prescricional continuou a ser contado normalmente.

Dessa forma, a ministra Rosa Weber atuou com base no artigo 13, inciso VIII, do Regimento Interno do STF, o qual confere competência à Presidência da Corte para decidir questões de urgência. Há, também, diversos casos neste sentido, como o *Habeas Corpus* impetrado pelo paciente Omar, já relatado anteriormente.

O Supremo Tribunal Federal mudou o seu entendimento acerca desta matéria, após serem julgadas determinadas Ações Diretas de Constitucionalidade. Por certo período, a Suprema Corte entendeu que a execução da pena após a decisão judicial em segunda instância seria totalmente possível. Diante disso, entre os anos de 2009 até 2016, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o entendimento de que era possível a execução penal após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição. No entanto, no ano de 2019, a Suprema Corte alterou novamente o seu entendimento acerca da temática.

Durante esse período e após as alterações jurisprudenciais acerca da possibilidade de execução penal após decisão condenatória em segunda instância, começaram a ser debatidos temas de relevância neste aspecto. A primeira problemática apontada se refere à reforma ou não da decisão que é levada até o último grau de jurisdição para o reexame. Tal indagação ocorreu, tendo em vista que nos tribunais superiores não há produção de provas, portanto, não há, na maioria das vezes, dúvidas acerca da materialidade e autoria do fato.

Por meio de dados estatísticos é possível compreender as implicações das

alterações jurisprudenciais no aspecto social. Além disso, é fundamental compreender a relevância dessa alteração no que se refere ao índice de encarceramento, uma vez que a execução penal após a decisão condenatória em segundo grau “antecipa” o cumprimento da pena.

Acerca da interposição de recursos e do reexame da decisão monocrática, de acordo com dados oficiais da Presidência do Supremo Tribunal Federal, no período entre 1º de janeiro de 2009 a 19 de abril de 2016, os recursos em matéria penal apresentavam os seguintes números: 25.707 recursos extraordinários ou agravos em matéria penal. Deste percentual, somente 2,93% dos recursos foram acolhidos pela Suprema Corte. Deste total, somente 1,12% corresponde aos recursos acolhidos a favor do réu. Nesse viés, de acordo com o acolhimento dos recursos favoráveis aos réus, somente em 0,035% dos casos houve absolvições. Isto é, entre 25 mil recursos extraordinários, somente 9 réus foram absolvidos. Isso ocorre devido ao fato de que após a condenação em segundo grau, não há mais dúvidas sobre a materialidade delitiva do fato ou em relação à autoria do crime, pois não há mais produção de provas no processo.

Outra problemática apontada seria a implicação da alteração jurisprudencial no índice de encarceramento. Ou seja, muito se foi perguntado acerca da possibilidade de a referida alteração aumentar o índice de encarceramento, superlotando o sistema carcerário brasileiro, o qual já se configura em uma situação crítica. Visto isso, de acordo com informações extraídas do site do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2010, primeiro ano após a mudança jurisprudencial que passou a proibir a execução da pena após a condenação em segundo grau, havia 496.251 presos no sistema penitenciário, o equivalente a 4,79% a mais do que no ano de 2009. Em 2011, havia 514.582 presos, um aumento de 3,68%. Em 2012, 548 mil presos, 6,84% a mais. Em 2013, havia 574.027 presos, 5,76% a mais. Em 2014, 622.202, 6,99% a mais. Em 2015, 698.618 presos, 12,27% a mais e em 2016, 722.120 presos, 3,48% a mais. Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal alterou a jurisprudência e passou a permitir a execução da pena após a condenação em segundo grau. Ao final de 2017, com o impacto da nova alteração jurisprudencial, o número de presos no sistema penitenciário era de 722.716. No ano seguinte, 744.216 presos, um aumento de 2,45%, o segundo menor índice desde 2009. Portanto, fica claro que nos dois primeiros anos subsequentes à mudança jurisprudencial da Suprema Corte, o índice de crescimento

do encarceramento diminuiu de forma significativa.

No entanto, embora o índice de encarceramento não tenha tido um aumento significativo, não há como afirmar que tal fato esteja interligado à alteração jurisprudencial. Porém, as estatísticas desconstroem a narrativa de que a execução penal após a decisão em segundo grau altera o índice de encarceramento de forma negativa.

2.2 A RELAÇÃO DO FATOR SOCIOECONÔMICO E O RECURSO NAS CORTES SUPERIORES

Em primeiro lugar, é fundamental pontuar que nem todos os indivíduos submetidos a uma ação penal possuem condições financeiras para custear honorários advocatícios no que se refere à contratação de advogados particulares. Diante disso, a defensoria pública se torna apta a promover a defesa destes processos. No entanto, existem determinados escritórios de advocacia que são especialistas na interposição de recursos nas cortes superiores, os quais possuem advogados experientes neste tipo de litígio. Ou seja, para recorrer de uma decisão judicial, na maioria dos casos, é necessário que haja a possibilidade de custear a revisão desta referida decisão.

Dessa forma, os réus mais abastados financeiramente, os quais possuem condições de financiar tais honorários advocatícios, têm maiores probabilidades de êxito no que se refere à interposição recursal. Isso se dá ao fato de que o advogado particular, ao ser contratado, consegue se dedicar integralmente ao processo que lhe foi conferido, de modo a sanar todas as eventuais dúvidas de seu cliente e esclarecer aquilo que for necessário. Fato este que pode prejudicar o acusado que necessita de um atendimento especial e personalizado, porém, não possui poder aquisitivo para custear a contratação de um advogado particular.

Diante do exposto, fica claro que os réus menos abastados nem sempre possuem a possibilidade de oferecimento de recursos nas instâncias superiores. Assim, muitos permanecem presos preventivamente durante o curso processual, antes mesmo de uma decisão condenatória de primeiro grau.

2.3 A OCUPAÇÃO PENITENCIÁRIA NO QUE SE REFERE AOS CRIMES

De acordo com a Secretaria Nacional de Políticas Penais (SISDEPEN), por meio da análise de dados estatísticos do sistema penitenciário no que se refere ao ano de 2022, há no Brasil 750.389 pessoas presas. Diante desse número, cerca de 303.410 pessoas estão presas por crimes contra o patrimônio, 215.466 pessoas estão presas por crimes referentes ao tráfico ilícito de drogas, 110.661 pessoas estão presas por crimes contra a pessoa e 41.835 pessoas estão presas por crimes contra a dignidade sexual. Tendo em vista esta ocupação penitenciária, vale ressaltar que, em sua maioria, são crimes praticados por agentes considerados violentos, cuja prisão é decretada de forma preventiva, antes mesmo da sentença proferida em primeiro grau de jurisdição. Não obstante, são crimes praticados, em grande parte, por pessoas menos abastadas financeiramente. Já os crimes caracterizados por serem praticados por pessoas mais abastadas, possuem índices extremamente baixos no que se refere à ocupação penitenciária. De acordo com os mesmos dados estatísticos, há no Brasil, 14.383 presos por crimes contra a paz pública, 4.922 presos por crimes contra a fé pública e 1.383 presos por crimes contra a administração pública.

2.4 O PERFIL SOCIAL DOS RÉUS DE ACORDO COM A OCUPAÇÃO NOS PRESÍDIOS

No que se refere ao perfil social dos réus que ocupam as penitenciárias pelo país, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e a Secretaria Nacional de Políticas Penais (SISDEPEN), cerca de 637 mil presos possuem entre 18 a 45 anos, o que corresponde a 85% da população carcerária no Brasil. Ou seja, grande parte das pessoas encarceradas atualmente são jovens. Ademais, de acordo com dados estatísticos, no que se refere à escolaridade, cerca de 20.276 presos são analfabetos; 32.429 presos são alfabetizados; 406.419 presos possuem o ensino fundamental, seja ele completo ou incompleto; 192.673 presos possuem o ensino médio, seja ele completo ou incompleto e 14.484 presos possuem ensino superior ou ensino acima do superior. Ou seja, cerca de 76% da população carcerária não possui ensino superior.

Diante do exposto, percebe-se que os indivíduos que constituem o sistema penitenciário possuem baixo poder aquisitivo e, ainda, são detentores de pouco conhecimento. Além dos dados estatísticos no que tange ao perfil social dos presos, vale ressaltar que grande parte deles cometeu crimes considerados praticados por pessoas violentas, conforme mencionado anteriormente. Isto é, são pessoas suscetíveis de serem presas provisoriamente e preventivamente.

Fica claro, portanto, que não são os menos abastados financeiramente que foram afetados pela alteração jurisprudencial acerca da possibilidade de execução penal em segunda instância, haja vista que os hipossuficientes já compõem a maioria dos presos no Brasil. Desse modo, tal alteração jurisprudencial somente poderia afetar aqueles que são detentores do poder aquisitivo e que por isso, poderiam ser levados a iniciar o cumprimento de suas penas antes de prolongar demasiadamente seus processos por intermédio da interposição infundável de recursos.

3 O IMPACTO DA ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

3.1 A REPERCUSSÃO DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PENAL APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA NO ÂMBITO DOS JUÍZES MONOCRÁTICOS

A alteração jurisprudencial no que se refere à possibilidade de execução da pena após decisão condenatória em segundo grau trouxe uma série de impactos durante a sua vigência. Vale ressaltar, ainda, que a jurisprudência é o entendimento reiterado dos tribunais superiores acerca de determinada matéria. Frente a isso, tal entendimento pode ser alterado a qualquer tempo, de acordo com a evolução de tempo, espaço, sociedade e ideais. No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento da Suprema Corte e passou a permitir o início da execução da pena após a decisão condenatória em segunda instância. Visto isso, muito se discutiu acerca do impacto que esta decisão causaria no índice de encarceramento. No entanto, como foi retratado por meio de dados estatísticos do DEPEN, não houve uma alteração significativa neste índice, pelo contrário, houve uma queda no índice de crescimento da população carcerária. Todavia, não há como afirmar que tal alteração tenha sido em decorrência da alteração jurisprudencial.

Ocorre que, os Tribunais, diante da inexorabilidade do cumprimento imediato da pena, passaram a ser mais cautelosos nas decretações de prisões. Não obstante, diante da inevitabilidade do cumprimento da pena, o Direito Penal foi cumprido com mais rigor. Vale ressaltar, ainda, que o percentual médio de prisões provisórias, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), entre 2010 e 2016 foi de 35,6%. Em 2017 e 2018, o percentual médio caiu para 32,45%. Ou seja, o percentual de prisões provisórias depois da mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caiu 10%.

As prisões preventivas e provisórias são decretadas, via de regra, para assegurar o curso processual e garantir a ordem pública. O conceito de garantia da ordem pública surgiu a fim de evitar a ocorrência de novos crimes por parte do acusado. Os pressupostos processuais para a decretação da prisão preventiva, de acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal são: a existência do crime, isto é, a materialidade e os indícios suficientes de autoria, a fim de garantir a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Frente a isso, o magistrado

poderá decretar a prisão preventiva do acusado.

Na grande maioria dos casos, o magistrado tende a decretar a prisão preventiva para garantir a ordem pública, bem como para evitar a impunidade do agente. Isso ocorre pois, além das circunstâncias em que o réu protela ação penal por meio da interposição recursal, ainda há os casos de réus foragidos. Dessa forma, vale ressaltar que quando o réu se encontra em local incerto e, diante disso, é citado por edital no processo, os autos ficam suspensos. No entanto, é suspenso, também, o prazo prescricional por período equivalente à pena máxima do crime cometido.

Diante do exposto, percebe-se que em determinadas situações, quando o juiz não pode promover a execução da decisão após o segundo grau, o mesmo antecipa a prisão provisória. Isto é, na maioria das vezes, o juiz de primeiro grau acaba por antecipar a prisão provisória ou, ainda, decretá-la antes do período de fato necessário, na tentativa de coibir a impunidade. Portanto, a alteração jurisprudencial favorável ao início da execução da pena após a decisão em segundo grau não influenciou os índices de encarceramento. Pelo contrário, houve uma diminuição no índice de crescimento da população carcerária, bem como do índice de prisões provisórias.

3.2 A INFLUÊNCIA DA PROBLEMÁTICA NO DIREITO E AS POSSÍVEIS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO

Após as análises realizadas acerca da temática, foi possível perceber a influência da alteração jurisprudencial no país. Diante do que foi exposto, percebe-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância para o meio jurídico, haja vista que o mesmo representa o mais alto grau do Poder Judiciário. Portanto, o entendimento da Suprema Corte acerca de determinada matéria, acaba sendo seguido pelos demais tribunais e, ainda, pelos juízes monocráticos. Visto isso, fica claro que a alteração jurisprudencial recorrente, isto é, a mudança de entendimento de forma reiterada, pode provocar a denominada insegurança jurídica.

Frente a isso, seria necessário que o Supremo Tribunal Federal adotasse uma jurisprudência vitalícia, o que dificilmente seria aceito no Brasil. Isso ocorre, pois o Direito, assim como as ciências sociais, passa por transformações com o

decorrer do tempo e das constituições societárias. Um exemplo disso é o fato de o adultério não ser mais caracterizado como crime no Brasil, bem como o fato de o crime de atentado violento ao pudor ter se materializado agora como crime de importunação sexual. Dessa forma, fica claro que, no Brasil, não há como engessar a legislação, pois toda ela é passível de alteração e atualização.

No entanto, é possível analisar uma similaridade no que se refere às alterações jurisprudenciais ocorridas entre os anos de 2009 a 2019. Em todas essas alterações de entendimento, o Supremo Tribunal Federal estava analisando um caso concreto. Ocorre que, cada caso tem a sua peculiaridade, a sua observância própria, o que pode ter sido fator fundamental para que em cada uma destas análises os ministros tenham adotado um entendimento diverso daquele anteriormente proferido.

No direito brasileiro, todos os processos são analisados na medida de suas particularidades. Do mesmo modo, em ações penais cujo polo passivo configure mais de um réu, cada um receberá uma pena para si próprio, isto é, o magistrado irá analisar e condenar cada um deles na medida de sua culpabilidade. É o denominado princípio de individualização da pena. O referido princípio preza pela condenação do agente na medida de sua personalidade, do meio de execução do crime e outros parâmetros adotados na dosimetria da pena. Diante disso, a melhor alternativa para a problemática da possibilidade ou não de execução antecipada da pena, seria a análise individual de caso.

Em primeiro lugar, seria analisado o grau de recursos financeiros disponíveis para o réu e, ainda, se o mesmo já possui um histórico de interposição recursal, de modo que ficasse expressa a vontade do agente de protelar a ação penal por meio da interposição infundável de recursos.

Ademais, seria verificado se há tempo hábil entre a data do fato e o período de prescrição para evitar que o Estado perca o seu poder punitivo. Nesse viés, caso seja comprovado que o réu atuou de má-fé, com o intuito de protelar a ação penal, seria permitido o início do cumprimento da pena, a fim de evitar a prescrição do crime e a impunidade do autor.

Por outro lado, se ficasse comprovado que o agente não interpôs uma infinidade de recursos, pelo contrário, se utilizou da ferramenta recursal de forma moderada, seria proibida a execução antecipada da pena, permitindo que o réu aguardasse o trânsito em julgado para iniciar o cumprimento da pena.

Dessa forma, os réus seriam tratados com igualdade na medida de suas desigualdades, isto é, o réu que se utilizou de forma moderada para recorrer não será prejudicado por um entendimento que autoriza a antecipação do cumprimento da pena, assim como o réu que se utilizou de má-fé para protelar a ação penal por meio do uso de recursos, não seria beneficiado por um entendimento que proíbe a antecipação do cumprimento da pena.

CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, o objeto de estudo desta monografia foi a história da pena, isto é, quais foram as evoluções do sistema punitivo com o decorrer do tempo. Nos primórdios, a sanção era utilizada para punir o indivíduo que havia cometido algum tipo de delito. Com o decorrer dos séculos e, principalmente, com o surgimento do Iluminismo, começaram a ser discutidas as questões relativas à sanção penal. É nesse momento que surge Cesare Beccaria, por meio da sua obra “Dos delitos e das penas”. Após a influência iluminista, surgiram grandes movimentos constitucionalistas, os quais contribuíram para o surgimento da Declaração do Homem e do Cidadão. É a partir deste momento que surge o denominado princípio de presunção de inocência. Posteriormente a isso, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal brasileira vigente, denominada de Constituição cidadã, justamente por prever garantias e direitos individuais.

Após a análise histórica, percebeu-se que há no Brasil um grande debate acerca da possibilidade de execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição. Tal discussão engloba o princípio de presunção de inocência presente na Constituição Federal, bem como a possibilidade de decretação de prisão pela autoridade judiciária, conforme prevê o Código de Processo Penal. Não obstante, foi possível analisar as alterações de entendimento do Supremo Tribunal Federal e as suas motivações acerca de cada caso concreto. Ainda nesse sentido, houve a propositura das Ações Diretas de Constitucionalidade, às quais tinham como instrumento de crítica a reiterada mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no que se refere à possibilidade ou não de execução da pena após a decisão em segunda instância.

Ainda nesse sentido, foi analisada a relação do fator socioeconômico e o ingresso de recurso nas cortes superiores. Nesse diapasão, restou demonstrado que há uma probabilidade maior de os indivíduos que possuem condições financeiras para custear honorários advocatícios, impetrarem recursos nas cortes superiores de forma mais exitosa. Foram demonstradas as ocupações penitenciárias no que se refere aos crimes cometidos, assim como os perfis sociais dos presos ao redor do país. Por meio de tais análises, percebeu-se que não foram os menos abastados

que sofreram com as alterações jurisprudenciais, tendo em vista que eles são os que mais ocupam as penitenciárias brasileiras.

Por fim, viu-se qual a repercussão da possibilidade de execução da pena após a decisão condenatória em segunda instância no âmbito dos juízes monocráticos e como tal possibilidade diminuiu o índice de decretações de prisões preventivas e temporárias e, ainda, qual a influência da problemática no direito e as possíveis alternativas de solução, qual seja a análise de cada caso concreto para que seja aplicado o princípio da isonomia. O entendimento do princípio da isonomia deve compreender acima de qualquer outra coisa, o qual preceitua que dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Portanto, é possível concluir que a problemática da execução penal após a decisão em segunda instância deve ser debatida com maior veemência, a fim de conter as discordâncias. Isto é, para que seja analisada a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena ou não, de acordo com cada caso concreto. Dessa forma, seria superado o impasse acerca da inconstitucionalidade ou da garantia de punibilidade para que surgisse a discussão acerca da decisão motivada do juiz, mediante a análise criteriosa e fundamentada da autoridade judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisaoantecipada.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Brumadinho: presidente do STF determina andamento imediato de processo na Justiça Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500752&ori=1>. Acesso em 16 de março de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7/DF – Distrito Federal. Relator. Ministro Eros Grau**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1096424>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

BRITISH LIBRARY. **Magna Carta**. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>. Acesso em 19 de fevereiro de 2023.

BONASENA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Editora Pillares, 1ª. Ed. São Paulo, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. Editor Saraiva Jur, 13ª. Ed, São Paulo, 2020.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÓDIGO DE HAMURÁBI. Código de Hamurábi. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 16 de março de 2023.

CONJUR. **Leia o voto do ministro Barroso sobre prisão após segunda instância**. Conjur. Tadeu Rover. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/leia-voto-ministro-barroso-prisao-segunda-inst>

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Universal declaration of human. 26 de agosto de 1789. Disponível em:

<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em 16 de março de 2023.

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes>. Acesso em 4 set.2022.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. v. 1., t.1. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição**. Trad. Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GOMES, Luiz Flavio; PABLO DE MOLINA, Antonio García; BIANCHINI, Aline. **Direito Penal. Coord. Luiz Flavio Gomes**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONZAGA, João Bernardino. **A Inquisição em seu mundo**. Saraiva. 8ª ed. São Paulo, 1994.

GRECCO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de Direito Penal**. v.1. Parte geral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1994.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. 2ª Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

O GLOBO. **Entre 2009 e 2016, STF anulou condenações de inocentes por instâncias inferiores**. Jornal O Globo. Renata Mariz. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/entre-2009-2016-stf-anulou-condenacoes-de-inocentes-por-instancia-inferiores-22592793>. Acesso em 4 set.2022.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/english>. Acesso em: 16 de março de 2023.

SISDEPEN. **Dados estatísticos do sistema penitenciário**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 19 de fevereiro de 2023.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Fabretti, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Pena: criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. Batista, Nilo. **Direito Penal brasileiro: Teoria Geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ANEXOS

