

IGOR LÁZARO PIRES NETO

**O CARATER PUNITIVISTA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC N°
126.292/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a conclusão da graduação
em Direito da EDB.

Orientadora: Cristiane Damasceno Leite Vieira

BRASÍLIA
Junho de 2018

O CARATER PUNITIVISTA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC N° 126.292/SP

Igor Lázaro Pires Neto

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Execução Penal no Brasil e os tipos de pena existentes no ordenamento jurídico Brasileiro; 2. Punitivismo x Direito Penal do Inimigo; 3. Caráter punitivista da execução provisória da pena no HC n° 126.292/SP; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente estudo teve o desígnio de realizar uma análise da decisão do STF no julgamento do HC 126.292/SP, enfocando nessa análise o punitivismo na decisão desse HC. Essa decisão da Suprema Corte Brasileira desencadeou intenso debate sobre a possível violação do princípio constitucional da presunção de inocência ao permitir a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, quando esvaídas as discussões fáticas sobre o crime que se discute. Dentro desse enfoque, o entendimento firmado no HC 126.292/SP suporta o seguinte questionamento: em que medida a decisão do STF ao restringir o princípio constitucional da presunção de inocência e afirmar que os juízes podem aplicar a prisão provisória após o julgamento em segunda instância e antes do trânsito em julgado do processo possui caráter punitivista? Na seara desse estudo, uma reflexão sob a aplicação do Direito Penal no Brasil, o punitivismo e a aplicação do direito penal do inimigo observados nas decisões do Judiciário foram fundamentais para a compreensão do assunto, abordado a partir de um estudo de caso a respeito do tema que auxiliou na conclusão do estudo investigativo realizado para elaboração deste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes. Direito. Lei. Pena. Punitivismo. Direito penal do inimigo. Execução Provisória. Presunção da inocência.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é um forte instrumento para a manutenção da ordem social, pois dele decorre as normas necessárias para a segurança e a paz nas relações que os homens estabelecem no âmbito da sociedade. Ao mesmo tempo, é por meio das ações humanas que o Direito vai sendo moldado, criando leis diferentes para se adaptar às constantes alterações de conduta dos indivíduos no convívio social.

Esse instrumento teve um caráter de punição, servindo para penalizar a quem comete um crime. Portanto, o Direito Penal tem natureza coercitiva na sociedade, inibindo a

prática de crimes por parte dos indivíduos, justamente pela existência de leis que proíbem certas atitudes que são consideradas ilícitas.

Esse artigo visa demonstrar como o punitivismo está presente no HC nº126.292/SP e, ainda, a forma como o punitivismo pode interferir nas decisões do poder judiciário, a exemplo da execução provisória da pena após o julgamento do réu em segunda instância. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o punitivismo como parâmetro de controle social¹. De forma específica, o propósito é expor alguns argumentos que são utilizados para aplicar a execução provisória após a condenação do réu em segunda instância, detalhando a aplicação das sanções, especialmente das penas privativas de liberdade.

A metodologia aplicada para a elaboração desse artigo foi basicamente a pesquisa bibliográfica, com levantamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema nos tribunais superiores e de consulta a diversos autores reconhecidos que tratam do assunto, além de uma breve pesquisa documental de artigos, de leis e documentos publicados em sites e em revistas especializadas referentes à temática abordada.

Justifica-se o desenvolvimento desse tema pela forma como os julgadores vem se posicionado frente aos problemas decorrentes do punitivismo e pela execução provisória da pena recentemente discutida pelo Supremo Tribunal Federal, destacando o direito penal do inimigo que rompe com princípios básicos garantidos pela Constituição Federal, a exemplo da presunção de inocência. Justifica-se, ainda, este estudo, sobretudo para a análise crítica dessa vertente punitivista que vem ganhando destaque na sociedade, especialmente pelos meios de comunicação que veiculam o fortalecimento desse princípio jurídico, coadunando com uma mídia mais voltada para sensacionalismos, do que propriamente para a produção de matérias informativas para a sociedade.

Os resultados dos estudos realizados para a elaboração deste artigo possibilitaram o entendimento do tema e a resposta à pergunta que orientou o percurso investigativo. A primeira parte do artigo, que se delineia, trata da execução penal no Brasil, citando os tipos de pena existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Passando-se à segunda parte, encontra-se a discussão do Direito Penal do Inimigo e do punitivismo. A terceira parte apresenta uma análise que evidencia o caráter punitivista da execução provisória da pena no HC Nº 126.292/SP.

¹ Neste artigo, controle social está sendo entendido como “conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”. Conforme: MANNHEIM, K. **Sociologia Sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia**. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1971.p.178

1. A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OS TIPOS DE PENA EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Se, num primeiro momento, o direito é fruto das relações humanas, sendo moldado a partir dessas relações, no segundo momento, as pessoas têm suas condutas reguladas pelas normas emanadas do direito, o que estabelece uma relação de reciprocidade entre direito e sociedade. A noção de direito é adquirida pelo sujeito desde o nascimento e esta vai sendo ampliada com as experiências de vida, com a compreensão do que é certo e do que é errado. Esse discernimento adotado como forma de agir é a manifestação do direito natural.

Enquanto o Brasil foi colônia de Portugal, o direito instituído aqui seguia o que era vigente em Portugal, os mesmos princípios e leis impostos pela Coroa Portuguesa. As primeiras leis propagadas no Brasil seguiam as Ordenações Afonsinas, posteriormente as Manuelinas e por fim as Ordenações Filipinas, como preceitua Capez².

Não existia uma proporcionalidade entre o crime praticado e a pena que o criminoso poderia receber, avaliava-se somente a condição da pessoa, este era o parâmetro para imposição da pena, sendo muito comum naquela época castigos corporais. A pena de morte também era admitida e aplicada para uma série de crimes. Um dos casos que mais chamou a atenção na história do período colonial no Brasil foi o de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que, acusado de traição pelo Coroa Portuguesa, depois da delação feita por Joaquim Silvério, recebeu a pena de morte, tendo sido decapitado³.

Durante a fase do império, já após a independência do Brasil em relação a Portugal, houve uma mudança na forma de controle social no território brasileiro. Tais mudanças foram influenciadas pelo iluminismo que propugnava novos valores a nível mundial, como a disseminação da busca pela liberdade, que passou a ser um propósito seguido pela maioria dos países, e a luta contra algumas penas até então bem difundidas, como a pena de morte. Naquela época foi elaborado o primeiro Código Penal Brasileiro então chamado de Código Criminal, promulgado no ano de 1830⁴.

Ainda nos dizeres do autor acima citado, sob a influência dos ideais propagados pelos iluministas foram diminuídos os crimes que tinham a pena de morte como sanção, tendo sido instituído pelo Direito Penal da época as penas privativas de liberdade, que eram vistas sob

² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 528.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. – 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 530.

a ótica moral, pois representava uma resposta à sociedade, uma ação contra a pessoa que infringia os valores sociais existentes.

Ainda no período do Brasil Império foi alterado o Código Criminal de 1830, criando-se o Código Criminal de 1890, considerado por muitos como um dos piores textos do ramo penal brasileiro, justamente por trazer a pena privativa de liberdade, considerada como grande alteração do direito penal brasileiro na época. As penas aplicadas, decorrentes da imposição desse novo código criminal, foram a prisão, o banimento, a interdição, a suspensão e perda de emprego público e multa. Mas, contraditoriamente, houve avanços no direito instituído naquela época, como a abolição da pena de morte, assim como a busca de correção do infrator por meio da reclusão penitenciária⁵.

Posteriormente, o direito brasileiro teve outra mudança que ocorreu em 1940, ano que representa a criação do Código Penal Brasileiro, ainda em vigor, representando o terceiro Código Penal criado no Brasil. O Código Penal Brasileiro foi promulgado em um período de grave violação de direitos, posterior à II Guerra Mundial, sendo dividido em uma parte geral e parte especial. Dentre as mudanças trazidas por esse Código, destaca-se a individualização da pena⁶.

Com advento do regime militar em 1964, novamente mudou-se algumas leis referentes ao ramo penal no Brasil, voltando a existir dentro do Direito brasileiro as penas de morte e de prisão perpétua. Representavam essas mudanças um reflexo do momento histórico vivido pelo Brasil à época, com constante retirada de direitos das pessoas pela ditadura militar, sendo esta uma das sanções mais aplicadas naquele momento⁷.

Entretanto, as mudanças mais evidentes no texto do Código Penal, desde 1940, foram aquelas instituídas com a Lei 7.209 de 1984. Essa lei criada em 1984 trouxe novamente o fim da pena de morte, a valorização da prisão como uma forma de resposta pelo crime praticado, dando nova configuração às medidas de segurança e destacando bastante em seu texto as leis voltadas para a execução das penas. Com essa Lei deixou de existir a distinção entre penas principais e penas acessórias, criando somente três tipos de penas a serem seguidos por quem cometer um crime: as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e

⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 890.

⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 897.

⁷ Ibidem. p. 899.

as penas de multa⁸. Nos dias atuais, permanecem no Direito Penal Brasileiro essas três formas de punição.

As primeiras são direcionadas à detenção dos agentes criminosos. O segundo grupo de penas, as restritivas de direito, são menos fortes, referindo-se a crimes de menor potencial. E por último, as multas, que são mais utilizadas em crimes menores, com a conversão da pena em valores a serem pagos pelo criminoso.

Afinal, por um lado, o processo penal, uma vez instaurado, tramita por impulso oficial, competindo ao juiz conduzi-lo à fase da sentença mediante o cumprimento do procedimento previsto em lei. Por outro, não se pode esquecer que vigora na ação penal pública o princípio da indisponibilidade, o que impede o Ministério Público de sua desistência⁹.

Essas três penas existentes no Código Penal Brasileiro encontram muitos problemas quanto à sua efetivação pela falta de condições oferecidas pelo Estado, o que dificulta o cumprimento das penas pelos condenados. As que mais têm problemas quanto à sua aplicação são as penas privativas de liberdade, justamente pela precariedade do sistema carcerário brasileiro.

As penas privativas de liberdade surgiram como uma alternativa eficaz no combate à propagação de penas severas para os crimes, representando uma visão mais proporcional de penalização dos condenados, impedindo que fossem impostas aos criminosos penas que não fossem condizentes com o crime cometido. O art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal determina que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”¹⁰. Entretanto, a realidade dos estabelecimentos penais brasileiros encontra-se muito distante do ideal da legislação processual penal. As unidades prisionais neste país são marcadas pela insuficiência e ineficiência no cumprimento das exigências legais, não havendo uma diferenciação entre os presos pela periculosidade dos crimes praticados, entre outros problemas.

Feitas essas considerações, torna-se necessário apresentar uma análise da execução provisória da pena. Vejamos como ensina o doutrinador:

⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 1920

⁹ Ibidem, p. 3340

¹⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 96

Vencida a fase instrutória, de conhecimento, e julgada procedente a ação penal, total ou parcialmente, faz-se necessária a execução do título executivo judicial. É preciso “cobrar” do condenado o resgate de sua dívida com a sociedade e, para tanto, transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução¹¹.

Essas penas representam a restrição da liberdade do criminoso à medida em que eles são encaminhados, após a condenação, para presídios e outros estabelecimentos penais para que cumpram a pena de acordo com o regime estabelecido no momento da cominação da pena, definida pelo juiz que julga o caso. Nesse liame, no início do cumprimento da pena tem-se, na visão de Marcão, que: “Incumbe ao juiz, por ocasião da sentença condenatória, estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade eventualmente aplicada.”¹²

Como dito anteriormente, o primeiro Código a prever a instauração das penas privativas de liberdade foi o Código Criminal de 1830, no qual era proposto para alguns crimes a restrição do direito de liberdade dos criminosos, vista como uma alternativa para dar à sociedade uma resposta à afronta moral cometida pelo criminoso ao praticar o crime. As penas privativas de liberdade foram a forma encontrada para substituição de penas mais severas, buscando assim uma maior valorização dos direitos dos criminosos, restringindo somente seu direito de liberdade, direito que foi se consolidando após a segunda guerra mundial. Nesse sentido, há de se compreender que:

Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a concessão de liberdade condicional fica condicionada ao exame de cessação de periculosidade, não é possível a liberdade provisória mediante fiança, entre tantas outras¹³.

A privação da liberdade é um tipo de pena utilizada constantemente como a melhor maneira de punir um transgressor penal pois representa, ao mesmo tempo, uma penalização ao infrator e uma proteção à sociedade, ao retirar o criminoso do convívio social, impedindo-o de praticar novos crimes durante o cumprimento da pena.

Atento à execução da pena no Brasil e à atuação do juiz no início de cumprimento da pena, Badaró (2012) declara:

¹¹ Ibidem. p. 115

¹² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p.110

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 98

Todavia, é de observar que o processo de execução normalmente começa ex officio, não havendo, pois, ação de execução penal. No caso de pena privativa de liberdade, é o juiz quem determina a expedição da guia de recolhimento para a execução (LEP, art. 105)¹⁴.

Se observadas por essa ótica, as penas privativas de liberdade são bastante eficazes, pois de fato retiram as pessoas que cometem crimes do convívio social, representando assim uma maneira de proteção principalmente às vítimas e suas famílias e um impedimento de novas ações desses criminosos.

A diferenciação na forma de se punir os crimes é importante para que seja aplicada uma penalização mais justa a quem praticar os crimes, evitando a penalidade excessiva e indicando a pena de acordo com a ação criminosa praticada pelo acusado. Crimes de menor potencial ofensivo à sociedade devem receber penas mais brandas, por outro lado, as penas mais fortes devem ser aplicadas aos crimes de maior potencial.

Diante disso, vale ressaltar o que diz Badaró sobre as penas no Processo Penal Brasileiro:

Tem prevalecido o entendimento de que, no tocante à alínea a, por infração mais grave deve-se considerar aquela cuja pena é de natureza mais grave. A pena mais grave é a privativa de liberdade, depois a restritiva de direitos e, por último, a pena de multa¹⁵.

As penas privativas de liberdade se dão com a detenção e a reclusão do acusado, sob a forma de três regimes: o regime fechado, o semiaberto e o regime aberto. Esses regimes são diferenciados de acordo com o local de cumprimento da pena.

O regime fechado é cumprido em penitenciárias de média e máxima segurança. O regime semiaberto é fixado em colônia agrícola, aceitando também o cumprimento em local semelhante. O regime aberto é imposto em casa de albergado ou estabelecimento com a mesma função.

Serão recolhidos em estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena na modalidade semiaberta os condenados oriundos do regime fechado, por progressão, cumprindo assim uma função de transição, daí a denominação de regime intermediário, bem como aqueles a quem se impôs, desde o início, o cumprimento de pena privativa de liberdade a ser resgatada no regime semiaberto, em atenção às disposições dos arts. 33 e 59 do Código Penal. Acrescente-se, por fim, que também irão cumprir pena no regime semiaberto os condenados que, estando no regime aberto, obtiverem regressão. O cumprimento

¹⁴ Ibidem, p. 144.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 207

de pena em regime semiaberto deve ocorrer em colônia agrícola, industrial ou similar¹⁶.

Deve-se observar que as penas privativas de liberdade não podem ser concomitantes com penas restritivas de direito e que, ao contrário, se aceita a penalização com privação da liberdade e a aplicação de multa, assim como a restrição de direitos e aplicação de multa.

Existe uma série de possibilidades relacionadas a essa forma de cumprimento de pena. A progressão de regime, a regressão de regime, a remição da pena, entre outras formas de alteração na execução da pena durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Mas, são observados vários requisitos essenciais para que os condenados tenham direito de requerer certos benefícios. “Quanto à imposição de pena não privativa de liberdade, sua principal manifestação é a possibilidade de transação penal, consistente na proposta e aceitação de cumprimento de uma pena de multa ou pena restritiva de direito (art. 76)”¹⁷

As penas de multa são uma forma diferente de cumprimento de uma pena, e visam ajudar na resolução dos problemas observados nas penas privativas de liberdade, dando ao Poder Judiciário Brasileiro uma alternativa viável de imposição de pena a um condenado. Avena salienta que “A fixação da pena de multa pode ocorrer a título de sanção principal, alternativa ou cumulativamente com a pena de prisão, podendo ser, ainda, aplicada em substituição desta”¹⁸.

Os primeiros relatos de utilização das penas de multa são bem anteriores à institucionalização do Direito brasileiro, remontando à época do Direito grego e do Direito romano, sendo formas de penalização usadas para que o condenado pudesse reparar o dano causado à sociedade ou ao particular.

No Brasil, o primeiro conjunto de leis a trazer a pena de multa foi justamente o Código Criminal de 1830, quando o Brasil deixou de ser Colônia e se tornou independente de Portugal, passando a ser um Império. Com a formação dos novos Códigos, a multa continuou a ser aplicada, voltando a ser usada com a reforma de 1984 trazida pela Lei nº 7.209.

Mediante isso, nota-se que as penas de multa nos primeiros momentos de sua aplicação tinham um caráter de ressarcimento sobre o dano causado, voltadas para o pagamento do patrimônio lesionado pela ação do criminoso que, em decorrência das leis, deveria pagar pelo malefício feito à sociedade.

¹⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 102

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 110

¹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 3345

Uma das características que de certa maneira obriga ao pagamento dessas penas de multa é justamente a possibilidade de que, não havendo o não cumprimento do pagamento da prestação pecuniária, o condenado possa ser levado ao cumprimento da pena de uma outra maneira, neste caso sendo direcionado para a privativa de liberdade.

A reforma de 1984 com a Lei 7.209 atribuiu à pena de multa um caráter personalíssimo, configurando a necessidade da pena ser cumprida pela pessoa condenada, não dando margem para que essa pena possa atingir outras pessoas com as quais ele se relaciona. Foi a partir dessa reforma que as penas privativas de liberdade de menor duração puderam ser substituídas por penas de multa, o que veio auxiliar na diminuição da população carcerária. Fixou-se com essa reforma o pagamento em forma de dias-multa.

De acordo com essa reforma, a multa poderia ser cobrada mediante o desconto no pagamento do condenado por serviço prestado, desde que fosse garantido que esse condenado conseguisse se sustentar, mesmo com a retirada de parte do valor que ele teria a receber, não tornando mais precárias suas condições financeiras.

Os condenados que tiverem a pena privativa de liberdade imposta por um período não superior a seis meses de duração, podem, de acordo com essa reforma, requerer que a pena seja transformada em multa, substituindo assim a forma de cumprimento da pena.

Para que seja alterada a forma de cumprimento da pena devem ser observados os requisitos dispostos pelo artigo 44 da Lei 7.209 de 1984. O juiz deverá analisar esses requisitos, observando os motivos que levaram à prática do crime, antes da concessão da substituição da pena.

As penas de multa estão previstas no Código Penal Brasileiro no artigo 49, estabelecendo que o juiz, mediante análise dos requisitos dispostos no referido artigo, analisará a possibilidade da aplicação da pena de multa. Além de diminuir a população carcerária, com a substituição das penas para crimes de menor potencial, as penas de multa auxiliam na arrecadação de fundos para a manutenção desse sistema, ajudando o Estado a custear as despesas com os presídios.

Badaró¹⁹ se manifesta a respeito do assunto: “Assim, nas hipóteses legais, é possível a aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa, sem que tenha havido um prévio processo penal”.

Ainda a respeito das penas privativas de liberdade:

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 404

Mediante isso, as penas restritivas de direito são uma forma alternativa de punição, cabendo ao juiz aplicá-las em alguns casos. Essa aplicação acaba por auxiliar o Poder Judiciário na redução do número de presos no sistema penitenciário brasileiro. Badaró (2012, p. 400) sinaliza: “Depois de fixada a pena, o juiz deverá estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena (CP, art. 59, III). Por fim, deverá o juiz verificar se a pena privativa de liberdade pode ser substituída por pena restritiva de direitos (CP, art. 44) ou pena de multa (CP, art. 60, § 2º)”²⁰.

As penas restritivas de direito, além de trazer uma aplicação de pena mais humanizada, são ligadas ao processo de reintegração do preso à sociedade, como uma tentativa de criar meios que busquem recolocar os criminosos em contato com as pessoas, dando-lhes a possibilidade de desenvolverem atividades que os insiram novamente no convívio social. Esse tipo de pena foi imposto ao Código Penal Brasileiro pela lei 7.209/84.

Mediante o exposto, o estudo apresentado nessa parte do trabalho auxiliou na compreensão do tema desta pesquisa, permitindo explicitar como os tipos de pena existentes no ordenamento jurídico brasileiro são importantes para se compreender como a legislação brasileira entende a aplicação da pena de acordo com o crime praticado, a partir dos três tipos de penas existentes: a pena privativa de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multas.

Passa-se agora, no próximo item deste artigo, à discussão do punitivismo e do direito penal do inimigo como novas facetas jurídicas existentes na sociedade, atreladas às ideias de contenção da criminalidade, mediante a modificação da legislação e a imposição de penas mais severas como meio de coerção social da transgressão penal.

2. PUNITIVISMO X DIREITO PENAL DO INIMIGO

Atualmente, vivencia-se em muitos países ocidentais um caráter punitivista, onde as pessoas tendem a repetir discursos voltados para uma penalização mais severa, desencadeando uma sequência de debates veiculados pela mídia, com ênfase na necessidade de se implantar maior controle social, como forma de contenção da onda de crimes. Acerca do punitivismo afirma Carvalho:

O *sintoma* contemporâneo *vontade de punir*, que atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos político criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 400

criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo-sistêmico)²¹.

Esse punitivismo estaria atrelada à ideia de controle social como maneira de fortalecer a moral da sociedade, consternada pela atuação de criminosos que, segundo esse ideário, deveria ser punido para que as demais pessoas tenham a ciência da validade das leis, da sua importância para se manter a ordem e, ainda, pelo entendimento de que quanto maior a punição, maior seria a resposta ao crime, dada pelo Estado. “O expansionismo punitivo, inserido no quadro emotivo da demanda social por medidas emergenciais, inscreve-se na cultura contemporânea às expensas do devido processo e das liberdades públicas.”²²

O punitivismo, então, estaria ligado a uma formalização e legalização de condutas criminosas que até então passavam despercebidas ou não eram recepcionadas juridicamente como crimes, ou seja, a sociedade passaria a entender que novos crimes tenham que ser juridicamente considerados para conter as ondas de violência e condutas maléficas surgidas. Diante disso, avalia-se essa concepção:

Não obstante, indicadores de análise como sentimento de impunidade e sensação de insegurança, comumente expostos pelos meios de comunicação de massa como conteúdo de demandas criminalizantes, poderiam indicar baixo grau de punitivismo decorrente de alta taxa de ineficiência do sistema penal ou da alta tolerância da comunidade com práticas delituosas²³.

Passa-se portanto a questionar os moldes processuais penais estabelecidos na sociedade, vistos como impróprios para conter o alto índice de criminalidade encontrado hoje na sociedade, havendo a necessidade de se estabelecer um parâmetro social mais amplo de penalização. “Essas questões – insegurança, violência, medo – ganharam destaque no cotidiano das pessoas, na imprensa e mesmo nas universidades em virtude da maior sensibilidade a elas e da aparente falta de controle por parte dos órgãos públicos”.²⁴

Esse ideal punitivista encontra evidência ainda maior quando se observa os valores propagados pelos meios de comunicação que tendem a repassar à sociedade uma visão pautada justamente na necessidade de se severizar ainda mais as penas, distorcendo a opinião popular e

²¹ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 23

²² CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 21

²³ Ibidem, p. 23.

²⁴ PASTANA, Debora Regina. **Os contornos do estado punitivo no Brasil.** Perspectivas, São Paulo, v. 31, p. 29-46, jan./jun. 2007. p. 38

criando concepções que às vezes tornam a realidade um tanto quanto diferente do que de fato se vivencia. Quanto a isso, entende-se como Carvalho:

Viável concluir, pois, que a formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo²⁵.

Nesse sentido, o direito penal do inimigo se enquadra perfeitamente e se refere a uma teoria desenvolvida dentro do Direito Penal, criada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, que defende que haja uma diferenciação entre direitos e proteções a serem dadas às pessoas de acordo com sua conduta social e os malefícios praticados.

Sendo assim, existiria um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo, havendo uma possibilidade de utilização de quaisquer meios possíveis para que haja uma punição justa à esses inimigos da sociedade. Ante isso, entende o autor:

O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em "outro sentido. Certamente o Estado tem direito a procurar a segurança frente aos indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica²⁶.

A figura do transgressor penal da sociedade estaria conseqüentemente ameaçada por uma contenção decorrente da implantação da lei fazendo com que eles paguem e tenham uma regulamentação diferenciada daqueles que atuam de maneira firme, proba, correta no seio da sociedade.

Deste modo, as pessoas que cometem crimes e conseqüentemente são tidas como ameaça à sociedade, teriam que receber um tratamento diferenciado, fazendo com que passem a ser recebidas de maneira diferente, correspondente ao mal que provocaram à sociedade pelas suas atitudes ilegais. Sobre esse assunto, afirma Jakobs:

²⁵ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 43

²⁶ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal no inimigo**: noções e críticas / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 06

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado²⁷.

Nesse contexto, implementar-se-iam uma punição de acordo com o mal praticado pelo transgressor penal, ou seja, as penalizações surgiriam da forma como os criminosos cometessem o delito, partindo para punições mais severas, reforçando o sentimento de controle mais rígido da sociedade.

Se, por um lado, haveria a severidade nas punições e a aplicação de penas de acordo com o grau de nocividade do crime, distinguindo a forma como essa pena seria aplicada, por outro, representaria também uma afronta às garantias de proteção que determinados criminosos possuem, mesmo que sendo reconhecidamente transgressores legais.

Essa violação da lei causada pelo ato ilícito praticado seria fundamento para que se privasse de maneira mais específica essas garantias que, dentro dos ordenamentos jurídicos, seriam destinadas aos violadores da lei, independente dos crimes que eles viessem a praticar, validando a retirada de algumas proteções garantidas pela lei ao criminoso.

Ao relatar a existência de um crime se formaria um inimigo, ou seja, o transgressor da lei, que não mereceria ser tratado da mesma forma pela sociedade, cabendo a esse um tratamento diferenciado, sobretudo no aspecto legal, sendo tratado de forma mais efetivamente mais severa pela legislação. Sobre essa questão esclarece Jakobs :

Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não leni por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz²⁸.

O direito penal do inimigo estaria ligado a uma resposta à sociedade, para que se tivesse uma concepção de proteção da mesma com a atuação ríspida do Estado, ou seja, ao se punir o transgressor da pena, transformando a pena em uma medida de segurança para a sociedade, evitar-se--se que o mal representado pelo criminoso fosse mantido e propagado no meio social.

²⁷ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal no inimigo: noções e críticas** / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 07

²⁸ Ibidem, p. 43.

3. CARATER PUNITIVISTA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC Nº 126.292/SP

O *habeas corpus* é uma forma de remédio constitucional contra decisões que possam levar à prisões ilegais. Pode ser impetrado pelo paciente, que é contra quem a decisão ilegal foi determinada, com a finalidade de reaver a decisão que o privou da liberdade de locomoção de forma ilegal, sem fundamentação correta para a sua determinação. O que se configura como uma decisão injusta tem a possibilidade de reversão mediante a concessão do *habeas corpus* para sanar o erro da autoridade que decretou a prisão. Moraes assim conceitua o *habeas corpus*:

Portanto, o *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar. Ressalte-se que a Constituição Federal, expressamente, prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5º, XV). A lei exigida pelo referido inciso deverá regulamentar tanto as restrições ao direito de locomoção interna, em tempo de guerra, quanto ao direito de locomoção através das fronteiras nacionais em tempo de guerra ou paz, uma vez que o direito de migrar é sujeito a maiores limitações²⁹.

A impetração do *habeas corpus* pode ser feita de forma preventiva, com o *habeas corpus* preventivo, ou posterior à prisão, quando se faz o *habeas corpus* liberatório. O preventivo é aquele que visa inibir a ação da autoridade, impedindo que alguém seja preso de forma ilegal. De modo contrário, o liberatório é impetrado posterior à prisão, com a finalidade de suspender a prisão, retirar da prisão quem foi preso de forma ilegal.

Algumas particularidades existem na ação de *habeas corpus*, como o fato dela não exigir a presença de advogado, podendo ser realizado o pedido e impetrado pelo próprio preso. Outra particularidade remete ao fato de a ação de *habeas corpus* não possuir um custo, é uma ação gratuita de natureza constitucional. Moraes elenca essas particularidades:

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas² e que visa *evitar* ou *cessar* violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata,

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 109

portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.³⁰

O *habeas corpus* nº 126.292 provocou uma mudança considerável dentro do Direito Processual Penal brasileiro e precisou da interferência do Supremo Tribunal Federal para proferir entendimento sobre a constitucionalidade da execução da pena em segunda instância e o possível desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

O *habeas corpus* 126.292 mencionado foi impetrado com a finalidade de reaver a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que ao analisar o caso que motivou a condenação (roubo majorado) indeferiu o pedido de liminar, por meio do Habeas Corpus nº 313.021/SP.

A interpretação constitucional deve ser feita de forma unitária, não podendo haver uma diversificada interpretação sobre as normas ou princípios constitucionais. Quanto a isso, o Supremo Tribunal Federal assume uma função de real importância, sendo responsável pelo parecer final em determinadas discussões da aplicabilidade de normas e decisões referentes ao texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal com o controle de constitucionalidade atua como um filtro para decisões proferidas por outros juízes e tribunais e para a aplicabilidade de normas infraconstitucionais, podendo se posicionar contrário a essas aplicabilidades e normas, declarando a inconstitucionalidade das mesmas, fazendo cumprir o texto constitucional ou proferindo decisão favorável a essas medidas. Lenza preceitua sobre a função de intérprete da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal:

O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito³¹.

O *habeas corpus* em análise teve como relator o Ministro Marco Aurélio, que conduziu o julgamento tendo como partes, de um lado, o condenado Márcio Rodrigues Dantas e, de outro lado, o Relator do HC 313.021 no STJ. Relator que durante o julgamento no STJ

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 247

³¹ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

indeferiu o pedido de liminar contra a prisão do condenado, determinada pelo Tribunal de Justiça.

Em uma primeira análise, realizada no STF, foi acatada o *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo relator Ministro Teori Zavascki e definida a liberação do paciente que impetrou *habeas corpus*, reconhecendo que houve prisão ilegal desse condenado, pois não teria transcorrido o trânsito em julgado da decisão. A primeira decisão então acabou concedendo a liminar ao impetrante, pondo-o em liberdade.

Porém, após uma nova análise dos demais membros do Supremo Tribunal Federal, ficou decidida a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade em segunda instância, contrariando a primeira decisão proferida pelo relator, o que deu início a uma polêmica sobre a aplicabilidade dessa decisão e a afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Alguns elementos devem ser elencados para a discussão dessa polêmica: a decisão do Supremo Tribunal Federal, o artigo 283 do Código de Processo Penal, o princípio da presunção de inocência e a posição de diferentes setores, como a OAB, que se manifestaram contrariamente à decisão tomada pelo STF.

O tema merece cautela, pois pode influenciar diversos julgamentos em andamento no Poder Judiciário e provocar uma onda de alterações que acabaria por trazer efeitos imediatos para a atuação do Poder Judiciário e a aplicação das leis processuais e dos princípios processuais. O 283 do Código de Processo Penal prescreve que:

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 preventiva³².

Pelo artigo acima transcrito fica o entendimento de que não pode ser determinada a prisão do condenado em segunda instância sem que haja o trânsito em julgado da decisão. Sendo admitida somente sem o trânsito em julgado a prisão temporária ou preventiva, o que não foi verificado no caso em análise pelo *habeas corpus* nº 126.292/SP.

Uma breve análise dos votos proferidos pelos Ministros do STF demonstra uma divergência de opiniões entre alguns dos Ministros e, mediante a votação, a maioria decidiu por

³² BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 08 de jun. 2018.

acatar a constitucionalidade da prisão em segunda instância sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Vejamos como dispõe o professor Pacelli:

No julgamento do HC 126292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nos 43 e 44, em 05.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal modificou radicalmente a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a execução provisória da condenação já após a decisão do Tribunal de segundo grau. A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso³³.

O primeiro dos Ministros a votar e emitir seu parecer sobre o caso foi o Ministro Edson Fachin, que se pronunciou favorável à execução da pena em segunda instância, proferindo voto contrário ao do relator do *habeas corpus*, Ministro Teori Zavascki. Para o Ministro Edson Fachin, não se trata de uma análise do que o condenado acha justo ou injusto sobre a decisão da prisão, mas sim uma alternativa para os tribunais superiores uniformizarem uma decisão, alinhando pensamento com o deferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça. Para terminar seu voto, o Ministro ponderou que a revisão da decisão pelo STF não prejudica o réu, pois a irretroatividade das leis e decisões é aplicável somente ao Direito Penal.

O Ministro Roberto Barroso foi favorável à posição do Ministro Edson Fachin, corroborando sua decisão ao dizer que a presunção de inocência pode ser revista, não sendo aplicada de forma expressiva, adequando-se à situação em análise e verificando os outros princípios constitucionais.

A presunção de inocência no ver desse Ministro não é uma lei, regra a ser seguida, podendo ser valorada de outra forma, pois a prisão em segunda instância consistiria na efetivação do Direito Penal e na valorização dos bens jurídicos que foram afetados. O Ministro Barroso ainda demonstrou preocupação quanto à consequente impetração de recursos no intuito de atrasar o trânsito em julgado da decisão, o que causaria descrédito da sociedade em face do Poder Judiciário.

Relator do *habeas corpus*, o Ministro Teori Zavascki, no início da apreciação do pedido de liminar, se fez favorável ao pedido e concedeu a liminar, determinando a soltura do

³³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39

condenado. Porém, após nova análise entendeu que essa prisão não era ilegal, pois a decisão sobre a apelação, pelo Tribunal, já teria posto fim à análise do direito.

A mudança de posição do Ministro Teori Zavascki se fez com o argumento de estar em defesa da função do Direito Processual Penal, que dá ao Estado o direito de punir, garantindo a pacificação social por meio da determinação da punição a quem infringir as normas e princípios penais e processuais. Assim, o Ministro Zavascki se posicionou do mesmo modo que os Ministros Fachin e Barroso, votando pela execução da pena em segunda instância.

Diferente da opinião dos outros Ministros, a Ministra Rosa Weber não proferiu entendimento focado no que a Constituição Federal descreve, emitindo relatório e entendimento de forma dispare dos demais Ministros. Segundo ela, não podendo ir contra o texto constitucional e, não podendo desprender a condenação transitada em julgado do princípio da presunção de inocência, não aceitaria a legalidade da prisão em segunda instância.

O Ministro Luiz Fux defendeu a prisão em segunda instância ao entender que se deve dar efetividade à justiça, e que, ao legislar sobre a Constituição, o legislador não teve intenção de impedir que fosse determinada a prisão em segundo grau de jurisdição.

O Ministro Dias Toffoli teve um parecer de aceitação parcial sobre a decisão, acatando em parte o pedido e entendendo que para determinação da condenação tem de haver a certeza de culpa do agente, fato em que se vê contrário à prisão em segunda instância sem o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O Ministro Ricardo Lewandowski, com base na Constituição Federal, não acatou a determinação da prisão em segunda instância, fazendo uma interpretação do caso nos limites da legislação. Defendeu o artigo 283 do Código de Processo Penal que foca o trânsito em julgado da decisão para que seja executada a pena privativa de liberdade.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que a aceitação da execução da pena em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência, defendendo que não há o que se discutir quanto à culpabilidade até o momento da condenação em segunda instância, como foi o caso apreciado nos *habeas corpus* em comento.

O Ministro Celso de Melo entendeu que a decisão viola a presunção de inocência, no que tange a um direito que já se faz presente na Constituição Federal e na legislação penal e processual brasileira e que, portanto, não se admite a condenação em segundo grau, entendida por ele como um retrocesso penal.

Nessa mesma linha de raciocínio, Távora e Alencar dizem:

Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção da inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII), no CPP (art. 283), assim como no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, n.º 2)³⁴.

O último voto foi da Ministra Carmen Lúcia, que afastou a arbitrariedade alertada por outros Ministros contrários à decisão pois, segundo ela, o fato da condenação em duas instâncias já se faz motivo suficiente para início à execução da pena, o que não violaria a presunção de inocência. Ao proferir o entendimento, a Presidente da Corte lembrou que a ausência de execução, como foi determinada, poderia levar a uma falta de confiança da sociedade perante as decisões dos tribunais.

A votação realizada em fevereiro de 2016 foi polêmica e apertada, com a divergência entre a posição dos Ministros, mas foi favorável ao início da execução da pena privativa de liberdade por condenação em segunda instância, sem o trânsito em julgado dessa sentença. Avena assim define a decisão do STF:

Todavia, em 17.02.2016, o Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, modificou essa orientação, deliberando no sentido de que a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória (e isto se estende, por óbvio, à hipótese de reforma da sentença absolutória) em Segundo Grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva³⁵.

Ponderou-se na tomada de decisão pela maioria dos votos do plenário que a questão de provas e fatos se deixa decidida na segunda instância, não sendo necessária sua rediscussão após duas sentenças sobre o mesmo feito serem condizentes.

Houve, com essa decisão, uma mudança de parecer do Supremo Tribunal Federal, que tinha decidido desde o ano de 2009 que não poderia ser aplicada o início da execução da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Foi atenta a esse parecer do próprio Supremo Tribunal Federal, ao princípio da presunção de inocência e no artigo 283 do Código de Processo Penal, que a defesa buscou a reanálise do caso. Porém, o entendimento do STF foi favorável ao empreendido pelo Tribunal

³⁴ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. JusPODIVM, Salvador, 2016, p. 08

³⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 50.

de Justiça e pelo STJ, reafirmando a mudança de posição do STF e uma nova visão sobre a execução da pena em segunda instância.

O maior argumento daqueles que são contrários à execução da pena em segunda instância é justamente a invocação do princípio da presunção de inocência e a sua consequente violação por essa decisão. Capez faz uma análise consistente sobre esse princípio:

O princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado, quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória³⁶.

O relator do julgamento do *habeas corpus*, Ministro Teori Zavascki é firme ao defender que a presunção de inocência se exauri na segunda instância, quando a partir dela se pode determinar a culpa, ou seja, ser determinado culpado o condenado e que tenha início a execução da pena, como foi o caso do *habeas corpus* analisado.

A decisão de seis votos contra cinco é controversa e polêmica, até mesmo pelo posicionamento que o próprio STF já teve, e que agora se posiciona de forma contrária. Não se discute a função do STF em resguardar a Constituição Federal e impedir que se tenham posições divergentes entre os tribunais, uniformizando essa decisão para os órgãos inferiores do Poder Judiciário.

Postos e analisados todos os fatos desde a polêmica decisão do STF em fevereiro de 2016, a jurisprudência sobre a execução da pena privativa de liberdade, o artigo 283 do CPP e o princípio constitucional da presunção da inocência, tem-se um parecer geral sobre o tema. Admite-se agora a prisão em segunda instância, sem que haja o trânsito em julgado da decisão, realçado pela função do STF de última instância do Poder Judiciário e de guardião da Carta Magna Brasileira, uniformizando essa decisão para os demais tribunais.

O *Habeas Corpus* 126.292/SP foi marcante, tendo inclusive sua decisão revigorada por um posicionamento idêntico por parte do STF em decisões posteriores sobre o tema, como nas ADC (s) 43 e 44, movidas pelo Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da OAB, e ainda o Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, que manteve a decisão de execução da pena em segunda instância. Destaca-se que, recentemente, o Partido Ecológico Nacional desistiu da

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44

ação, tendo prosseguimento somente a ação movida pelo Conselho Federal da OAB. Nesse sentido Avena esclarece:

Posteriormente, em 05.10.2016, pronunciando-se acerca das liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB em relação ao art. 283 do CPP, o STF ratificou o entendimento adotado no julgamento do referido HC 126.292/SP, compreendendo, pela apertada maioria de 6 votos a 5, que o referido art. 283 não impede o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias. Mais recentemente, em 11.11.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP, o Plenário virtual do STF, novamente por maioria, reafirmou a mencionada orientação. Tratando-se, neste caso, de deliberação meritória realizada após reconhecimento da repercussão geral da matéria, a tese firmada pelo Excelso Pretório, doravante, deverá ser aplicada nos processos em curso nas instâncias inferiores³⁷.

Exauridas todas as vias de análise sobre a possibilidade de execução da pena em segunda instância, o STF é claro ao determinar que a presunção de inocência não é afetada por esse início de cumprimento da execução da pena, sem transitar em julgado a decisão, pondo fim a esse argumento aclamado pelos contrários a essa decisão.

Conclui-se que a discussão sobre a validade ou não dessa execução e a sua constitucionalidade sai do campo do Poder Judiciário, pois teve entendimento pela instância máxima, passando, portanto, para o campo doutrinário, mesmo com os posicionamentos e opiniões contrárias de reconhecidos doutrinadores de Processo Penal, Direito Penal e Direito Constitucional.

Interessou especificamente para este trabalho analisar a execução da pena privativa de liberdade e a discussão sobre o *habeas corpus* nº 126. 292 de São Paulo. Discussão que permite formar um convencimento acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução da pena condenatória em segunda instância, discutida sua constitucionalidade e desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

A decisão do Supremo Federal sobre o tema é o ponto máximo da discussão sobre a constitucionalidade da execução da pena em segunda instância sem observar o trânsito em julgado da decisão criminal, tendo como referência a opinião dos Ministros quando fundamentaram as suas posições e votos, decidindo a respeito do tema.

Mediante essa análise do caráter punitivista da execução da prisão em segunda instância, tem-se uma recorrente discussão acerca da legalidade dessa medida e da

³⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45

constitucionalidade dessa prisão, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, sob a égide da Constituição Federal. A discussão então passa da possibilidade de prisão em segunda instância, para se observar a satisfação da condenação depois de haver a condenação na primeira instância e a confirmação dessa condenação pela segunda instância, não havendo mais debate fático sobre o caso que se investiga e julga. O punitivismo, nessa ótica, se enquadra como foco central da justificativa para que se possa ter uma aplicação mais direta e pomposa da lei, respondendo de maneira mais rápida e estabelecendo um início de cumprimento de pena pelo criminoso, mesmo que ainda lhe reste possibilidades jurídicas quanto aos recursos a serem impetrados.

Permitir a prisão em segunda instância pode agregar um sentido punitivista à prisão, pois traz uma visão de satisfação do crime em decorrência da análise do caso em concreto, com a ratificação da punição pelo tribunal, refletindo no caráter criminoso do ato praticado³⁸.

Ao argumentos utilizados pelos que defendem a admissão da prisão em segunda instância permitem interpretar que, para estes, mediante uma efusiva polêmica acerca da criminalidade e da ausência de resposta congruente para o aumento criminal que expõe a sociedade, essa medida demonstraria para a sociedade a certeza de atuação do Estado³⁹.

Recentemente, esse tema do punitivismo a partir da segunda instância veio à discussão principalmente pela prisão do Presidente da República Brasileira por dois mandatos, Luís Inácio Lula da Silva, denunciado pela uma série de crimes e que teve sua prisão decretada, depois de analisados essa possibilidade pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁰. Nesse caso específico, viu-se uma cobrança social enorme, clamor social que tinha duas vertentes, de um lado defendia-se a prisão do ex- presidente, após a condenação em segunda instância e por outro lado, defendia-se que fosse esperado o trânsito em julgado da decisão, para que houvesse a prisão⁴¹.

Sendo assim, a situação dos estabelecimentos penais brasileiros afetaria diretamente na maneira como que essa prisão em segunda instância deve ser discutida e na

³⁸ STUCKERT, Ricardo. **Como conciliar a prisão em 2ª instância com o HC de Lula, por Luis Nassif**. Disponível em: < <https://jornalggn.com.br/noticia/como-conciliar-a-prisao-em-2%C2%AA-instancia-com-o-hc-de-lula-por-luis-nassif>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

³⁹ CARAM, Bernardo. **STJ manteve 'posição punitivista' e perdeu chance de 'evoluir', diz advogado de Lula**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/advogado-de-lula-diz-que-stj-manteve-posicao-punitivista-e-perdeu-chance-de-evoluir.ghtml>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

⁴⁰ Ibidem, 2018.

⁴¹ JESUS, Damásio Evangelista. **Porque o Direito Penal do Inimigo é perigoso**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/porque-o-direito-penal-do-inimigo-e-perigoso/16820>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

Cria-se, baseado no punitivismo, uma concepção de que é necessário encontrar o culpado e puní-lo de qualquer forma, quanto mais célere possível, o que pode ser concretizado com a prisão em segunda instância, que traz a noção de que a condenação já tenha surtido efeito, privando a liberdade do condenado antes do fim do processo⁴².

O punitivismo engendrado nessa aplicabilidade da prisão em segunda instância torna o tema ainda mais importante, pois encontra-se na debate popular e no entendimento leigo uma ótica compartilhada pelas redes sociais de que se faça justiça, dando ao criminoso uma punição forte e rápida⁴³.

Do mesmo modo, o direito penal do inimigo se enquadra nessa questão, especialmente quando este difunde a ideologia de se atribuir um tratamento diferenciado para uma conduta praticada ilícita pelo agente que está sendo julgado⁴⁴.

O próprio fato do desenvolvimento do agente criminoso já traria um tratamento diferenciado, pois este passaria a ser entendido de maneira diferente mediante as normas a serem aplicadas, ou seja, o direito penal do cidadão seria substituído pelo direito penal do inimigo, que por ser considerado um inimigo da sociedade teria um tratamento mais ríspido.

O Direito Processual Penal Brasileiro observa normas processuais e especiais, incorporando princípios específicos do Processo Penal e advindos da Constituição Federal, obedecendo, entre outros, o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa. Marcão aduz a respeito do assunto:

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, conforme anuncia o art. 1º da Lei de Execução Penal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico⁴⁵.

Depois de transcorrido todo processo de conhecimento e de se proferir a sentença, dá-se início à fase de execução da pena com o trânsito em julgado dessa decisão judicial. A fase

⁴² STUCKERT, Ricardo. **Como conciliar a prisão em 2ª instância com o HC de Lula, por Luis Nassif**. Disponível em: < <https://jornalggn.com.br/noticia/como-conciliar-a-prisao-em-2%C2%AA-instancia-com-o-hc-de-lula-por-luis-nassif>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

⁴³ CARAM, Bernardo. **STJ manteve 'posição punitivista' e perdeu chance de 'evoluir', diz advogado de Lula**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/advogado-de-lula-diz-que-stj-manteve-posicao-punitivista-e-perdeu-chance-de-evoluir.ghtml>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

⁴⁴ Ibidem, 2018.

⁴⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 26.

de execução da pena é quando se fará o cumprimento da pena de multa, pena restritiva de direito ou a pena restritiva de liberdade.

São duas fases distintas, mas consecutivas, pois a sentença proferida tem que ser executada, seguindo a Lei de Execuções Penais, fazendo-se efetivar a decisão do juiz após o julgamento do réu e a consequente condenação deste por um ato ilícito praticado. Sobre a execução penal Marcão afirma que:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria *mista* ou *ecclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar⁴⁶.

O desenvolvimento de uma visão humanista atenta para o caráter de reintegração do condenado desde a fase inicial da execução da pena, devendo este ser preparado para a reintegração na sociedade para que possa ser recolocado no convívio social depois de executada a pena.

A partir do exposto, esta pesquisa permitiu evidenciar que a execução provisória da pena, realçada pela posição do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126. 292 de São Paulo, ganha um escopo pautado na manutenção do punitivismo, ou seja, na manifestação do ideal punitivista de controle da sociedade.

Nesse sentido, a garantia da possibilidade de prisão após a discussão em segunda instância reforça o entendimento punitivista ao dar à sociedade o sentido de uma resposta mais célere, mais rápida à punição do infrator penal, trazendo a execução de pena antes do final dos recursos possíveis de serem aplicadas, sem o trânsito em julgado.

CONCLUSÃO

A existência de três penas privativas de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro traz uma possibilidade de discussão sobre a validade e eficácia dessas penas. Nesse contexto, as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multa são avaliadas quanto à sua funcionalidade e assim sejam questionadas à medida que não se tem os objetivos alcançados.

A pesquisa que deu origem à este artigo apresentou uma questão referente às penas privativas de liberdade, especialmente no tocante à execução da pena em segunda instância,

⁴⁶ Ibidem, p. 26

admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Esta pesquisa permitiu explicitar que as penas privativas de liberdade ao serem destinadas àqueles crimes que possuem uma nocividade maior, requisitam que o infrator penal tenha uma pena mais severa, implementada pelo Estado, que seja recluso para cumprimento da pena estabelecida e sem o contato social, visto a ameaça que este representa para a sociedade, restringindo-se assim sua liberdade. Ficou evidenciado, ainda, que atualmente as penas privativas de liberdade constituem um sistema de pena bastante debatido, especialmente quanto à sua eficácia.

O desenvolvimento de uma visão humanista de aplicação da pena tem se esbarrado ultimamente na valorização do punitivismo, entendido como meio mais eficiente de controle social, pela própria sociedade, que passa a entender essa ideologia como solução, em decorrência da necessidade de se aplicar penas mais severas aos crimes praticados.

O crescimento da criminalidade no meio social tende a aumentar a concepção social de ideologias como punitivismo e o direito penal do inimigo, expressa na forma como as pessoas têm se posicionado sobre determinados assuntos em redes sociais e na mídia, deixando a omissão de lado quanto às ocorrências criminosos e partindo para uma formação de opinião pautada em ideais impregnados pela tentativa de criar medidas mais severas e partindo para uma cobrança por punições cada vez mais fortes e rápidas.

Dois conceitos passam a ser discutidos dentro dessa ótica, o punitivismo e o direito penal do inimigo, como formas da sociedade cobrar uma maior efetividade estatal no cumprimento das leis e no combate à criminalidade, fazendo com que os criminosos tenham a ciência que responderão pelos crimes praticados.

Essa severidade imposta pelo punitivismo seria a forma do Estado responder à sociedade, chegando as pessoas ao entendimento de que dar ao infrator penal uma pena mais severa seria a forma ideal de se mostrar a ele que a prática criminosa foi respondida na medida correta, causando-lhe um sofrimento maior no cumprimento da pena.

O direito penal do inimigo reforça essa ideia, com a formação de uma diferenciação entre a aplicabilidade das penas de acordo com a conduta das pessoas, onde se teria um direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, sendo este último voltado para aquele que não se enquadrar dentro das normas.

O Supremo Tribunal Federal ao se posicionar e, de acordo com o voto dos Ministros, defender a execução provisória da pena através da análise do *Habeas Corpus* nº 126.292 de São Paulo, veio a reforçar os ideias punitivistas, visto que, até então, somente poder-se-ia iniciar a execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida pelo juiz.

Em suma, compreende-se que o punitivismo está presente na decisão do HC nº 126.1292/SP, como penas mais severas, associado a isso, a decisão do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a possibilidade de prisão em segunda instância veio a reforçar esse caráter punitivista. Além disso, o que merece mais reflexão por parte do judiciário brasileiro é que essa decisão contribuiu para reforçar o caráter punitivista da pena, pois instaurou-se uma chance das penas serem cumpridas bem mais cedo, e por réus que podem ser perfeitamente inocentes, não havendo um prolongamento para sua execução, durante a fase recursal, esperando portanto o trânsito em julgado da sentença. O que prevalece é a punição do réu e não a reeducação e a reintegração desse indivíduo na sociedade. Nesse sentido, a presunção de inocência presente no texto constitucional estaria violada, tomando por base a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, pois ficou definido pelo *habeas corpus* em questão que as penas possam ser executadas sem que haja o trânsito em julgado da decisão proferida pelo juiz, causando uma inaplicabilidade da previsão legal trazida pelas normas brasileiras quanto ao momento correto de início de cumprimento da pena.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 08 de jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARAM, Bernardo. **STJ manteve 'posição punitivista' e perdeu chance de 'evoluir', diz advogado de Lula**. Disponível em:< <https://g1.globo.com/politica/noticia/advogado-de-lula-diz-que-stj-manteve-posicao-punitivista-e-perdeu-chance-de-evoluir.ghtml>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal no inimigo**: noções e críticas / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JESUS, Damásio Evangelista. **Porque o Direito Penal do Inimigo é perigoso**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/porque-o-direito-penal-do-inimigo-e-perigoso/16820>>. Acesso em 14 de jun. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 890.

MANNHEIM, K. **Sociologia Sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia**. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1971.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PASTANA, Debora Regina. **Os contornos do Estado punitivo no Brasil**. Revista da AJURIS, a. 34, n. 75, dez. 2007.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. JusPODIVM, Salvador, 2016.

STUCKERT, Ricardo. **Como conciliar a prisão em 2ª instância com o HC de Lula, por Luis Nassif**. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/como-conciliar-a-prisao-em-2%C2%AA-instancia-com-o-hc-de-lula-por-luis-nassif>>. Acesso em 14 de jun. 2018.