

## Porciúncula: Execução antecipada da pena é algo inconcebível

Em um interessante e fecundo debate ocorrido na década de 90, na Universidade de Cambridge, acerca da existência ou não de critérios de interpretação, o conhecido filósofo pragmatista Richard Rorty sustentava que podemos, por exemplo, interpretar uma chave de fenda como uma ferramenta para apertar parafusos, mas que também seria legítimo vê-la como um instrumento para abrir pacotes, ou até mesmo como algo útil para higienizar os ouvidos. Na intervenção que se seguiu, Umberto Eco, por sua vez, observava, na linha de um realismo negativo[1], que uma chave de fenda pode servir para vários propósitos, mas que certamente não seria “aconselhável” interpretá-la como algo que pudesse ser introduzido no canal auricular, por se tratar de um objeto pontiagudo; melhor seria utilizar um cotonete, arrematava Eco com sua fina ironia[2]. Eco tinha toda razão: há algo na anatomia do nosso corpo e na estrutura física de uma chave de fenda que não nos permite interpretá-la de qualquer forma.

Pode-se interpretar muito, pode-se interpretar sempre, mas não se pode interpretar infinitamente. Existem limites. Há interpretações inaceitáveis. Nas palavras de Eco: “há interpretações que não são admitidas pelo objeto a ser interpretado”[3]. O construtivista radical imagina que a realidade seja dócil e facilmente manipulável para se ajustar aos seus esquemas conceituais, esquecendo-se, entretanto, que, com certa frequência, ela resiste e simplesmente diz: não![4]. Façamos agora um *Gedankenexperiment*: vamos imaginar que eu resolva pintar num muro (por meio da conhecida técnica artística de *trompe-l'oeil*) uma imagem que representa muito realisticamente uma porta aberta. Posso interpretar essa imagem como um artifício para enganar alguém, como uma representação com finalidade estética etc. Entretanto, não posso interpretar tal imagem como uma porta autêntica, pois, se tento atravessá-la, deparo-me com um muro, e o meu nariz sangrando mostrará que a minha interpretação é equivocada[5].

Pois bem. Com o presente trabalho, pretendo justamente sustentar que o Supremo Tribunal Federal, ao admitir que um cidadão possa cumprir pena logo após a decisão condenatória em segundo grau (e, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), incorreu numa evidentíssima interpretação aberrante. Isso porque uma execução antecipada da pena é algo inconcebível. Em outras palavras: o objeto a ser interpretado (a pena) resiste à noção de execução “antecipada” ou “provisória”. É o que se passa a demonstrar.

**Algumas considerações preliminares sobre os fins da pena num Estado Democrático de Direito**  
Ao longo da história, diversas teorias foram elaboradas acerca da função da pena. Elas costumam ser alocadas em três grandes grupos, a saber: (a) teorias absolutas ou retributivas da pena; (b) teorias relativas da pena, podendo-se aqui mencionar as teorias da prevenção geral (negativa e positiva) e as teorias da prevenção especial (negativa e positiva); e, finalmente, (c) teorias ecléticas ou unificadoras, que trabalham com uma combinação das concepções anteriores[6]. O art. 59 do CP adotou claramente uma concepção eclética da pena[7]. Evidentemente, uma simples soma desses fins contraditórios seria insatisfatória ou mesmo contraproducente. Assim, cabe à jurisprudência e, em especial, à doutrina conjugar dialeticamente os fins de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Nessa linha dialética, e fazendo-se uma leitura constitucional do referido dispositivo, pode-se sustentar que a pena deve servir a finalidades de prevenção geral[8] e prevenção especial[9], tendo por limite, entretanto, a culpabilidade do sujeito. Do contrário, estar-se-ia tratando um ser humano como um “meio para um fim” (isto é, como um objeto) e não como um “fim em si mesmo”, o que certamente atentaria contra a sua

dignidade[10] (art. 1º, III da CF). Note-se bem: embora a pena não possa ultrapassar a medida da culpabilidade do sujeito, necessidades preventivas podem permitir que ela seja fixada aquém desse limite. Somente uma tal concepção, que concilia dialeticamente justiça e utilidade, poderá reforçar a confiança dos cidadãos na inviolabilidade do ordenamento jurídico e terá a capacidade de oferecer àquele que praticou um fato punível alternativas ao seu comportamento[11].

### Execução “antecipada” da pena?

Um dos argumentos utilizados para sustentar a execução antecipada da pena (aquele que aqui nos interessa, por fazer considerações a respeito das necessidades de prevenção geral e especial) estrutura-se da seguinte forma: a presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF) seria um princípio (e não uma regra), podendo-se, portanto, aplicá-lo em maior ou menor grau de intensidade quando ponderado com outros princípios; nas hipóteses de condenação em segundo grau, o princípio da presunção de inocência adquiriria menor peso ao ser ponderado com o interesse na efetividade da lei penal. Transcrevo excerto do voto do eminente Min. Barroso no HC 126.292/SP que expressa justamente essa ótica:

“23. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência (...)

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) (...)

25. (...) com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal (...)”.

Não quero aqui tecer considerações críticas acerca da proporcionalidade como critério de solução de conflitos entre direitos fundamentais[12]. Gostaria apenas de demonstrar que, na realidade, tal critério não autoriza a execução antecipada da pena. Como se sabe, o critério da proporcionalidade lato sensu é composto pelos subcritérios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade stricto sensu: uma restrição a um direito fundamental somente será admissível se for idônea, é dizer, se tiver a capacidade de alcançar o objetivo perseguido; se for necessária, é dizer, se não houver nenhum meio menos gravoso e igualmente eficaz para tanto; e se for proporcional em sentido estrito, ou seja, se o benefício por ela pretendido for maior que o custo que resulta da intromissão no direito fundamental[13]. Pois bem. Com a devida vênia, não é preciso nenhum *sacrificium intellectus* para que se perceba que a linha argumentativa desenvolvida pelo eminente ministro Barroso é falha. Senão vejamos.

(A) No que concerne ao subcritério de idoneidade, observe-se, inicialmente, que ele pressupõe a fixação de um propósito legítimo, é dizer, de um propósito que conta com a autorização da Constituição. Muito bem. Note-se que o eminente Ministro Barroso fixa como propósito legítimo da intervenção na área de proteção do princípio da presunção de inocência “a efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) (...)”. Ocorre que a CF não faz menção alguma a finalidades de prevenção geral ou especial, de modo que rigorosamente não seria possível considerá-las como propósitos legítimos. A nossa Carta Magna contém exclusivamente, por assim dizer, um “conceito negativo de pena”, proibindo a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e penas cruéis. Apenas o art. 59 do CP refere-se aos fins de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Aí já

---

temos um problema que afeta gravemente o exame da idoneidade. Mas não é somente isso: a idoneidade de um meio para alcançar um propósito legítimo depende de uma conexão empiricamente comprovável entre ambos[14]. Ocorre que, em seu voto, o eminente ministro Barroso parte de uma hipótese que carece de comprovação empírica, qual seja, a de que a execução antecipada da pena possui a capacidade de fomentar os fins de prevenção geral e especial. Em suma: não é possível asseverar que a execução antecipada da pena é idônea para alcançar efeitos preventivos, por absoluta ausência de base empírica para tanto.

Independentemente de dados empíricos, e num mero exercício de elucubração, seria logicamente coerente sustentar que a execução antecipada da pena em nada contribui para fins de prevenção geral ou especial. A execução antecipada da pena não será capaz de reforçar a confiança dos cidadãos no sistema de justiça criminal (prevenção geral positiva). Com efeito, in the long run, impactará negativamente a consciência coletiva o fato de que alguns indivíduos condenados em segundo grau acabaram por ser absolvidos no STJ ou mesmo no STF, e que, portanto, sofreram uma punição injusta. Isso inevitavelmente produzirá um sentimento geral de consternação e profundo descrédito nas instituições. Ainda que sejam poucos os casos de reversibilidade da condenação em segundo grau, como demonstram as estatísticas, eles seguramente terão força suficiente para causar uma impressão generalizada de arbitrariedade e insegurança. Qualquer sensação de impunidade dará lugar a um sentimento de iniquidade.

Ademais, seria impossível pretender alcançar qualquer finalidade de ressocialização (prevenção especial positiva) por meio da execução antecipada da pena. Como se sabe, uma pena que pretenda oferecer ao autor de um fato punível alternativas ao seu comportamento somente poderá ter alguma eficácia, por óbvio, se contar com a sua cooperação. Uma socialização forçosa não somente violaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como também seria ineficaz. E o que dizer então de uma execução antecipada da pena? Ora, ainda que o sujeito tenha sido condenado em segundo grau, indubitavelmente conservará a esperança na reversibilidade de sua situação no STJ ou no STF (por menores que sejam as chances de isso ocorrer!), de forma que seria impossível contar com a sua cooperação para fins de ressocialização. Em suma: a execução antecipada da pena apresenta-se como uma estratégia absolutamente ineficaz para realizar a função de prevenção especial positiva.

Parece indubitável que a execução provisória da pena já esbarra no subcritério da idoneidade. De qualquer sorte, mesmo que se pudesse considerar que a execução provisória da pena constitui um meio idôneo para atingir fins de prevenção geral e especial, o que se admite apenas para argumentar, o certo é que ela não resistira aos subcritérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

(B) No que se refere ao subcritério da necessidade, não se encontra no voto qualquer reflexão, por mínima que seja, acerca da existência ou não de meios menos gravosos para se alcançar (com a mesma eficácia) o propósito pretendido. Simplesmente, pressupõe-se o que se deveria demonstrar.

(C) No que diz respeito ao critério da proporcionalidade stricto sensu, parece-me bastante problemático concluir que a efetividade do sistema penal teria um peso maior do que a presunção de inocência. Ora, a presunção de inocência é a mais lídima expressão da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF)[15]. É importante observar que a CF, ao agasalhar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, fez uma opção essencial acerca da justificação do próprio Estado, reconhecendo que este existe em função da pessoa humana, e não o contrário[16]. Note-

---

se também que a dignidade da pessoa humana não consta “comodamente” no rol das garantias fundamentais, tendo sido elevada, insista-se, à condição máxima de fundamento do Estado Democrático de Direito<sup>[17]</sup>. A dignidade da pessoa humana alcança, assim, em nossa Carta Maior, a excelsa categoria de valor jurídico supremo.

---

<sup>1</sup> Cfr. Eco, Di un realismo negativo in De Caro/Ferraris (edts.), Bentornata Realtà. Il nuovo realismo in discussione, Torino, 2012, págs. 93 e ss. Sobre os diversos tipos de realismo (inclusive o negativo), cfr. a impressionante coletânea de artigos coordenada por Markus Gabriel, Der Neue Realismus, Berlin, 2014, em especial o trabalho do próprio Eco intitulado Gesten der Zurückweisung. Über den Neuen Realismus (págs. 33 e ss.).

<sup>2</sup> Eco, Reply in Collini (edt.), Interpretation and Overinterpretation, Cambridge, 1992, págs. 145 e ss.

<sup>3</sup> Eco, Di un realismo negativo, pág. 105.

<sup>4</sup> Cfr. Ferraris, Realismo Positivo, Torino, 2013, pág. 21.

<sup>5</sup> O exemplo é de Eco, Di un realismo negativo, págs. 93 e ss.

<sup>6</sup> Para uma análise detalhada dessas teorias cfr., por exemplo, Roxin, Strafrecht. AT I, 4ª ed., München, 2006, § 3/1 e ss.; Jakobs, Strafrecht. AT, 2ª ed., Berlin/New York, 1993, § 1/1 e ss.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5ª ed., Berlin, 1996, págs. 63 e ss.; Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Berlin, 2009, em especial, págs. 274 e ss.; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe, Berlin, 2004, passim.

<sup>7</sup> Cfr. Tavares, A situação carcerária no Brasil in Tavares/Prado, O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito, Florianópolis, 2016, págs. 213 e ss.; Martinelli/de Bem, Lições fundamentais de Direito Penal, 3ª ed., São Paulo, 2018, pág. 714.

<sup>8</sup> Não se deve pretender que a pena alcance a finalidade de prevenção geral por meio da simples ameaça ou intimidação (prevenção geral negativa). Isso seria, para tomar uma conhecida crítica de Hegel a Feuerbach (Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1821, § 99), tratar um cidadão como um cão contra o qual se levanta uma vara, e não como um ser livre. Num Estado Democrático de Direito, a prevenção geral somente pode ser exercida através da reafirmação das convicções jurídicas fundamentais da sociedade (prevenção geral positiva). Realmente, um Estado que consagra como valores primordiais a dignidade do ser humano, a liberdade, a justiça etc., não pode tratar de prevenir delitos mediante uma contínua e desenfreada ameaça aos seus cidadãos.

[9](#) O art. 1º da LEP fala claramente em ressocialização (prevenção geral positiva).

[10](#) Esta é a clássica objeção de Kant às teorias utilitárias da pena, *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg, 1797, págs. 453 e ss.

[11](#) Adoto, portanto, a teoria dialética unificadora de Roxin, *Strafrecht. AT I*, § 3/33 e ss.

[12](#) Cfr., por exemplo, Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4ª ed., Frankfurt a. M., 1994, págs. 309 e ss.

[13](#) Cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1985, págs. 100 e ss.; Clerico, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, 2001, *passim*.

[14](#) Cfr. Dimoulis/Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo, 2012, págs. 194 e ss.

[15](#) Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, 2005, pág. 368.

[16](#) Sarlet, *Comentários ao art. 1º, III in Canotilho/Mendes/Sarlet/Streck (Coords.), Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 2013, pág. 124.

[17](#) Sarlet, *Comentários ao art. 1º, III*, págs. 124-125.

**Date Created**

26/08/2018