

O DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL: PRÓS E CONTRAS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

José Carlos de Campos Sobrinho¹

Prof. Ma. Clarissa Chagas Sanches Monassa²

Trabalho de Conclusão de Curso³

RESUMO

Atualmente no Brasil, segundo julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades (ADCs) nº. 43, 44 e 54 no ano de 2019, aqueles condenados a sentença privativa de liberdade já em segunda instância poderão aguardar esgotamento dos recursos cabíveis em liberdade, até o trânsito em julgado da ação, fato que viola os preceitos do razoável e da justiça social, assim, têm-se como objetivo observar o conceito de Justiça Social e como o direito pode ser instrumento para aplicação da mesma no caso da prisão em segunda instância, por meio da pesquisa qualitativa buscando o cabimento do conceito de Justiça Social sobre a temática, através de pesquisa básica explicativa, utilizando bibliografia, estudo de casos e pesquisa documental. Concluindo que a Justiça Social se expressa pela soberania popular exercida por sufrágio universal e pelo voto direto, de modo que o cumprimento da pena pelo réu anos após a condenação, além de ir contra a própria Carta Magna é alheia aos princípios doutrinários, sendo necessária a aplicação da pena imediatamente após julgamento em segunda instância, observado o interesse popular e o bem estar social defronte os interesses do apenado.

Palavras-chave: Justiça Social, Prisão, Segunda Instância.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1 PRISÃO APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL, 1.1 Efeitos positivos da vedação a Prisão em Segunda Instância 1.2 Efeitos negativos da vedação a

¹ Aluno do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Professora. Ma. Clarissa Chagas Sanches Monassa

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Prisão em Segunda Instância, 2 PARÂMETROS DE JUSTIÇA SOCIAL NO BRASIL, 2.1 Aplicabilidade da Justiça Social no Caso Concreto, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro delimita no art. 283 do Código de Processo Penal que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”, no mesmo sentido é o artigo 5º, inciso LVII da CF/88 onde se determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Veja-se, a estrutura processual penal brasileira inicia-se mediante a fase de investigação promovida pelos órgãos entabulados no artigo 144 da Constituição Federal (polícia judiciária) sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal, momento em que os fatos são apurados;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital

Logo, o artigo 4 do Código de Processo Penal, determina o inquérito policial como atividade específica da polícia judiciária, isto é, Polícia Civil (âmbito da Justiça Estadual) e Polícia Federal (Justiça Federal), tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria.

Determinada como fase pré-processual. Trata-se de procedimento que apura cabal e completamente os esclarecimentos do caso penal, dirigindo-se à formação do convencimento do responsável pela acusação.

Nesta fase, o juiz é totalmente alheio à qualidade da prova. Intervindo somente nos casos de violações ou ameaças de lesões a direitos e garantias das partes.

Com o encerramento da referida fase, inicia-se a fase processual, onde os acusados tem garantidos o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, conforme expresso no artigo 5º, incisos LIV e LV:

Art. 5º: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

E após analisado todo conjunto processual, é exarada sentença penal condenatória, contando precipuamente com a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados, conforme rol do artigo 381 do CPP:

Art. 381. A sentença conterà:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

Entretanto, de acordo com o recente entendimento das ADCs 43, 44 e 54, o condenado não poderá cumprir pena em prisão até condenação transitada em julgado, incluindo a decisão em segunda instância e demais recursos extraordinários.

Nessa toada, segundo Brian Barry, têm-se justiça social como “um atributo das instituições que, no seu conjunto determinam o acesso ou sua possibilidade, da coletividade, aos recursos que são meios para a satisfação dos desígnios de uma consciência coletiva” (BARRY, 1979. p.146).

Assim, conforme explanado pela autora Argelina Cheibub Figueiredo, o conceito se relaciona com a maneira segundo a qual benefícios e encargos, ganhos e perdas são distribuídos entre os membros de uma sociedade, como resultado do funcionamento de suas instituições: sistemas de propriedade, organizações públicas e afins, e é neste ponto que se relaciona com a possibilidade ou não de prisão em segunda instância no Brasil (FIGUEIREDO, 1997).

De uma ótica normativista, a justiça social, expressa-se na vontade do povo e sua soberania, delimita o alcance de nossas ações na sociedade civil. Todavia, como bem sabemos, as leis consideradas “justas” podem tornar-se “injustas” diante das constantes mudanças no

ordenamento jurídico e nas decisões com força de lei, expressas por aqueles que não representam o povo.

O tema está contemplado, sobretudo, no artigo 193 na Carta Magna, onde os preceitos da ordem social e da participação da sociedade dão significado ao princípio da justiça social, conforme estampado no texto normativo:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.

Logo, a prisão em segunda instância apresenta-se como meio para efetivação de tais direitos sociais, positivados na Constituição Brasileira de 1988, visto que, consagra o que se tem por justo no meio social, na figura do cumprimento da pena imposta, como corrobora o art. 283 do Código de Processo Penal, quando estabelece a prisão decretada após sentença penal, muito embora ainda passível de recurso

Em virtude do que foi mencionado, a presente pesquisa se mostra relevante ao analisar o atual entendimento sobre prisão em segunda instância aliado ao conceito de Justiça Social e como o direito pode ser instrumento para aplicação da mesma no caso concreto.

Dessa forma, aplica-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, com pesquisas bibliográficas, voltadas na análise de livros e artigos.

1. PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL

Inicialmente, salienta-se que não existe vedação expressa na Constituição Federal quanto a possibilidade de prisão do réu após confirmação da pena por órgão colegiado, sendo garantido o devido processo legal, conforme estampado no art. 5º, inciso LIV da CF/88 "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Já o artigo 283 do Código de Processo Penal, delimita as condições para a prisão, entretanto, o termo “trânsito em julgado” poderia ser considerado ao final do julgamento de segunda instância ou após esgotamento das possibilidades de recurso, veja-se: “ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da

autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

De outro giro, dada a controvérsia entre as interpretações quanto a possibilidade ou não do início do cumprimento de pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, em 2009 a pauta chegou ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.078/MG o Min. Eros Grau determinou que o trânsito em julgado engloba todas as fases processuais, incluindo recursais de natureza extraordinária, podendo o réu aguardar em liberdade enquanto tramitarem os recursos.

Desde então, o assunto manteve-se em outros debates no Supremo Tribunal Federal, A exemplo do HC 126.292/SP, relatado pelo Min. Teori Zavascki, julgado em 2016, onde se alterou o entendimento da Corte, determinando a possibilidade de prisão em segunda instância, prevalecendo tal entendimento até o julgamento do HC 152.752/PR, em 2018, relatado pelo Min. Edson Fachin, conhecido como caso LULA.

No entanto, o ultimo entendimento consolidado quanto ao tema, diz respeito ao julgamento das três Ações Declaratórias de Constitucionalidades (ADCs) nº. 43, 44 e 54. Onde por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação da prisão em segunda instância, permitindo novamente a impetração de recurso enquanto se aguarda em liberdade.

1.1. Efeitos positivos da vedação a Prisão em Segunda Instância

Considerando que a pena privativa de liberdade possui uma função social, podemos relacionar como positivo o seu imediato cumprimento após julgamento em segunda instância, considerando a reflexão de Cesar Roberto Bitencourt sobre aplicabilidade da pena, pois além da função em si, o réu pode ser ressocializado o quanto antes a sociedade:

quem não cumpre as disposições legais não merece a cidadania. Nesse sentido, é dever do soberano punir quem infringe a lei. Kant entendeu a lei como um imperativo categórico, ou seja, como o mandamento que representa uma ação em si mesma sem referência a qualquer outro propósito, como objetivamente necessário
(BITENCOURT, 2017. p. 145)

Ainda, na visão de Hegel, a aplicação da pena se dá para restaurar a ordem jurídica, representada pela vontade da sociedade, e não puramente para causar mal a um criminoso, esclarece Denis Rosenfield acerca da teoria de Hegel.

a repressão que se abate sobre o criminoso, da qual resultará a pena, é considerada por Hegel um ato de justiça, produto das instâncias jurídicas, do Estado, que preserva, assim, a vontade de todos os cidadãos. Ele não age, bem entendido, como instância particular, porém como instância universal, como expressão da vontade geral, que, por este intermédio, atua conforme àquilo que lhe é de direito, sob pena de não exercer a sua função própria, a finalidade segundo a qual existe. No corpo da vítima foram atingidos o Estado e a liberdade de cada um dos seus membros. Na punição e na pena, o criminoso é tratado como ser racional, numa espécie de 'boa circularidade', isto é, a lei é posta por esta ação, a lei é reconhecida nesta ação, e se isto não ocorrer é a própria efetividade da lei e, por seu intermédio, do Estado que está em questão. (ROSENFELD. 2000, p. 192)

Dessa maneira, além da restauração da ordem jurídica, a imediata execução da pena promove a justiça de forma razoável, reduzindo os casos de impunidade, tendo em vistas os casos citados no julgado das (ADCs) nº. 43, 44 e 54, onde salientou-se que eram recorrentes os casos de prescrição e mora no cumprimento da pena, tendo em vista a morosidade e impetração de diversos recursos protelatórios, facilitados pelo entendimento anterior que durou de 2009 até 2016:

(...)O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Há o suplente de deputado federal que contratou pistoleiros para matar a titular e tomar a sua vaga, que só foi preso treze anos depois; o caso dos assassinos da missionária Dorothy Stang, morta em 2005, que só foram cumprir a pena agora, dias atrás, em 2019; o caso do propinoduto do Rio de Janeiro, ocorrido entre 1999 e 2002, cuja pena só veio a ser executada em 2018; o caso que motivou a virada jurisprudencial em 2009 - uma tentativa de homicídio praticada em 1991, que, com a decisão do Supremo, prescreveu em 2012, sem trânsito em julgado. São tantos os casos! Eu até mandei fazer mais uma pesquisa. Aí vem a chacina de Unai, em que quatro servidores do Ministério do Trabalho foram assassinados em 2004, e, só em 2019, conseguiu-se prender finalmente os acusados. Por essas razões, pela injustiça que passeava impunemente pelos tribunais brasileiros, o Supremo, em boa hora, mudou esta jurisprudência, em 2016, por sete votos a quatro, em uma votação expressiva(...). (BRASIL, STF. ADC 43, 2019, p.108)

Por fim, há de se falar da restauração da ordem social, uma vez que a referida decisão judicial que alterou o entendimento de 2016 foi rechaçada pelos cidadãos brasileiros, demonstrando extremo descontentamento com a medida adotada pelos Ministros, havendo uma onda massiva de protestos por todo território nacional, segundo matéria do G1 no ano de 2019. (G1, 2019).

1.2. Efeitos Negativos da vedação a Prisão em Segunda Instância

Referente os aspectos negativos a prisão em segunda instância, o primeiro corresponde a ofensa ao princípio da presunção de inocência, mencionado pelos Ministros que derrubaram o entendimento anterior durante o voto da (ADCs) nº. 43, 44 e 54.

O princípio mencionado está previsto no artigo 5º do inciso LVII da Constituição Federal de 1988, delimitando que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, no mesmo sentido do doutrinador Paulo Rangel:

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. (RANGEL, 2019, p. 24).

Na concepção de Aury Lopes Júnior, o referido princípio é funda-se em três critérios basilares, ocasionando garantias para o apenado:

a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal. b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual). c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficiente demonstrada. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 228).

Basicamente, entendem que a presunção de inocência se dá até a possibilidade final de recurso, portanto, considerar a condenação em segundo grau como trânsito em julgado violaria tal garantia constitucional, tendo em vista que mesmo sem reexaminar provas, as instâncias superiores verificarão somente a violação de legislação federal ou constitucional, vez que o réu pode obter benefícios ou absolvição nos recursos posteriores a condenação.

Portanto, a presunção da inocência, bem como, seu princípio decorrente “in dubio pro réu” onde o julgador só condena quando possui total certeza da culpabilidade do réu, representam que a liberdade é bem jurídico a ser priorizado, como mencionado por Gustavo Britta Scandelari “a presunção de inocência se une a garantia da liberdade” (SCANDELARI, 2008, p. 411).

Outro aspecto que pode ter um efeito negativo atinente a prisão em segundo grau é a relativização dos direitos fundamentais, de modo que o ativismo mesmo buscando “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito” (Luís Roberto Barroso, 2009, p. 77), tal medida é vista negativamente pela sociedade, como prejudicial ao regime jurídico, pelo poder judiciário não possuir legitimidade para legislar, ofendendo a estrutura de poder já estabelecida e ocasionando insegurança jurídica, onde o povo é o soberano e legisla indiretamente através de seus representantes eleitos.

Por fim, a reprovação social, como demonstrado acima enfraquece a credibilidade do órgão julgador.

2. PARÂMETROS DE JUSTIÇA SOCIAL NO BRASIL

No que concerne a justiça social, é preciso elucidar alguns conceitos de justiça antes de adentrar especificamente ao tema, de acordo com Roberto Armando Ramos de Aguiar, “a justiça não tem neutralidade, é comprometida, não é mediana e sim de extremos. Inexiste justiça que sobeje os conflitos, só existe justiça comprometida com estes” (AGUIAR, 1982, p. 18, 52, 62).

Ainda nesse sentido, entende-se justiça como dever-ser:

A justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos. Podendo também ser o dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico.

Assim, a palavra justiça abarca várias significações. Mas o mais correto seria dizer que realidades opostas, contraditórias e conflitivas usam da mesma palavra para exprimir seus projetos e suas justificações, já que, sob o mesmo nome de justiça, encontramos concepções que se contradizem, que se anulam, não podendo nunca subsistir juntas, por representarem polos em conflito ao nível de infra e superestrutura.

Dáí, a justiça de um dos polos significar injustiça para o outro. Isso ainda suscita uma questão mais grave: a necessidade de uma opção nossa por uma ou outra concepção de justiça, (...).

(AGUIAR, 1982, p. 17).

Contribuindo para o tema, Amilton Bueno de Carvalho aduz que a justiça sempre é ligada ao contexto social e econômico de determinado local e época, por isso sempre está se alterando:

A justiça só existe no processo histórico, é um valor relativo a ser extraído a partir da realidade vigente. Não pode estar acima ou fora das circunstâncias

sociais e econômicas vividas pelo povo em dado lugar, em determinado momento. Do cotejo desses fatos é que se pode afirmar se determinado comportamento é ou não justo. Em dada época matar alguém era justo (Juizes de Deus, na Idade Média). Em determinados locais ter a mulher como objeto é tido como justo.

(CARVALHO, 1992, p. 26-27).

De uma visão clássica, o filósofo Lucius Sêneca relaciona justiça como única virtude presente na sociedade, presente como meta do Direito (SÊNECA, 1991, p. 9).

De outro giro, para Rudolf Von Ihering, a definição de justiça encontra-se “na garantia de condição de subsistência da sociedade, cuja manutenção é feita pelo Poder Público mediante força, representado pelas normas que determinam o comportamento humano proporcionando harmonia à coletividade. (IHERING, 2001, p. 42-43).

Já a definição de justiça social utilizada no Brasil e positivada na CF/88, tem sua gênese no conceito de justiça geral tecido por Aristóteles que “objetivava determinar as ações devidas à comunidade”, posteriormente desenvolvida por Tomás de Aquino com o nome de justiça legal “objetivando dar a cada um o que é seu em consideração ao bem comum” (BARZOTTO, 2003).

Passando ainda por dois períodos até chegar ao conceito contemporâneo, primeiro por influência dos autores tomistas do século XIX, em especial Louis Taparelli d’Azeglio, emergindo a definição, “A justiça social é para nós a justiça entre homem homem.”, sendo considerando “homem” aqueles dotados de humanidade, estabelecendo assim o conceito de justiça social para uma sociedade de iguais. (TAPARELLI, 1840, p. 183).

Logo, o segundo conceito parte da tradição aristotélica-tomista, com raízes na doutrina da igreja, principalmente quanto aos artigos constantes na CF/88 que versam sobre o tema, “caput do art. 170 e no art. 193” (FERRAZ JR, 1989, p. 53), onde se delimitam as relações do indivíduo com a coletividade, regulando então as relações dos indivíduos entre si, visando diretamente o bem comum do todo (BARZOTTO, 2003).

Dessa forma, o princípio da justiça social pode ser visto de duas formas: uma relacionada à ordem econômica, que enfatiza a valorização do trabalho humano e da livre empresa, e outra relacionada à ordem social.

A análise de Horácio Wanderlei Rodrigues, define justiça social como aquela reivindicada pela sociedade (RODRIGUES, 1993, p. 154), incluindo ainda:

(...) a realização da justiça social, vista como a concretização do desejo da coletividade (comunidade ou sociedade) relativamente a uma situação específica, situada espacial e temporalmente, levando em consideração a minimização das diferenças.
(RODRIGUES, 1993, p. 222).

Assim, vê-se que os conceitos de justiça e justiça social no Brasil sofrem influência direta do Tomismo, dada sua evolução histórica, como se vê positivado na Carta Magna.

2.1. Aplicabilidade da Justiça Social no Caso Concreto

Muito embora a Justiça Social esteja presente no ordenamento jurídico brasileiro, isso não necessariamente a torna aplicável aos casos de prisão em segundo grau, ou seja, ela não necessariamente pode preponderar ante o entendimento firmado pelo STF.

Nesse sentido, conforme se vê no art. 1º da CF/88, parágrafo único, todo poder emana do povo, e contemplando esse poder se faz presente a justiça social, representada pela vontade do povo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Por exemplo, embora o Direito seja o meio para se alcançar a Justiça, destaco a frase do Eduardo Juan Couture Etcheverry: "Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça" (ETCHEVERRY, 1979, p.08).

Por oportuno, no caso de conflito entre vontade popular e decisão controversa, como no caso da vedação a prisão após julgamento em segundo grau, o que deve preponderar é a justiça, conforme elucidado por Eduardo Juan Couture Etcheverry.

Um fator que prepondera a justiça social ante o julgado ora mencionado é a necessidade da proteção da vida, bem tutelado pela Carta Magna, mas a vida justamente daqueles que sofreram ofensa pelos apenados.

Vista que, nos debates acerca do tema, o acusado tem direito sim a presunção de inocência e a previsão in dúbio pro réu, mas ao mesmo tempo, quando tais previsões colidem com os direitos da coletividade, ao que se tem por razoável e justo, essa antinomia de direitos deve pender ao bem estar social.

Com isso, Rui Portanova destaca a crise do direito positivo, bem como, as influências externas nos julgados:

- detém-se no exame da eficácia do Direito positivo e da efetividade do poder político;
 - busca alargamento da análise jurídica e conseqüente relativização das categorias comuns aos paradigmas tradicionais, explicando como as formas jurídicas influenciam e ao mesmo tempo são influenciadas na organização de um determinado tipo de relação de produção econômica e política;
 - tenta romper a rígida divisão intelectual do saber jurídico tradicional e identifica o Direito positivo como sistema aberto, integrado por conceitos, fórmulas e categorias típicas suscetíveis de progressiva determinação por meio da prática criadora do intérprete;
 - estimula a mudança e revisão dos pressupostos metodológicos e temáticos do pensamento dogmático, buscando demonstrar como, a partir da pretensão de objetividade e neutralidade da dogmática tradicional, são ocultados os conflitos socioeconômicos e políticos;
 - vê o sistema jurídico como produto e condição da existência e da produção de uma formação social determinada;
 - busca maior negociabilidade e flexibilidade das decisões de modo que fique explícito seu caráter de construção e criação do qual participam os envolvidos no conflito.
- (PORTANOVA, 1997. p. 86).

No caso concreto, através da teoria crítica do direito é possível aplicação dos preceitos da justiça social seja na concretização da vontade popular, ou, na defesa dos direitos tutelados das vítimas de crimes.

Assim, a Teoria Crítica deixa de lado a possibilidade de que o direito é imutável deve seguir apenas normas positivadas, conforme Antônio Carlos Wolkmer conclui:

(...) a intenção da Teoria Crítica consiste em definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função de um novo tipo de “sujeito histórico”. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado. A Teoria Crítica tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial. A Teoria Crítica provoca a autoconsciência dos agentes e dos movimentos sociais que estão em desvantagem e/ou em desigualdades, e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas.

(WOLKMER, 1992. p. 28-52)

CONCLUSÃO.

Com o presente trabalho foi possível verificar a necessidade da aplicabilidade dos conceitos de justiça social pelos magistrados em suas decisões, e, pelos legisladores na elaboração das leis, a fim de que seja alcançado o bem estar social, pois, ao longo da história os conceitos de justiça e justiça social evoluíram alcançando um patamar em que normas constitucionais carregam tais princípios.

Ante o fato da inconstância do entendimento jurisprudencial referente a prisão em segunda instância que, nos últimos anos alterou-se diversas vezes, causando desde insegurança jurídica até insatisfação da maioria dos brasileiros.

Outro aspecto negativo da vedação a prisão após julgamento em segundo grau é o descumprimento da função social da pena, ou seja, o indivíduo que transgrediu a lei não procede a reparação do dano, não “paga” sua dívida com a sociedade, não pode ser reinserido após a prisão que tem o viés pedagógico gerando um sentimento de impunidade na sociedade. Assim, a aplicação da pena se dá somente para restaurar a ordem jurídica e social, uma vez que abriria precedente para a impetração de diversos recursos e protelação dos apenados.

Quanto aos aspectos positivos da vedação a prisão em segunda instância, uma linha de pensamento contrária é no sentido de que no caso do princípio da presunção da inocência ser ferido pelo encurtamento da possibilidade de recurso, tal medida seria ofensa a direito adquirido, devendo ser afastada a possibilidade, entretanto, a prisão em segunda instância não ofende o referido princípio tendo em vista que não é imperativo o início do cumprimento da pena, mas a vedação dela é um retrocesso.

Outro fator é a relativização dos direitos fundamentais, ante o fato de tal medida não ser bem vista pela sociedade como um todo, por ser prejudicial ao regime jurídico, primeiro pelo judiciário não possuir legitimidade de fato para legislar, e, na insegurança ocasionada.

A justiça social não é tão somente uma carta genérica a ser utilizada como um coringa em debates constitucionais, na realidade consoante as citações elencadas, mas na realidade é a concretização do desejo da coletividade.

De acordo com os conceitos referente a justiça social, no caso da promoção do bem estar coletivo, o interesse do todo prepondera ao do indivíduo, dessa forma, o bem ocasionado, assim como a efetivação de diversos princípios com a efetiva possibilidade de prisão em segunda

instância, prepondera qualquer possível aspecto negativo elencado sobre a prisão em segundo grau

Ainda, o sistema penal brasileiro, em todas as suas fases, desde a fase inquisitória até o final da segunda instância (judicial) é repleta de profissionais que passam por concurso probatório para ingressar na carreira, bem como, o próprio ordenamento jurídico torna quase desnecessária outras instâncias além da segunda, pois, toda discussão de mérito se finda antes dos recursos extraordinários, sendo na realidade uma ofensa ao direito da coletividade tal previsão.

O presente tema sempre será alvo de discussões e controvérsias, diversas vias para resolução dos problemas mencionados, no entanto, exige-se um olhar crítico sobre a perspectiva do Brasil, criação de novas leis ou modificações da já existente, para não seja mais necessário recorrer ao entendimento interpretativo dos magistrados, no entanto, deve ser resguardado o direito de cada cidadão a justiça social, e, que este preceito sempre seja preponderante a favor da coletividade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 1982. p. 17

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, **ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar, 2009.

BARRY, Brian. **Theories of Justice**. Berkeley, University of California Press. 1989

BARZOTTO, Revista Jurídica Virtual, Brasília, **Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito** vol. 5, n. 48, Brasília, 2003.

BITENCOURT, Cesar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 23. ed. rev., amp. E atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

Brasil, **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 novembro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 26-27.

ETCHEVERRY, Eduardo Juan Couture, **Os 10 Mandamentos do Advogado**, p.08, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1979

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A legitimidade na Constituição de 1988**. In: FERRAZ JR. et al. **Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Princípios de justiça e avaliação de políticas**. São Paulo, Lua Nova, n. 39, 1997.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. trad. J. Cretella Jr. E Agner Cretella. 2.ed. São Paulo: RT, 2001, p. 42-43.

PORTAL G1, **Cidades têm manifestações contra decisão do STF sobre prisão após condenação em segunda instância**, Brasil, 2019, Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/09/cidades-tem-manifestacoes-contradecisao-do-stf-sobre-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 86.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.24.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 154

ROSENFELD, Denis. **Justiça e pena capital – o teatro da morte. Filosofia Política: nova série**, v. 5. Porto Alegre: L&PM, 2000, p. 192.

SÊNECA, Lucius Anaeus. **A vida feliz**. André Bartholomeu. Campinas : Pontes, 1991, p. 9.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **A crise da presunção de inocência e os antecedentes criminais**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 97, v. 97, n. 873, p. 407-432, jul., 2008.

TAPARELLI d'AZEGLIO, Louis. Saggio teoretico di diritto naturale, p. 183. 1840

WOLKMER, Antônio Carlos. **Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa**. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Lições de direito alternativo** 1. 2.ed. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 40.

(HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

(HC 126292 ED, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 06-02-2017 PUBLIC 07-02-2017)

(HC 152752, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018)

(ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)