



**UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA FACULDADE DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS**

THIAGO ARAGÃO DE CARVALHO

**A (IM) POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NAS PENAS
RESTRITIVAS DE DIREITOS**

**Brasília
2018**

THIAGO ARAGÃO DE CARVALHO

**A (IM) POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NAS PENAS
RESTRITIVAS DE DIREITOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Georges Seigneur

**Brasília
2018**

THIAGO ARAGÃO DE CARVALHO

**A (IM) POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NAS PENAS
RESTRITIVAS DE DIREITOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.
Orientador: Prof. Georges Seigneur

Brasília, 25 de março de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Georges Seigneur
Orientador

Examinador(a)

Examinador(a)

RESUMO

O presente trabalho possui a finalidade de analisar o dispositivo 147 instituído pela Lei de Execuções Penais em face da possibilidade ou da impossibilidade de aplicar-se a execução provisória das penas restritivas de direitos, sob a ótica da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Questiona-se o posicionamento jurisprudencial atual frente à possibilidade da aplicação de execução penal provisória para as penas restritivas de direitos que vai de encontro ao princípio da presunção de inocência assegurada pela Constituição Federal a qual dispõe expressamente no artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, a presente monografia analisa a função do Estado em usar de seu poder punitivo para aplicar sanções naqueles agentes desviantes que transgridem o ordenamento jurídico brasileiro de forma proporcional ao dano causado pelo mesmo. Desta forma sendo, resta necessário a análise da finalidade da pena supracitada, se estaria a mesma sendo contrariada pela aplicação da execução penal antes do trânsito em julgado da sentença. Para o alcance da finalidade da presente monografia, o trabalho será composto pela revisão jurisprudencial e doutrinária, versando sobre a Lei 7.210 de 1984 e suas repercussões na aplicabilidade da execução provisória das penas.

Palavras-chave: Direito. Penal. Execução. Pena. Provisória. Restritivas de direitos

Sumário

INTRODUÇÃO	6
1 DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS	8
1.1 Objeto e aplicação da Lei de Execução Penal	8
1.2 Penas Privativas de Liberdade.....	11
1.3 Penas Restritivas de direitos	16
1.4 A Substituição das Penas no Brasil.....	22
2 DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA	24
2.1 A função do Juiz na Execução Penal.....	24
2.2 Os Princípios Inerentes à Execução.....	26
2.3 A Conversão das Penas Pelo Descumprimento.....	32
3. A EXECUÇÃO PENAL E A APLICABILIDADE PROVISÓRIA DAS PENAS	36
3.1 Do marco inicial da execução penal	36
3.2 O Entendimento do STF Sobre a Execução Provisória da Pena.....	38
3.3 A Execução das Penas Restritivas de Direitos de Forma Antecipada.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro ao que tange à execução da pena é regido pela Lei 7.210 de 1984. O trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória é requisito para dar início à execução penal, conforme dispõe o artigo 147 da lei supracitada.

Entretanto, o dispositivo mencionado promoveu diversos conflitos em meio ao mundo jurídico tendo em vista que alguns Juízos promovem o início da execução da pena de maneira provisória, sendo elas, penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos.

Para a abordagem do tema, foi feita uma explanação da finalidade das penas. É sabido que para toda conduta desviante do agente, o mesmo será punido proporcionalmente ao dano causado, dessa maneira, foi adotada pelo Sistema Penal Brasileiro, a teoria mista que busca punir e prevenir a prática de novos delitos, bem como a reeducação e correção dos agentes desviados.

A divergência existente no Sistema Penal Brasileiro acerca desse tema está na possibilidade ou não de que seja aplicada a execução provisória das penas restritivas de direitos diante da presunção de inocência do réu antes do trânsito em julgado definitivo da sentença. Frente ao que dispõe o artigo 147 da LEP, a execução da pena apenas poderá ser iniciada após o trânsito em julgado definitivo, ao passo que a Suprema Corte tem seguido o entendimento de que o princípio da presunção de inocência pode ser flexibilizado bem como de que é possível a execução provisória da pena.

Destarte, é possível notar a pertinência do tema haja vista o confronto entre a jurisprudência que flexibiliza a possibilidade da execução antes do trânsito em julgado definitivo da sentença que vai de encontro ao princípio primordial da presunção de inocência.

A finalidade do trabalho estará voltada para a análise dos conflitos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema da execução provisória e sua aplicação atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, e para almejar esse objetivo a presente

monografia utilizou como caminho uma metodologia hipotético-dedutivo com análise da literatura jurídica, doutrinária e jurisprudencial.

O meio utilizado para atingir o objetivo do trabalho teve como referencial o ordenamento jurídico brasileiro dentre os quais estavam as disposições da Lei de Execução Penal, Código Penal e da Constituição Federal, bem como diversos princípios basilares.

O trabalho será formado em três capítulos. Inicialmente irá ser abordado o direito de punir e a pretensão punitiva do Estado, assim como as finalidades da pena, e em seguida uma breve explanação sobre as penas privativas de liberdade e as penas restritivas de direitos, conteúdo de suma importância para o estudo.

O segundo capítulo percorrerá pelo processo de execução penal, atribuindo a função do juiz durante esse processo, seus princípios basilares a serem respeitados, tais como as medidas impostas pelo descumprimento da sanção penal.

O terceiro capítulo aborda a execução penal e a sua aplicabilidade de maneira antecipada, tendo o trânsito em julgado como pressuposto da execução provisória e por fim, os posicionamentos jurisprudenciais adotados frente a possibilidade da execução provisória das penas.

Busca-se no presente trabalho responder ao questionamento da possibilidade da aplicação da execução provisória nas penas restritivas de direitos, haja vista a viabilidade, em efeito de repercussão geral, da execução penal provisória nas penas privativas de liberdade.

1 DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS

A pena sempre foi vista como um mal essencial, o Estado deve não somente se preocupar com a penalidade do condenado, mas também com qual sanção será aplicada, sempre sendo observado os princípios da dignidade humana e da proporcionalidade, ou seja, que seja aplicada pena mais rigorosa aos crimes mais graves e penas mais brandas aos crimes de menor potencial ofensivo, tendo como objetivo, evitar que um condenado por crime pequeno sofra com o desgaste do sistema penitenciário e que se influencie com os presos de maior periculosidade.¹

1.1 OBJETO E APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1.1.1 Direito de Punir e Pretensão Punitiva

O direito de punir é indelegável e exclusivo do Estado, visto que o mesmo é provido de soberania, portanto o Estado se impõe de forma coativa frente a qualquer individuo que venha a praticar qualquer infração penal, indo de encontro à ordem normativa vigente comprometendo a paz social. O *jus puniendi* permanece sob o poder do Estado mesmo quando se trata de ação penal privada, este vigora independente da pratica de infração penal sendo imposta à sociedade, sem distinções.²

Para executar o *jus puniendi* o Estado inicia a persecução penal com a instauração do inquérito policial, seguindo com a propositura da ação penal e a instauração do devido processo legal, a fase da execução penal tem a finalidade de proporcionar a concreta pretensão de punir do Estado. Por fim, em caso de recebimento da denuncia, finaliza-se com a execução da pena, seja por meio de seu cumprimento ou por causa extintiva da punibilidade.³

¹ GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal. Vol. 1**, 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Impitus, 2008

² CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 14

³ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15

1.1.2 Das Finalidades da Pena

A pena consiste na retribuição ao condenado de maneira proporcional ao dano causado, estabelecer a sua readaptação social e evitar novos desvios de condutas através da intimidação à sociedade. As finalidades da pena são expostas através de três teorias, quais são: ⁴

a) Teoria Absoluta ou da Retribuição:

O objetivo da teoria absoluta é a retribuição do mal causado praticado pelo agente desviado, é fruto da necessidade de justiça. Essa teoria não busca reeducar e nem readaptar o condenado socialmente, visa punir o condenado gerando-lhe um prejuízo decorrente da sua própria prática, como forma do condenado perceber que está sendo punido por força de seu desrespeito com os preceitos jurídicos, bem como com seus semelhantes.⁵

b) Teoria Relativa ou da Prevenção

A teoria relativa possui a finalidade de prevenir novos delitos, impedindo que os executados tornem a praticar crimes, na hipótese de não ser punido de maneira imediata. A prevenção pode ser especial quando o objetivo é a readaptação e separação do delinqüente da sociedade para que ele não volte a cometer delitos. Ao passo que a prevenção geral tem o propósito de direcionar à sociedade a intimidação de transgredir,⁶ buscando a inibição de praticar delituosas por parte dos cidadãos em geral, visto que estes deixarão de cometer atos contrários à legislação penal em função do receio de submeter-se a aplicação de uma reprimenda penal.⁷

c) Teoria Mista ou Conciliatória

A teoria mista é a fusão das teorias absoluta e relativa, tendo como objetivo punir e prevenir a prática de novos crimes através da reinserção e intimidação

⁴ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 444.

⁶ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 445.

comunitária, conciliando a necessidade de retribuição jurídica na forma de pena com os fins de prevenção geral e de prevenção especial.⁸ Segundo Julio Fabbrini Mirabete: “Já para as teorias mistas (eccléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção”⁹

A proporção entre a pena e a gravidade do delito corrobora para a finalidade de prevenção geral e especial, sendo a primeira compreendida como modelo na forma de prevenção geral positiva e a segunda nos casos de condutas de relevante valor ético e social como modelo de intimidação na forma de prevenção geral negativa.¹⁰

1.1.3 Finalidade da Execução Penal

O objetivo da execução penal é a efetivação da união das normas jurídicas frente à execução de todas as penas. Nos moldes do artigo 1º da Lei de Execução Penal consta, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.¹¹

A execução penal possui duas vertentes: a correta efetivação com o objetivo de tornar real a subordinação do executado a sanção que lhe fora imposta e o oferecimento de integração socialmente equilibrada, uma vez que, ao cercear sua liberdade, o mesmo não poderá ser privado de voltar a conviver em harmonia com a sociedade. O artigo remete a ideia de promover ao preso um tratamento digno penitenciário, dispondo-lhe recursos cabíveis para uma melhor participação na vida em comunidade.¹²

A reeducação oferecida ao condenado não se trata apenas de um elemento didático, abrange finalidades que possam proporcionar ao executado uma ótica aprimorada

⁸ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal, Parte Geral**, 22ª edição, São Paulo, edita Atlas, 2005, p. 245.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 448.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 450.

¹² BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 36.

das normas culturais. Sob a perspectiva de Pimentel, “é a de cooperar ou por falta de educação adequada tornou-se uma presa dócil aos preconceitos, superstições, complexas, inibições, fanatismos e, principalmente, desconfiança e incompreensão do mundo em que vive”.¹³

1.2 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade atualmente passou a ser bastante utilizada, comparada a outras medidas aplicadas. Tendo em vista que no passado era apenas um meio provisório de custódia do delinqüente, enquanto se esperava o início da execução penal em meio ao desenrolar do processo.¹⁴

Outrora, as penas mais eficientes eram as de morte, confisco e mutilação, ao passo que, a privação de liberdade servia apenas para assegurar o processo. Ao longo de muito tempo a pena era executada em estabelecimentos escolhidos de forma aleatória, sem condições de salubridade e segurança, somente após o início de movimentos, com o objetivo de desenvolver as penas privativas de liberdade que se iniciaram as construções de presídios destinados ao cumprimento de penas.¹⁵

A privação da liberdade significa a limitação por um determinado período do direito de locomoção, visto que a Constituição Federal veda penas de cunho perpétuo. Esse instrumento é primordial para afastar aqueles que não estão aptos para viver em liberdade, sem que haja ameaça para o resto da sociedade.¹⁶

A restrição da liberdade consiste em três regimes: aberto, semiaberto e fechado. Admitindo-se a regressão pelo desmerecimento, bem como a progressão pelo merecimento. Nos dois últimos é cabível ao executado reduzir o tempo de reclusão pelos dias trabalhados, denominado remissão. Em qualquer um desses regimes de cumprimento de

¹³PIMENTEL, Manoel Pedro. **Estudo e Pareceres de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 32.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 457.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 458.

¹⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 220.

pena, o período de prisão provisória terá de ser compensado, ocasionando a detração.¹⁷

1.2.1 Regimes de Cumprimento de Pena

Os três regimes adotados pelo Código Penal estão dispostos no artigo 33:¹⁸

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

O regime fechado no Código Penal assevera a realização de exame criminológico para a classificação de individualização da execução, bem como fica o condenado sujeito ao trabalho nos períodos diurnos, e ao isolamento durante os períodos noturnos dentro do estabelecimento em comum, de acordo com as aptidões ou ocupações realizadas anteriormente pelo condenado, contanto que compatíveis com a execução da pena, sendo cabível o trabalho externo em serviços ou obras públicas.¹⁹

¹⁷ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 220.

¹⁸ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 464.

O regime supracitado deve ser cumprido em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média, sendo que a Lei de Execução penal nos artigos 87 a 90 autoriza que a execução da pena seja realizada em penitenciária construída em local afastado do centro urbano, com distancia que não impossibilite a visitação, quando se tratar de homens condenados. Admitindo ainda que os entes federativos possam construir penitenciarias aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sendo que todas as celas devem suprir os requisitos de salubridade e espaço adequado.²⁰

Ao que tange semiaberto o condenado é submetido a realização de trabalho durante o dia, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo trabalhar externamente, assim como cursar supletivos profissionalizantes de formação de segundo grau ou superior, com fulcro no artigo 35 do Código Penal.²¹

Aqueles que estão cumprindo pena em regime semiaberto, estão submetidos a autorização do juízo da execução para saída do estabelecimento de forma temporária sem vigilância direta, podendo ser utilizado equipamento de monitoração eletrônica para visitar a família, nos moldes do artigo 122, § único da Lei de Execução Penal. Esse benefício quando disponibilizado, é revogado de forma automática nos casos de cometimento de faltas graves, ou apresente ínfimo aproveitamento do curso.²²

No tocante ao regime aberto, o condenado que estiver submetido à ele, deverá sem monitoramento e fora do estabelecimento, freqüentar curso, trabalhar ou exercer qualquer tarefa cabível e autorizada mediante responsabilidade e disciplina, devendo ser recolhido durante a noite e dias de folga, segundo o artigo 36 do Código Penal.²³

Segundo Pimentel, a prisão aberta dispõe vantagem ao permitir que o executado possua a oportunidade de trabalhar e estudar como se não estivesse cerceado de

²⁰ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

²¹ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

²² BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017.

²³ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

sua liberdade, ainda que cumprindo pena.²⁴

1.2.2 Progressão e regressão de regime

Após a sentença transitar em julgado não será modificada enquanto os fatos perdurarem. Dessa forma, o juízo competente para a execução deve promover as alterações essenciais, com o objetivo de enquadrar a decisão proferida de acordo com a realidade atual. Frente ao exposto, percebe-se que mesmo tendo o indivíduo recebido um regime de cumprimento de pena, não quer dizer que o mesmo não possa ser alterado no decorrer da execução. O processo de execução é flexível e pode ser modificado, dessa forma, aquele que iniciar o cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, pode atingir o benefício de alterar sua pena para uma menos gravosa, denominando-se esse processo como progressão de regime.²⁵

A progressão de regime é a alteração do executado de um regime mais gravoso para um mais brando, contanto que cumpridos os requisitos legais, quais são: comprovado pelo diretor do presídio que o condenado tenha apresentado bom comportamento, bem como ter cumprido ao menos um sexto da pena do regime antecedente, com fulcro no artigo 112 da Lei de Execução Penal.²⁶

A Constituição Federal definiu que os crimes de maior temor social devem ser tratados de maneira mais rígida, conforme exposto no artigo 5º, XLIII:²⁷

“XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Ante o exposto, os crimes de maior reprovabilidade, que outrora autorizava a progressão de regime depois de cumprido um sexto da pena, com o advento da

²⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 144.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

²⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

Lei nº. 11.464/2007 o condenado, em caso de primariedade, progredirá com o cumprimento de dois quintos da pena, e em caso de reincidência, progredirá após o cumprimento de três quintos da pena.²⁸

As hipóteses de cabimento de regressão de regime estão elencadas no artigo 118 da Lei de Execução Penal, quais são:²⁹

“Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado”.

A regressão trata-se do retorno do condenado ao regime mais gravoso, pelo descumprimento dos requisitos postos para a continuidade no regime mais brando. Haja vista a vedação da progressão de saltar diretamente do fechado para o aberto, é cabível regredir por salto, do regime aberto para o fechado, sem a necessidade de passar pelo regime semiaberto.³⁰

1.2.2 Remição

O instituto da remição é um benefício que o condenado possuiu em regime fechado ou semiaberto, por dias não só de trabalho, mas como pela presença em curso de ensino regular ou educação profissional, com o advento da Lei nº. 12.433, de 29 de junho de 2011.³¹

A remição trata-se de um desconto do condenado que a cada três dias de

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

²⁹ BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

³¹ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102.

trabalho ou a cada 12 (doze) horas de frequência escolar em atividade de ensino ou profissionalizante, reduz um dia de pena, podendo as atividades de estudo ser feitas de forma presencial ou à distância, devendo ser monitoradas pelas autoridades competentes, nos moldes do artigo 126, § 2º da Lei de Execução Penal.³²

O detento que possui a pretensão de trabalhar, entretanto, por condições alheias não possui esse direito, não há no que se falar em compensação, haja vista que a mera vontade de trabalhar ou estudar é apenas uma expectativa de direito, sendo indispensável o trabalho ou estudo de forma efetiva, salvo no caso em que o detento sofre um acidente de trabalho e fica impossibilitado de prosseguir com a tarefa.³³

1.3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Com o advento da Lei nº 9.714 de 1998, o Código Penal foi alterado no que tange às penas restritivas de direitos, prevendo no Estatuto atual que as mesmas são autônomas e não mais acessórias como antes da vigência da referida lei, assim é inadmissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade, sendo necessária a substituição para a sua aplicação.³⁴

A previsão das penas restritivas de direitos consiste em melhorar a pena de prisão por maneiras diversas de sanção criminal de forma mais eficiente para a correção do condenado, desde que presentes os requisitos necessários.³⁵

Segundo o texto legal, são penas restritivas de direitos:³⁶

“ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

³² BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017.

³³ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102.

³⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 262.

³⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 489.

³⁶ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

V – interdição temporária de direitos;
VI – limitação de fim de semana.

1.3.1 Prestação Pecuniária

A prestação pecuniária figura no pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas com finalidade social, de quantia fixada pelo juiz, não podendo ser menor que 1 (um) salário mínimo nem maior que 360 (trezentos e sessenta salários mínimos). O valor fixado trata-se de uma reparação cível disfarçada de sanção criminal para que haja o seu cumprimento de forma efetiva, conforme o disposto no artigo 45, § 1º do Código Penal.³⁷

“Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.”³⁸

A lei de Execução penal assim como o Código Penal não dispõem a maneira de execução da pena de prestação pecuniária. Em caso do pagamento não ser voluntário faz-se indispensável a execução. Para aqueles casos de prestação à vítima ou à instituição privada caberá ao particular executar a sentença penal condenatória no juízo cível. Entretanto, para a execução de prestação pecuniária à Instituição Pública haverá a execução pelo Estado.³⁹

1.3.2 Perda de Bens e Valores

Conforme o previsto no artigo 43, inciso II, combinado com o artigo 45, § 3º, ambos do Código Penal:⁴⁰

³⁷ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 264.

³⁸ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

³⁹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 264.

⁴⁰ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

“Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48

3º A **perda de bens e valores** pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”. (grifo nosso)

O dispositivo supracitado em sentido amplo, abrangendo os bens lícitamente obtidos pelo agente não ultrapassará de pena de confisco, enquanto os bens ilícitamente obtidos terão efeitos de condenação por perdimento de bens.⁴¹

A Constituição Federal aborda que a decretação do perdimento de bens poderá ser ampliada aos sucessores e contra os mesmos executada, até as forças do legado transferido. Entretanto, segundo Luiz Regis Prado, é absurda a possibilidade de transferência da perda de bens e valores aos herdeiros do condenado, pois vai de encontro aos princípios constitucionais da individualização da pena bem como da personalidade, ao passo que ultrapassa a pena da pessoa do condenado, além disso é causa de extinção de punibilidade o falecimento do agente desviado.⁴²

Segue o exposto:

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

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”⁴³

“Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;”⁴⁴

1.3.3 Prestação de Serviço à Comunidade ou a Entidades Públicas

A finalidade da prestação de serviço à comunidade é a reinserção social do

⁴¹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 265.

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 490.

⁴³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

⁴⁴ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

condenado, de forma que o mesmo não sofra os desconfortos que o cumprimento de pena privativa de liberdade poderia lhe proporcionar.⁴⁵

Em casos de condenação maior que 6 meses de pena privativa de liberdade a mesma poderá ser substituída pela prestação supracitada, sendo uma hora de trabalho proporcional à um dia de condenação. As atividades devem ser executadas de forma gratuita, em instituições como escolas, hospitais, orfanatos, dentro outras análogas de caráter filantrópico sem qualquer finalidade de lucro, com o objetivo de não caracterizar exploração de mão de obra qualificada.⁴⁶

Segue a redação do artigo 46 da Código Penal e artigo 30 da Lei de Execução Penal:⁴⁷

“Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho”

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.⁴⁸

O juiz da execução deverá escolher a instituição cadastrada de acordo com as suas habilidades notificando-o dos dias e horários, bem como a instituição escolhida para a realização do serviço à comunidade por meio de intimação. O limite estabelecido deverá atender 8 (oito) horas semanais, de forma a não prejudicar a jornada de trabalho habitual, havendo a necessidade o serviço poderá ser exercido aos sábados, domingos e feriados.⁴⁹

“Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 491.

⁴⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 266.

⁴⁷ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

⁴⁸ BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 20 de setembro de 2017.

⁴⁹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 267.

I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões.”⁵⁰

Para a fiscalização do juízo da execução a instituição responsável pelo recebimento da prestação oferecida pelo condenado remeterá mensalmente ao juiz competente o relatório circunstanciado com a realização das atividades realizadas pelo sentenciado, comunicando eventuais ausências ou faltas disciplinares. Em casos de cometimento de infrações graves e recorrentes em descumprimento da prestação, poderá haver a conversão da medida alternativa para a pena privativa de liberdade.⁵¹

1.3.4 Interdição Temporária de Direitos

É imprescindível que a substituição da pena privativa de liberdade por interdição temporária de direitos possua relação com o delito cometido, nas possibilidades mencionadas no artigo 47 do Código Penal a seguir exposto:⁵²

“Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.”⁵³

Desta forma, deverá o juiz da execução cientificar o sentenciado da decisão proferida e notificará a autoridade competente da pena aplicada, em casos de necessidade. Ademais, quando a pena imposta pelo juiz for de proibição do exercício, cargo ou função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, esta deverá ser comunicada pela autoridade, em 24 (vinte e quatro) horas a partir do recebimento do ofício, baixar ato,

⁵⁰ BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 20 de setembro de 2017.

⁵¹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 267.

⁵² BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 268.

⁵³ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

sendo que a partir deste a execução se iniciará.⁵⁴

Dissertando sobre o assunto, René Ariel Dotti comenta que as interdições temporárias de direitos podem gerar fatores de desigualdade constituindo para alguns sentenciados efeitos graves, enquanto para outros podem não gerar qualquer efeito.⁵⁵

Por fim, é importante salientar que o artigo 47, inciso V do Código Penal, busca impedir por determinado tempo o transgressor da oportunidade de prestar concurso público ou similares.⁵⁶

1.3.5 Limitação de Fim de Semana

A limitação de fim de semana compreende a obrigação de ficar aos sábados e domingos durante 5 (cinco) horas por dia em casa de albergado ou em outro local apropriado, com a finalidade de desenvolver profissionalmente ou socialmente o sentenciado, primando pela realização de cursos ou outras atividades pedagógicas.⁵⁷

Dessa forma, a medida alternativa exteriorizada influencia de maneira benéfica a personalidade do agente, tendo em vista que o mesmo será privado do contato com seus parentes e amigos por curtos períodos.⁵⁸ Sobre o mesmo aspecto, conforme o entendimento de René Ariel Dotti, esse modo de punição estimula uma maior prática de comunicação e transferência de lições de vida, que excluem desta limitação a natureza maléfica que configura a pena que restringe a liberdade.⁵⁹

Outra observação a ser feita, diz respeito ao cumprimento desta referida medida alternativa em tempo menor ao da prestação da serviços à comunidade após

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 495.

⁵⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 404.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 496.

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 497.

⁵⁸ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 270.

⁵⁹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 270.

recorrida a decisão, haja vista a consequência da viabilidade em autorizar o cumprimento da limitação em outros dias da semana, sem que intervenha no horário estipulado de trabalho ao condenado, sendo a limitação de fim de semana necessariamente mais longa.⁶⁰

1.4 A SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NO BRASIL

Para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, deverão ser preenchidos os seguintes requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal:⁶¹

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

No que tange o inciso II do artigo acima mencionado, aquele que for reincidente poderá ser beneficiado da substituição desde que não seja reincidente em crime doloso, sendo assim, apenas o indivíduo que definitivamente for condenado pelo cometimento de crime doloso e vier a praticar outro crime doloso, ficará vedado do benefício da substituição, salvo se dentre o período da prática do novo delito doloso e a extinção da pena do crime doloso anterior tiver ultrapassado mais de 5 (cinco) anos.⁶²

Além desses requisitos, é de suma importância que o condenado detenha premissas que indiquem a adequação da substituição, e ainda que seus antecedentes sejam favoráveis, de forma a demonstrar que sua conduta está sendo compatível com a vida em sociedade, por fim, que o mesmo possua emprego fixo e domicílio certo.⁶³

O dispositivo refere-se apenas a violência de modo doloso, sendo assim, o

⁶⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto, **Novas Penas Alternativas**. 3ª Edição. São Paulo. Ed Saraiva, 2006. p.142.

⁶¹ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

⁶² CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

⁶³ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

benefício da substituição não será vedado nos casos de lesões corporais culposas, bem como de homicídio culposo. A violência de que trata o artigo será contra a pessoa, sendo irrelevante a força bruta contra coisa de natureza, seja ela pública ou privada, para o benefício da substituição.⁶⁴

Conforme o entendimento jurisprudencial em relação à substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, segue o exposto:

“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal. 3. Gravidade da ameaça reconhecida pelas instâncias ordinárias, suficiente para causar temor à vítima. 4. Habeas corpus não conhecido”.⁶⁵

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Embora o agravante haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade não se mostra, no caso, suficiente para a prevenção e a repressão do delito praticado, haja vista que é reincidente e possui circunstância judicial desfavorável (no caso, os antecedentes). 2. Agravo regimental não provido”.⁶⁶

Conforme entendimento sumulado, se faz necessário que o juiz observe se o condenado apresenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, para assim, decidir se aplica ou não a substituição da pena.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 499.

⁶⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 314550 MS 2015/001119-2**, Relator: Ministro. GURGEL DE FARIA. 17 de março de 2015.

⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 1355445 SP 2012/0246446-0**, Relator: Ministro ROGÉRIO CRUZ, 26 de maio de 2015.

2 DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o processo passa da fase de conhecimento para a de execução penal, que se torna título executivo judicial. Nesta fase, a sentença proferida pelo juízo competente será cumprida, seja na forma de pena privativa de liberdade ou de penas restritivas de direitos.⁶⁷

2.1 A FUNÇÃO DO JUIZ NA EXECUÇÃO PENAL

A atividade jurisdicional possui o encargo de sanar conflitos de interesses com a finalidade de analisar o direito coativamente realizado. Após a sentença transitar em julgado haverá a necessidade da intervenção jurisdicional, tendo em vista as discussões que surgirão entre o Estado detentor do poder de punir e o condenado, visando à garantia de direitos e interesses legítimos das partes. Desta forma, as funções durante o processo de execução não podem ficar a múnus unicamente dos órgãos administrativos para seu desenvolvimento.⁶⁸

Sendo assim, tais atividades devem ser delegadas ao juiz, haja vista que as expectativas de direitos do condenado sujeito as medidas impostas cabem ao Poder Judiciário.⁶⁹ Referindo-se a competência mencionada no disposto do artigo 65 da Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984: “A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.”⁷⁰

Durante o processo executório da pena ou da medida de segurança é imprescindível a atividade jurisdicional para a determinação do início da execução, substituição, ou extinção da pena punitiva após a verificação de novos fatos. Desta feita, o juiz possuindo o papel de órgão imparcial, será o responsável pela proteção dos direitos subjetivos de caráter público, bem como os de caráter privado,⁷¹ sendo este, assegurado pelo

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo. p. 176

⁶⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo. p. 177

⁷⁰ BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de setembro de 2017.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo. p. 177

artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”⁷² combinado com o artigo 3º da Lei de Execuções Penais:

“Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

Entretanto, existem dois fatores que estabelecem limites para o arbítrio do juiz, sendo eles: excesso de poder e desvio de finalidade, ambos ocorrem quando a autoridade competente para praticar o ato vai além dos limites das suas atribuições ou desvia-se de seus fins administrativos.⁷³

Segundo Hely Lopes de Meirelles:⁷⁴

“o excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e se exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, a sua competência legal, e com isso invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo.”

Enquanto o:

“desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela ou exigidos pelo interesse público [...] utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”

Ambos os fatores podem ser encontrados durante o processo de execução penal quando há a prática de atos que excedem os limites fixados pela sentença. Faz-se indispensável nesse caso o controle da jurisdição para impedir a desproporcionalidade entre

⁷² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

⁷³ MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e prática**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 90

o crime e a punição do acusado por abuso de poder.⁷⁵

Ainda no que diz respeito ao excesso e desvio de poder na execução, há uma necessidade de ser cobrada uma ação de indenização perante o Estado, tendo em vista o notório dano causado ao particular, mas que na verdade, é um direito minimamente executado, haja vista que se fosse ao contrario, os representantes não seriam tão contumazes no tocante a matéria de Execução Penal.⁷⁶

2.2 OS PRINCÍPIOS INERENTES À EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é constituída pela fusão de princípios e normas que regulam a execução das penas nas relações entre o Estado, detentor do poder de punir, e o condenado. A Lei nº 7.210/84 é responsável pela aplicação de medidas assecuratórias e de ressocialização dos apenados.

2.2.1 Legalidade

Segundo Alexis Brito, o preceito do direito penal possui repercussão na execução penal: não há pena sem lei anterior que a defina. E ainda: não há execução da pena sem estar tipificado em lei.⁷⁷ Assegura o principio da legalidade que tanto o juiz, como as autoridades administrativas irão aplicar a lei de forma a garantir os direitos e distribuir os deveres do cidadão.⁷⁸

Conforme disposto no artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal”⁷⁹

O sentenciado terá a sua pena de acordo com o que diz expressamente na lei.

⁷⁵ MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e pratica**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 62

⁷⁶ MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e pratica**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 65

⁷⁷ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.43

⁷⁸ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 43

⁷⁹ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017

Ninguém pode ser privado de liberdade sem o devido processo legal, logo, também não é permitido negar a liberdade quando a lei autorizar. Cabe ao juiz, com decisão fundamentada, o reconhecimento de direitos ou a aplicação de sanções, desde que acarrete na qualidade ou majoração da pena.⁸⁰

2.2.2 Isonomia

A isonomia não consiste na equiparação dos condenados, devem ser reconhecidas as diferenças no tocante à execução penal. O princípio supracitado pretende estabelecer que não haverá distinções ou privilégios dentre os indivíduos condenados, por motivo de raça, religião ou preferência política.⁸¹

Segundo Mirabete, “individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto”⁸²

O princípio da isonomia é um direito fundamental assegurado no artigo 5º da Constituição Federal:⁸³

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

Bem como assegura o artigo 3º da Lei de Execuções Penais nº: 7.210, de 11 de julho de 1984:

“Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”⁸⁴

⁸⁰ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.43

⁸¹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.43

⁸² MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo, 2004

⁸³BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: abril de 2017.

⁸⁴ BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 18 de setembro de 2017.

2.2.3 Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência prevê que o poder punitivo do Estado deve respeitar a liberdade individual, sendo a mesma um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser cerceado, a não ser dentro dos limites estabelecidos em lei, conforme a Constituição Federal de 1988, que dispõe expressamente no artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁸⁵

Ao passo que da mesma forma este princípio é previsto também pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no qual o Brasil participa. Sendo disposto em seu artigo 8º, 2 que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...)”⁸⁶

Versa-se de preceito geral formado por valores relativos à liberdade e dignidade da pessoa humana, que deve ser examinada em todas as relações referente à persecução criminal dentro do Estado Democrático de Direito, e no qual podem ser retiradas importantes garantias constitucionais.⁸⁷

Por fim, assegura-se que apenas depois da decisão proferida com observância do devido processo legal será admitido o reconhecimento da culpa de um indivíduo pela realização de um crime e imputar-lhe a devida sanção penal.⁸⁸

⁸⁵BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

⁸⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 50

⁸⁷ PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal.** Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 14

⁸⁸ PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal.** Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 14

2.2.4 Ampla Defesa e Contraditório

A ampla defesa é o direito de apresentar todas as provas admitidas pelo direito, e as não vedadas, sendo assim, em meio à execução penal o condenado poderá apresentar todos os meios de provas cabíveis.⁸⁹ É indispensável a defesa técnica bem como a autodefesa, possibilitando ao condenado presenciar todos os atos da execução criminal.⁹⁰

A autodefesa é um direito disponível, mas que pode ser dispensado pelo réu, podendo optar pelo direito ao silêncio, assegurado pela Carta Magna em seu artigo. 5º, inciso LXIII, que dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Ao passo que, a defesa técnica possui um papel indispensável.⁹¹

Já o contraditório, será a oportunidade que o réu tem de contestar as provas em seu desfavor, nenhuma decisão pode ser proferida sem que antes seja dada a oportunidade do questionamento e a possibilidade de provar o contrário. As partes devem ter ciência de todos os atos e decisões, sendo-lhes oferecida a oportunidade de se manifestarem antes que o provimento se torne definitivo.⁹²

É formado o contraditório por dois fatores, sendo eles a informação e a reação, no tocante ao primeiro, a notificação, a intimação e a citação não são as únicas formas para a realização do contraditório, bastando a identificação do conhecimento de ambas as partes a respeito dos atos contrários. No que diz respeito ao segundo fator, não deixa de efetivar-se o exercício do contraditório mesmo que a contrariedade não se realize, sendo suficiente a oportunidade de contradizer.⁹³

⁸⁹ PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 16

⁹⁰ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.50

⁹¹ PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 17

⁹² BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.51

⁹³ PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 18

Os princípios supracitados estão expressamente previstos na Constituição Federal no artigo 5º, inciso 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”.⁹⁴

2.2.5 Individualização da Pena

O princípio norteia a individualização dos apenados para que cada um, de acordo com sua reputação e histórico de antecedentes criminais, adquira o tratamento penitenciário apropriado. Este princípio é de suma importância para se alcançar os objetivos da Política Criminal, ou seja, para que haja uma punição adequada ao agente de conduta desviada.⁹⁵

O mesmo está tipificado no art. 5º, inciso XLVI, em que: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação da liberdade; perda dos bens; multa; prestação social alternativa; suspensão e interdição de direitos”. Ademais, o artigo supracitado, no inciso XLVIII, afere que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.”⁹⁶ Do mesmo modo que no artigo 34 do Código Penal, enuncia que: “O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução”⁹⁷

No tocante à Lei de Execuções Penais, a referida corrobora com esse entendimento supramencionado em seus artigos:

⁹⁴BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

⁹⁵BRASIL, **Princípios norteadores da execução penal** - Hálisson Rodrigo Lopes, Gustavo Alves de Castro Pires, Carolina Lins de Castro Pires. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14118 > Acesso em: 18 de setembro de 2017.

⁹⁶BRASIL, **Constituição Federal de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

⁹⁷ BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017

“Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

“Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.”

“Art. 41 - Constituem direitos do preso:

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;”⁹⁸

2.2.6 Intranscedência

A pena possui a finalidade de atingir o infrator de formar pessoal não podendo ultrapassar a pessoa do condenado, nos moldes do artigo 5º, inciso XLV da Carta Magna, que menciona:⁹⁹

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

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

Apenas através da culpabilidade é que o condenado de uma ação típica e ilícita será reprovado pelo fato cometido. Diante da comprovação da culpabilidade ela se torna individual e intransferível, não sendo autorizada sua correspondência mesmo diante de violações recíprocas.¹⁰⁰

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm > Acesso em: 18 de setembro de 2017

⁹⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

¹⁰⁰ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 48

2.3 A CONVERSÃO DAS PENAS PELO DESCUMPRIMENTO

A pena imposta poderá, sempre que a legislação autorizar, ser convertida em outra pena durante a Execução penal, mesmo que o condenado não tenha sido beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inicialmente, entretanto é necessário que a pena privativa de liberdade aplicada não seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, bem como prevê a inafastabilidade de outros três requisitos, nos moldes do artigo 180 da Lei de Execução Penal:¹⁰¹

“Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:

I - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;

II - tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena;

III - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.”¹⁰²

De acordo com o dispositivo supracitado, o juiz da execução não possuirá a faculdade de negar com base nos requisitos específicos da substituição o direito à conversão requerida, em casos de reincidência, conduta social, culpabilidade, dentre outros motivos, tendo em vista que estes deverão ser apurados quando proferida a sentença.¹⁰³

A conversão detém a possibilidade de flexibilizar o quadro da execução, desta forma, a pena adota na execução não será necessariamente a pena que fora prolatada na sentença pelo juízo de conhecimento. Tal flexibilização busca aperfeiçoar o procedimento de execução em conformidade com o interesse público e a condições pessoais do condenado, de modo proporcional ao delito.¹⁰⁴

¹⁰¹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 355

¹⁰² BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

¹⁰³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 501.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 501

Entretanto, o instituto da conversão nem todas as vezes será aplicado de forma a beneficiar o executado, tendo em vista que como já mencionado, visa atender também ao interesse público, sendo assim, em casos de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos esta será obrigatoriamente convertida em pena privativa de liberdade, com fulcro no artigo 44, § 4º do Código Penal.¹⁰⁵

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o parágrafo 4º do artigo 44 do Código Penal menciona somente as hipóteses de detenção e reclusão, omitindo-se em relação a prisão simples, de tal forma que a pena de prisão simples após ser substituída por restritiva de direitos não poderá ser convertida em privativa de liberdade, ainda que haja o descumprimento das condições impostas, visto a ausência de previsão legal e impossibilidade de interpretação em prejuízo ao condenado.¹⁰⁶

Nos casos da conversão da prestação de serviços à comunidade em pena privativa de liberdade, são apresentados os seguintes quesitos:¹⁰⁷

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 501

¹⁰⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 357

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017.

Na alínea “a”, refere-se à conversão pela não localização do condenado para intimação pessoal, bem como da inércia quando o ato de intimação for expedido mediante edital. No tocante a alínea “b”, a conversão será pela ausência injustificada à entidade beneficiada pela prestação de serviços, dessa forma o condenado deverá iniciar suas atividades no dia e local assinalado pelo juiz, restando a sua ausência sem justificativa na conversão. Em relação à alínea “c”, a conversão ocorre quando o condenado, injustificadamente, nega-se a realizar o serviço que lhe fora designado. No que diz respeito à alínea “d”, em respeito à ampla defesa e ao contraditório a conversão apenas poderá ser fixada depois da comprovação e penalização do condenado pela falta grave cometida. Ao que tange a alínea “e”, refere-se à impossibilidade do executado continuar a cumprir a pena restritiva, por ter sido punido com pena privativa de liberdade.¹⁰⁸

No que tange à limitação de final de semana obriga que o condenado continue ao longo do final de semana em casa de albergado ou em qualquer outro local fixado, por 5 (cinco) horas. Os motivos que determinarão a conversão em pena privativa de liberdade são reiteradamente os mesmos da prestação de serviços:¹⁰⁹

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.¹¹⁰

¹⁰⁸BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 358

¹⁰⁹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 358

¹¹⁰ BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017.

Ao que diz respeito à interdição temporária de direitos, poderá ser feita a conversão caso o juiz verifique o cometimento dos seguintes pressupostos: I- O condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado; II- Não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desentender a intimação por edital; III- Sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.¹¹¹

Conforme o entendimento jurisprudencial em relação à conversão das penas restritivas de direitos, segue o exposto:

EXECUÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRISÃO. POSSIBILIDADE.

A questão é singela e está prevista no artigo 44, § 4º, do Código Penal: "A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta...". Foi o que no presente caso. Como registrado no termo da Audiência Admonitória, o condenado foi intimado, para iniciar o cumprimento de sua pena, mas, injustificadamente, não compareceu ao ato. **DECISÃO:** Agravo defensivo desprovido¹¹²

Entretanto, em casos de situações extraordinárias (caso fortuito ou força maior), o juiz deve oferecer ao executado o seu direito de ampla defesa e contraditório sobre o exercício injustificado do direito que lhe fora restringido. Demonstrada tal condição, o juiz não pode converter a medida supracitada pela privação da sua liberdade.¹¹³

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 502

¹¹²BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGV: 70046849592**, Rel. SYLVIO BAPTISTA NETO. Rio Grande do Sul, 08 de março de 2012.

¹¹³ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 359.

3 A EXECUÇÃO PENAL E A APLICABILIDADE PROVISÓRIA DAS PENAS

A lei 7.210/84, que regulamenta a Execução Penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro, prevê em seu artigo 2º, parágrafo único, que: “Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.” Entretanto, alguns dispositivos desta lei trouxeram algumas divergências entre a constitucionalidade da execução da pena de forma provisória e o princípio da presunção de inocência.¹¹⁴

3.1 DO MARCO INICIAL DA EXECUÇÃO PENAL

Trata-se como preceito fundamental o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visto que esse instituto é como marco inicial da execução penal. Ante o exposto, o condenado será tratado com a devida segurança jurídica ao cumprir as penas a ele impostas, respeitando as finalidades da execução penal.¹¹⁵

Conforme dispõe o artigo 1º da Lei 7.210, que versa sobre a execução penal, a referida lei tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal de maneira a concretizar o direito de punir do Estado, reprimindo o agente desviado por consequência da infração penal que fora violada. A lei supracitada possui ainda o objetivo de impor condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, ou seja, de ofertar recursos necessários para que o condenado tenha a possibilidade de cumprir sua pena e poder reinserir-se mais uma vez em meio à sociedade.¹¹⁶

Para firmar a percepção a cerca do trânsito em julgado, insta salientar que o estabelecimento da coisa julgada efetiva-se com o fim da fase recursal. Portanto, após o proferimento da sentença definitiva não é mais cabível o exame de recursos.¹¹⁷

¹¹⁴ Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

¹¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁶BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm > Acesso em: 10 de março de 2018.

¹¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

Segundo Aury Lopes Jr., significa a decisão imutável e irrevogável, imutabilidade do mandamento que nasce da sentença. A aplicação do princípio do *non bis in idem* é primordial à coisa julgada, visto que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, torna-se inalterável, sendo inadmissível a apreciação de outra ação penal pelo mesmo fato.¹¹⁸ Tal princípio encontra respaldo no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”¹¹⁹

Em relação ao Código de Processo Penal, compreende-se que o trânsito em julgado é preceito para o início da execução penal, conforme disposição expressa: “**Transitando em julgado** a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.” (grifo nosso)¹²⁰

Observando a lei em sentido estrito, é possível compreender que, geralmente, é admissível apenas depois do trânsito em julgado da sentença condenatória o início da execução penal. Em contrapartida, ao ordenamento legal, o Supremo Tribunal Federal consolidou sua linha de entendimento na possibilidade do processamento da execução da pena de maneira imediata, após o proferimento da decisão confirmatória em segunda instância, mesmo que esta esteja aguardando decisão de recurso.¹²¹

Por fim, cumpre salientar que o trânsito em julgado no âmbito do processo penal não está vinculado à escassez de todos os recursos cabíveis, mas sim ao esgotamento da análise fática, considerando-se inadmissível a espera do pronunciamento das cortes superiores para dar início ao cumprimento da pena pelo agente.¹²²

¹¹⁸ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, 11 ed – São Paulo, Saraiva, 2014. P, 1146.

¹¹⁹ BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

¹²⁰ BRASIL. **Código de processo penal de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

¹²¹ BRASIL, **Execução Provisória da Pena-** Igor Eduardo Tonon. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,execucao-provisoria-da-pena,589063.html>> Acesso em: 10 de março de 2018.

¹²² Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

3.2 O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Por muito tempo, permaneceu o entendimento jurisprudencial de ser cabível a execução da pena de forma provisória, após a condenação em segunda instância, conforme o HC 91.675/PR de 2007.¹²³

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado.

O Supremo Tribunal Federal, por algum tempo permaneceu com o entendimento acima exposto. Entretanto, devido a diversos debates sobre o assunto, a partir do ano de 2009 a linha de entendimento sofreu alteração com o HC 84.078/09, justapondo o que prevê o artigo 637 do Código de Processo Penal: “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”¹²⁴

A Suprema Corte declarou a impossibilidade de cumprir a pena antes do trânsito em julgado da sentença definitiva, firmando a viabilidade de encarceramento caso seja necessário essa medida em prisões cautelares. Nesse sentido, trata o art. 5º LVII da Constituição Federal e o art. 283 do Código de Processo Penal a incompatibilidade desses dispositivos com a execução da prisão antes do trânsito em julgado da sentença.¹²⁵

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA

¹²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 91675 PR**, Relator: Ministra. CARMÉN LUCIA. 04 de setembro de 2007.

¹²⁴ Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

¹²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 84078 MG**, Relator: Ministro. EROS GRAU 05 de fevereiro de 2009.

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Com o julgamento do HC 126.292/16 do Supremo Tribunal Federal, ficou decidido que: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferida em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência”.¹²⁶

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Conforme a posição do Ministro relator Teori Zavascki, o réu deverá ser considerado inocente desde que ainda não tenha sido proferida a sentença penal condenatória de segunda instância, logo, depois dessa fase, esgota-se o princípio da presunção de inocência, haja vista, que os recursos admissíveis da decisão de segunda instância, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, não reexaminam provas e fatos, somente matéria de direito.¹²⁷

Durante a decisão foi levantado que não foram violados os princípios constitucionais pela prisão depois da análise de recurso pela segunda instância, haja vista que o

¹²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 126.292**, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016.

¹²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 126.292**, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016

condenado teve todos os meios necessários para se defender através do devido processo legal desde o início da ação penal. Destarte, é incompatível que o postulado constitucional da presunção de inocência seja objeto para impedir a execução da pena após a decisão do órgão colegiado.¹²⁸

Segundo Luís Roberto Barroso, o princípio da presunção de inocência que arrola o art. 5º, inciso LVII, sofreu uma mutação constitucional pela alteração de interpretação, de acordo com o Ministro:¹²⁹

“Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto.”

Após a decisão do Habeas Corpus 126.292 do STF, foi impetra Ação Direta de Constitucionalidade, de números 43 e 44, com a finalidade de ser o art. 283 do Código de Processo Penal conhecido constitucional, tendo em vista que:¹³⁰

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

A Suprema Corte indeferiu a medida cautelar, mas optou pela constitucionalidade do referido artigo, dispondo que não há a necessidade de ratificação da decisão de primeiro grau e segundo grau pelas cortes superiores para dar início ao cumprimento da pena.¹³¹

¹²⁸ Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, volume único, 5ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015. p. 147

¹³⁰ Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

¹³¹ Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

3.3 A EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS DE FORMA ANTECIPADA

Ao impor que seja a pena executada de maneira provisória, é possível perceber uma ofensa a um princípio assegurado pela Constituição Federal interligado ao direito processual penal, trata-se da presunção de inocência, disposta no art. 5º da Carta Magna, o qual arrola garantias fundamentais. O artigo citado regulamenta em seu inciso LVII, que ninguém será considerado culpado antes que do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Segundo o doutrinador Tourinho Filho:¹³² “(...) enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela.”

Nesse mesmo entendimento, apresenta Guilherme Nucci:¹³³ “(...) As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.”

3.3.1 Conforme a posição do Superior Tribunal de Justiça

A legislação penal, em seu artigo 44 assevera que as penas restritivas de direitos são autônomas e podem substituir as penas privativas de liberdade se a pena aplicada pelo juízo competente não for superior a quatro anos e o crime não for realizado com violência ou grave ameaça contra pessoa, ou qualquer que seja a pena se o crime for culposos; o réu não for reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, assim como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.¹³⁴

¹³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª edição. Revisada e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34

¹³⁴ BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 10 de março de 2017.

Em Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a presidente revelou que o entendimento majoritário do tribunal é da impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos. Durante o julgamento a Seção afirmou que mesmo a Suprema Corte entendendo pela possibilidade da execução penal de forma antecipada depois da condenação em segunda instância, esta não se aplica às penas restritivas de direitos, haja vista a redação do dispositivo 147 da Lei de Execuções Penais, que expressa: ¹³⁵

“transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

Assim como a Seção argumentou a respeito da ausência de análise pelo Plenário da Suprema Corte no que tange a viabilidade da execução das penas restritivas de direitos antes mesmo do trânsito em julgado da condenação.¹³⁶

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos. 2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. 3. Embargos de divergência rejeitados.

As decisões atuais da Suprema Corte e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça, após o entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal possibilitam demonstrar que a viabilidade da execução da pena de forma provisória após a condenação em segunda instância, alcançaria da mesma maneira as penas restritivas de direitos, segundo o Ministério Público. Sustentava ainda que seria contraditório admitir a imediata restrição de

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.

¹³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.

liberdade do condenado, ao passo que obsta o cumprimento da pena de maneira mais moderada que a prisão.¹³⁷

“O Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos. No julgamento do HC 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a prisão do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado”, ressaltou o Ministro Mussi ao argumentar a impossibilidade da execução provisória no tocante às penas restritivas de direitos.¹³⁸

Conforme o entendimento majoritário da Suprema Corte, a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange a possibilidade do início do cumprimento da pena de maneira imediata, logo após a confirmação em segunda instância, não abrangeu as penas restritivas de direitos.¹³⁹

3.3.2 Conforme a posição do Supremo Tribunal Federal

Para parte da jurisprudência da Suprema Corte, não é possível a execução provisória das penas restritivas de direitos, pois o princípio da presunção de inocência afasta a execução provisória da pena.¹⁴⁰

HABEAS CORPUS – OB JETO. Surge adequado o habeas corpus quer se trate de impugnação a ato individual, quer de Colegiado, sendo suficiente que se tenha articulação de ilegalidade a alcançar a liberdade de ir e vir do cidadão e haja órgão competente para julgá-lo. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – INADEQUAÇÃO. O princípio da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena.

¹³⁷ BRASIL, **Execução provisória é inaplicável à pena restritiva de direitos**. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-%C3%A9-inaplic%C3%A1vel-%C3%A0-pena-restritiva-de-direitos> Acesso em: 25 de março de 2018.

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.

¹⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 137088**, Relator: Ministro. MARCO AURÉLIO 24 de outubro de 2017.

Em contrapartida, mesmo que pendente o trânsito em julgado do processo a execução antecipada das penas restritivas de direitos aplicadas em sentença de segundo grau de jurisdição, não viola o princípio constitucional da não culpabilidade.¹⁴¹

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I E II, DA LEI 8.137/90. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. 2. In casu, o recorrente foi condenado, em sede de apelação, à pena de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, bem como ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa pela prática do crime previsto no artigo 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exhaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido.

Considerando-se aplicável a execução da pena privativa de liberdade de maneira provisória, seria incoerente conhecer pela inviabilidade da execução das penas restritivas de direitos, indiscutivelmente mais moderada do que as penas privativas de liberdade. Insta salientar, que sendo possível a restrição da liberdade do réu, não seria lógico impossibilitar a imposição da execução provisória das penas restritivas de direito mesmo que pendentes de julgamento por instância superior.¹⁴²

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 141978**, Relator: Ministro. LUIZ FUX 01 de agosto de 2017.

¹⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 141978**, Relator: Ministro. LUIZ FUX 01 de agosto de 2017.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que a aplicação da Execução Provisória nas penas restritivas de direitos está impedida pela Lei de Execuções Penais, no tocante a sua admissibilidade por parte da jurisprudência atual. Nota-se que a lei supramencionada, em seu dispositivo 147, dispõe que é marco inicial para a execução penal o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória.

Segundo a posição do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, discutia-se a aplicação da execução provisória das penas privativas de liberdade, com o argumento de que a condenação em segundo grau de jurisdição, não contraria o princípio da não culpabilidade, assegurado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

É importante ressaltar que este princípio deve ser base do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a Suprema Corte afirma que durante o processo o acusado teve todos os direitos e garantias disponíveis pela Constituição Federal, portando não podendo alegar que fora violado o princípio da presunção de inocência.

Sob perspectiva diversa, verifica-se que durante a decisão do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se a perspectiva da impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos. Mesmo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que é possível a execução da pena de forma provisória, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é de que essa possibilidade não alcança os condenados às penas restritivas de direitos, haja vista a norma estabelecida no artigo 147 da Lei de Execuções Penais.

Insta salientar, que a Suprema Corte, não faz referência de que as penas restritivas de direitos apenas poderiam ser executadas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que, em caso de aplicação diversa, provocaria compreensão extensiva da decisão proferida pelo Pretório Excelso.

Outrossim, cabe mencionar, mesmo que o Supremo Tribunal Federal seja o responsável pela garantia do cumprimento das leis dispostas pela Constituição Federal, tendo em vista que o mesmo simboliza o poder máximo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que esta interpretação firmada produziu efeitos vinculantes, haja vista que a atual presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia, afirmou que a decisão da possibilidade da execução provisória das penas privativas de liberdade possui caráter de repercussão geral.

Conclui-se, que nas penas privativas de liberdade, a antecipação da execução provisória pode favorecer o condenado no que diz respeito aos privilégios expressos para execução. Ao passo que nos casos de aplicação das penas restritivas de direitos, não é possível desfrutar de benefícios, por não haver a possibilidade da progressão de regime, tal como acontece nas penas privativas de liberdade.

Em suma, ao decorrer do estudo da presente monografia, no que concerne à Constituição Federal frente ao princípio da presunção da não culpabilidade, constata-se pela impossibilidade de iniciar a execução provisória das penas restritivas de direitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, volume único, 5ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015. p. 147

BITTENCOURT, Cezar Roberto, **Novas Penas Alternativas**. 3ª Edição. São Paulo. Ed Saraiva, 2006.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código penal de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código de processo penal de 1941**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

BRASIL, **Execução Provisória da Pena**- Igor Eduardo Tonon. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,execucao-provisoria-da-pena,589063.html> > Acesso em: 10 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm > Acesso em: 18 de setembro de 2017.

BRASIL, **Princípios norteadores da execução penal** - Hálisson Rodrigo Lopes, Gustavo Alves de Castro Pires, Carolina Lins de Castro Pires. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14118 > Acesso em: 18 de setembro de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 1355445 SP 2012/0246446-0**, Relator: Ministro ROGÉRIO CRUZ, 26 de maio de 2015

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 314550 MS 2015/001119-2** , Relator: Ministro. GURGEL DE FARIA. 17 de março de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 91675 PR**, Relator: Ministra. CARMÉN LUCIA. 04 de setembro de 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 84078 MG**, Relator: Ministro. EROS GRAU 05 de fevereiro de 2009

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 126.292**, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 137088**, Relator: Ministro. MARCO AURÉLIO 24 de outubro de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 141978**, Relator: Ministro. LUIZ FUX 01 de agosto de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGV: 70046849592**, Rel. SYLVIO BAPTISTA NETO. Rio Grande do Sul, 08 de março de 2012.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, 11 ed – São Paulo, Saraiva, 2014. P, 1146.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e pratica**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direto Penal, Parte Geral**, 22º edição, São Paulo, editra Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª edição. Revisada e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34

PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Estudo e Pareceres de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65