



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

FLÁVIA MUNHOZ MERGENER

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:
mitigação ao princípio da presunção de inocência ou efetividade jurisdicional? Estudo
de caso do *habeas corpus* 126.292/SP**

BRASÍLIA

2018

FLÁVIA MUNHOZ MERGENER

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:
mitigação ao princípio da presunção de inocência ou efetividade jurisdicional? Estudo
de caso do *habeas corpus* 126.292/SP**

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinícius Reis
Bastos

BRASÍLIA

2018

FLÁVIA MUNHOZ MERGENER

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:
mitigação ao princípio da presunção de inocência ou efetividade jurisdicional? Estudo
de caso do *habeas corpus* 126.292/SP**

Monografia apresentada como requisito para
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinícius Reis
Bastos

BRASÍLIA, _____ de _____ de 2018

BANCA AVALIADORA

Prof. Dr. Marcus Vinícius Reis Bastos
Orientador

Examinador

“A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo.”

(Nelson Mandela)

AGRADECIMENTOS

Obrigada, Deus, por ter me ajudado a realizar este sonho de me tornar operadora do Direito. Agradeço pela força e determinação, desde o momento que escolhi entrar nesta jornada e, principalmente, para concluí-la. Foi desafiadora e muito boa a experiência!

Obrigada à minha família, que acreditou em mim e me ajudou com todo o apoio que precisei. Obrigada aos professores e amigos que fiz, principalmente, aos que me inspiram a lutar pelo o que acredito.

Agradeço ao meu melhor amigo, namorado e marido que conheci no início desta jornada; obrigada pelo amor, carinho, compreensão e por ter estado ao meu lado em todos os momentos.

Por fim, agradeço a meu orientador pela oportunidade de aprender com ele, pelo suporte e por ser um profissional exemplar.

RESUMO

Trata-se de monografia acerca da decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, de que é possível a execução provisória de sentenças penais condenatórias, gerando a reflexão, por um lado, se houve mitigação ao princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade; e, por outro lado, se ocorreu a harmonização desse princípio com a efetividade jurisdicional penal. Para tanto, serão desenvolvidos os conceitos relacionados à temática, como o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, a historicidade da jurisdição penal, conceitos de pena, prisão e execução penal provisória. Busca-se, com o presente trabalho, a análise e a reflexão acerca da compatibilidade ou não da execução penal provisória com o ordenamento jurídico brasileiro, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, a partir do desenvolvimento conceitual da temática, do detalhamento e da análise crítica dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso em exame.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de inocência ou de não culpabilidade. Execução Penal Provisória. Estado Democrático de Direito. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This is a monograph on the decision rendered in the judgment of *Habeas Corpus* nº 126.292 / SP, that it is possible the provisional execution of criminal convictions sentences, generating the reflection, on the one hand, if there was mitigation to the principle of presumption of innocence or principle of not guilty; and, on the other hand, if the harmonization of this principle occurred with the judicial jurisdictional effectiveness. To do so, concepts related to the subject will be developed, such as the principle of non-culpability or presumption of innocence, the historicity of criminal jurisdiction, concepts of punishment, imprisonment and provisional criminal execution. With the present work, the analysis and reflection about the compatibility or not of the provisional criminal execution with the Brazilian legal system, in the doctrinal as well as the jurisprudential scope, is based on the conceptual development of the subject, detailing and critical analysis of the votes cast by the Ministers of the Supreme Federal Court in the trial of the case in question.

KEY WORDS: Presumption of innocence or non-guilt. Provisional Criminal Execution. Democratic state. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 JURISDIÇÃO CRIMINAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	13
1.1 Historicidade da Jurisdição Criminal.....	13
1.2 O Princípio da Presunção da Não Culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.	16
1.3 O conteúdo do Princípio.	19
1.4 Desdobramentos da Presunção da Não Culpabilidade no Processo Penal.	20
1.5 Presunção de inocência ou Presunção da não culpabilidade?.....	22
1.6 Não-culpabilidade: princípio ou regra?	24
2 ASPECTOS DA PENA, DA PRISÃO E DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA	27
2.1 Evolução histórica da pena	27
2.2 Função e finalidade da pena.....	28
2.3 Princípios relacionados com a pena.....	31
2.4 Espécies de pena no ordenamento jurídico brasileiro.....	35
2.5 Espécies de prisão no ordenamento jurídico brasileiro.....	40
2.6 A falência da privativa de liberdade.....	42
2.7 Execução Provisória da Pena.....	45
2.7.1 Execução Penal.....	45
2.7.2 Princípios limitadores da execução penal.....	47
2.7.3 Execução Penal Provisória	50
2.7.4 Breve histórico brasileiro.....	51
2.7.5 Espécies: prisões cautelares.....	56
2.7.6 Prisão em flagrante	57
2.7.7 Prisão Temporária.....	59
2.7.8 Execução Penal Provisória e o Princípio da não culpabilidade.....	60
3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	65
3.1 A evolução jurisprudencial no STF.....	65
3.2 Detalhamento dos votos do HC 126.292/SP: argumentação e a respectiva análise crítica.	71
3.2.1 Argumentação 1: recursos extraordinário e especial.....	73
3.2.2 Argumentação 2: execução penal provisória aceita em outros países.....	75
3.2.3 Argumentação 3: presunção de inocência é princípio	76
3.2.4 Argumentação 4: mutação constitucional.....	78
3.2.5 Argumentação 5: culpabilidade e prisão	80
3.2.6 Argumentação 6: “agigantamento de afazeres”.....	83
3.2.7 Argumentação 7: recursos protelatórios	84
3.2.8 Argumentação 8: descrédito do sistema de justiça penal	85
CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

INTRODUÇÃO

Um trabalho acadêmico acerca do Direito Penal há de ser desenvolvido a partir da análise e correlação com o mundo sociológico, econômico e político. Também têm que ser considerados os critérios temporal e espacial, os quais permitem a melhor compreensão dos institutos jurídicos e a tutela de bens jurídicos.

O exame da atividade estatal perante o Processo Penal deve ser feito sempre considerando a efetivação dos direitos e garantias individuais, com vistas à proteção de demasiadas punições do Estado, a fim de que haja uma limitação da atividade estatal dentro do Estado Democrático de Direito.

Nesta esteira, o tema a ser desenvolvido neste trabalho será acerca da admissibilidade da execução penal provisória, tendo em vista ter ocorrido, recentemente, alteração na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

E o objetivo é averiguar se a decisão de admitir a execução penal provisória é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, se enseja mitigação ao princípio da presunção de inocência, ou, por outro lado, se a busca pela efetividade jurisdicional justifica a mitigação de um direito fundamental. Assim, de forma ampla, o presente trabalho permitirá analisar se há o desrespeito aos direitos individuais de proteção contra o poder abusivo do Estado em face da garantia da ordem pública e de um sistema punitivo efetivo.

Para isso, além do desenvolvimento conceitual, no presente trabalho será realizada a descrição e análise crítica do acórdão proferido no julgamento do HC nº 126.292, cujo relator foi o falecido Ministro Teori Zavascki. Com este julgamento, por sete votos a quatro, firmou-se o entendimento de que a possibilidade de início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau não ultraja o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade.

Esta polêmica no mundo jurídico reside em envolver conflitos entre as garantias do acusado e da efetividade da função jurisdicional. Perante o complexo sistema de justiça criminal do Brasil, o desafio do Estado incorre em satisfazer as expectativas da sociedade acerca da criminalidade, sem, contudo, transgredir os direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

A pesquisa foi realizada com base em livros de diversos doutrinadores, artigos científicos, textos jurídicos disponíveis na internet, aulas e palestras assistidas ao longo da graduação e conversas com profissionais e colegas do Direito.

No primeiro capítulo, inicialmente, o estudo será realizado em torno da historicidade da jurisdição criminal, evidenciando a a necessidade de regulamentação jurídica, a fim de estabelecer ordem, segurança e justiça entre os sujeitos de uma coletividade. Para a solucionar as controvérsias no âmbito penal, é imprescindível e necessária a prestação jurisdicional jurisdição necessária, por não ser possível a aplicação espontânea do direito material na solução dos conflitos das relações da vida.

Em seguida, será explorado o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é fundamental para garantir a democracia no Processo Penal. O descumprimento de tal preceito significa um retrocesso às garantias fundamentais do indivíduo. Aqui, será demonstrada a discussão acerca do conteúdo do referido princípio, bem como os seus desdobramentos no Processo Penal.

No segundo capítulo, serão evidenciados os aspectos da pena, da prisão e da execução penal provisória.

Sobre a pena, no decorrer da história, a função e a finalidade da pena sofreram mudanças, de acordo com as teorias que procuravam entender a necessidade e a utilidade da pena de acordo com as condutas de cada indivíduo, em cada época, na evolução da sociedade. Nesse sentido, o conceito de culpabilidade necessita de justificativa a respeito do “porquê e para quê da pena”. Por isso, a necessidade de se examinar as teorias que explicitam o sentido, função e finalidade das penas, em suas teorias.¹ As mais relevantes são as Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena; as Teorias Preventivas da Penas e as Teorias Unificadoras ou Ecléticas.

Além disso, serão apresentados princípios constitucionais, aos quais a pena a ser executada deverá observar, decorrentes do Estado Democrático de Direito. E, também, as espécies de pena no ordenamento jurídico brasileiro.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

A prisão, fundamentada no art. 5º, LXI, CF, e os demais incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV, os quais regulam a forma de realização da prisão², será explorada em relação às espécies que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. A análise histórica da evolução da pena e da prisão demonstra que, no transcorrer das transformações sociais, políticas e econômicas, a necessidade em exercer o domínio sobre os indivíduos colaborou para o surgimento da pena privativa de liberdade. Contudo, o instituto da pena de prisão parece estar falido em relação ao alcance de suas finalidades de prevenção e repressão, gerando sentimento de perplexidade diante da possibilidade de execução antes da consolidação completa da decisão condenatória³.

Ao final do segundo capítulo, será dedicada boa parte do trabalho à parte conceitual da execução penal provisória. O conceito de execução penal e os princípios limitadores à execução penal serão abordados até adentrar à parte da execução penal provisória, com enfoque no histórico brasileiro, para demonstrar a evolução da questão no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo tratará do ponto máximo do referido trabalho, no qual será apresentada a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da aceitabilidade da execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. E será realizado o detalhamento dos votos dos Ministros no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, com a análise crítica dos argumentos apresentados pelos Ministros.

Sobre a execução penal provisória, o STF apresentou três oscilações de entendimento, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988. Inicialmente em 1991, em seguida, em 2009, e, a mudança mais recente, em 17 de fevereiro de 2016, com o julgamento do HC nº 126.292/SP.

Por fim, a partir da análise crítica da argumentação, será possível responder ao questionamento norteador deste trabalho: se a execução provisória da pena é ou não compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. E, mais, se ela enseja mitigação à presunção de não culpabilidade ou se é justificada pela efetividade jurisdicional.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 342.

³ BOLETIM IBCCRIM. O pêndulo do Supremo. Ano 24, n. 281, abr. 2016. p. 1. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim281.pdf?x=05022016>>. Acesso em: 20 jun. 2018

A conclusão acerca do tema é de extrema importância, por permitir a reflexão crítica acerca de argumentos que, muitas vezes, motivados por questões de ordem mais política que jurídica, levam ao afastamento do constitucionalismo e buscam soluções que afrontam o Estado Democrático de Direito.

1 JURISDIÇÃO CRIMINAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

1.1 Historicidade da Jurisdição Criminal

A pluralidade das relações sociais, familiares, educacionais, políticas entre as pessoas estabelece direitos e deveres entre as partes. Assim surge a necessidade de regulamentação jurídica, a fim de estabelecer ordem, segurança e justiça entre os sujeitos de uma coletividade. Dessa forma, o verdadeiro Direito é observado em situações em que se têm um vínculo jurídico, ou seja, quando presente a obrigação e a certeza de que, caso a obrigação não seja prestada espontaneamente, a será coercitivamente.⁴

Para a solução das controvérsias de interesses no âmbito penal é imprescindível a prestação jurisdicional, tendo em vista que não se admite aplicar pena pela via administrativa. Trata-se, portanto, de jurisdição necessária, por não ser possível a aplicação espontânea do direito material na solução dos conflitos das relações da vida.⁵

Em relação à trajetória da jurisdição criminal, tem-se na Antiguidade, inicialmente, a adoção da pena de Talião, utilizada para expurgar o mal cometido com outro do mesmo grau, o famoso “olho por olho, dente por dente”. Tempos depois, com o surgimento das normas escritas, há as registradas no Código de Hammurabi (2123 a 2081 a.C.) enfatizando que o poder julgador cabia aos reis, os quais eram tidos como emissários dos deuses. Posteriormente, foi criada a figura do Árbitro, exercida por um particular que não tinha poder coativo para impor a decisão. Com o firmamento dos núcleos sociais, nasceu a figura do Juiz, cuja função era a de disseminar justiça⁶.

Em Roma, em um primeiro momento o rei exercia a jurisdição criminal, em seguida os reis foram expulsos e o Senado e as Assembleias do povo passaram a exercer a jurisdição. Aos cônsules eram atribuídas as funções de polícia; também surgiu, durante o Império, a possibilidade de acusações *ex officio*, prolatadas pelos procônsules. Passou a existir uma

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 50

⁵ Ibidem, p. 46.

⁶ ROMEIRO JR, Jorge Alberto. Jurisdição Criminal – Um Pouco da sua História. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 14, p. 107-118, 2001.

categoria de jurisdição mais elevada, a do Príncipe, a qual admitia requerimento da própria parte suplicando julgamento⁷.

Na Grécia, havia a divisão em tribunais da Pólis, os quais recebiam os crimes de acordo com a natureza dos crimes: o “Tribunal dos Heliastas” proferia “penas perversas”; o “Tribunal dos Éfetas” produzia julgamentos simplistas e curtos; e “O Aerópago”, mais formalista, criou a beca como símbolo de igualdade entre os tribunos e os juízes, praticava o contraditório, a publicidade e a oralidade. Em Esparta, a jurisdição criminal era pela figura dos Reis, que ocupavam a Presidência do Senado, juntamente com a Assembleia do povo⁸.

Em relação à realidade do Brasil, as Ordenações Manuelinas, de D. Manuel, em 1521 foram as primeiras que regeram, revogando as anteriores, publicadas em Portugal. Nesse âmbito, as ações penais eram iniciadas pelas chamadas “querela”, “denúncia” ou “devassa”, no caso de crimes públicos, e apenas por “querela”, nos crimes particulares⁹.

Pereira de Souza, na obra *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, em Lisboa, 1831, as definiu como¹⁰:

Querela era a delação que alguém fazia, no juízo competente, de algum fato criminoso por interesse público ou particular. Nela, o juiz só procedia a requerimento por interesse público ou particular. Nela, o juiz só procedia a requerimento da parte e o autor era obrigado a provar a sua queixa.

Devassa, a informação do delito, tomada por autoridade do juiz, para castigo dos delinquentes e conservação do sossego público. O procedimento judicial era ex officio. Dividia-se em geral (tirada no início e no meio do ano, visando certas infrações, como, e.g. caça e pesca em época proibida) e especial (prevista para os crimes de autoria incerta e outros, como os de estupro, arrombamento de cadeia, bofetada, propinação de veneno, açoites em mulher etc., com competência atribuída ao juiz local da culpa).

Denúncia, a declaração de crime público, feita em juízo, para se proceder contra o delinquente por ofício de justiça. Só tinha vez nos delitos que fossem objeto, em tese, de devassas ou naqueles em que havia a sua previsão legal (quebra dolosa, blasfêmia, uso de armas proibidas extração e ocultação de ouro e diamantes etc). Nela, os delatores se limitavam a trazer o fato a juízo, deles se exigindo somente o juramento como formalidade.

⁷ ROMEIRO JR, Jorge Alberto. *Jurisdição Criminal: Um Pouco da sua História*. **Revista da EMERJ**, v. 4, n.14, 2001. p. 109–110.

⁸ *Ibidem*. p. 111.

⁹ *Ibidem*. p. 114.

¹⁰ SOUZA, 1891 apud ROMEIRO JR, 2001, p. 115.

Ainda, cabe destacar que o exercício da justiça era realizado por várias autoridades, as quais estavam sempre submissas aos desejos dos que mandavam na Colônia¹¹.

Em 1603, foram publicadas por D. Felipe II as Ordenações Filipinas, as quais mantiveram o sistema e a natureza das Ordenações Manuelinas. Em seguida, D. Pedro de Alcântara promulgou a Lei 12.11.1821 acarretando a extinção das “devassas” e reanalizando os meios de persecução pelo Decreto 20.10.1823, somente abolidos com a promulgação dos Códigos Criminal (1830) e o do Processo Penal (1832). Dessa forma, deu-se o início aos processos iniciados por queixa e denúncia, bem como aos procedimentos *ex officio*¹².

No progresso da jurisdição criminal, o modelo garantista clássico desenvolveu-se em face de modelos autoritários, da tradição autoritária antiga. O modelo garantista clássico é constituído por princípios, como a legalidade estrita, a lesividade e a materialidade dos delitos, o contraditório entre as partes, a responsabilidade pessoal e a presunção de inocência, os quais são, em sua maioria, produtos do Iluminismo e do Liberalismo.¹³ Decorrente do modelo garantista, Luigi Ferrajoli propõe o seguinte sistema de “axiomatização”:

*A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione e A10 Nulla probatio sine defensione.*¹⁴

Os princípios supracitados foram se consolidando nas constituições e codificações modernas, constituindo um sistema coeso e unitário. Esse sistema é constituído por dois aspectos, um referente à acepção legislativa e o outro à constatação jurisdicional do desvio punível, e equivalem a conjuntos de garantias do sistema punitivo que motivam, são as chamadas garantias penais e as garantias processuais¹⁵.

Em contraposição, os modelos autoritários ou antigarantistas são tidos como produto de práticas legislativas, policiais ou judiciais e, ainda, oriundos de doutrinas e modelos políticos e teóricos opostos ao do garantismo. Como consequência desta vertente, o padrão do direito penal e do processo oriundos configura-se também como uma epistemologia penal específica,

¹¹ ROMEIRO JR, Jorge Alberto. Jurisdição Criminal: Um Pouco da sua História. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 14, 2001. p. 116.

¹² ROMEIRO JR, loc. cit.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

¹⁴ Ibidem, p. 91.

¹⁵ Ibidem, p. 30.

chamada por Ferrajoli de inquisitiva ou antigarantista. Esta, por sua vez, é constituída por dois elementos também opostos aos garantistas, um relativamente à acepção normativa e o outro à constatação judicial do desvio penal¹⁶.

1.2 O Princípio da Presunção da Não Culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio constitucional da presunção de não culpabilidade é o basilar para garantir a democracia no processo penal; o descumprimento de tal preceito é um retrocesso às garantias fundamentais do indivíduo. De acordo com Ada Pellegrine Grinover, esse preceito geral é apoiado pelos valores relativos ao respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade do indivíduo, os quais devem ser considerados em todas as atitudes do Estado Democrático de Direito¹⁷.

Inicialmente, há que se ressaltar sua correspondência ao princípio da necessidade de jurisdição, sendo obrigatório para o reconhecimento de culpa que haja o julgamento pronunciado por um juízo regularmente instituído e concretizado com a observância do devido processo legal¹⁸.

Observa-se que esse pressuposto corresponde ao axioma A7 *Nulla culpa sine judicio* descrito por Ferrajoli, para o qual “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada”. Ainda, o autor assevera ser esse “o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”¹⁹.

Aury Lopes Jr. expõe que a Presunção de Inocência surgiu no Direito Romano com os Escritos de Trajano “*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem dammare*”, traduzindo-se à “é melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente”; também cita-se “*ei incubit probatio quit dicit non qui negat*”, entendido por “a prova cabe

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 35

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo III Série**: Estudos e Pareceres de Processo Penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 9

¹⁸ GRINOVER, loc. cit.

¹⁹ FERRAJOLI, op. cit., p. 441.

(incumbe) a quem afirma, não a quem a nega”²⁰. Ou seja, a presunção de inocência surgiu pela regra “*in dubio pro reu*”²¹.

Na Idade Média, houve enfraquecimento do princípio, tendo em vista que situações que apresentavam provas insuficientes automaticamente eram tidas como uma espécie de semiprovas, às quais correspondiam a uma semicondenação, por ser considerado semiculpável²².

Em 1789, o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, na França: Art. 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. No entanto, voltou a ser alvo de ataques totalitários e fascistas, que sustentavam não haver sentido em se defender e presumir inocentes os imputados, uma vez que, ao final do processo, quase todos eram considerados culpados.

No cenário brasileiro, o marco da introdução do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico se deu com a ratificação da Declaração Universal Dos Direitos Humanos (DUDH), proclamado pela Assembleia Geral das nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948²³:

1. tenha sido provida de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Em 22 de novembro de 1969, com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos em San José, Costa Rica), o princípio da não culpabilidade novamente foi tratado,

²⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 113

²¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 576

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 110

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

conforme teor do artigo 8º: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.²⁴

Por fim, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, o Brasil injetou o referido princípio expressamente em seu texto, inclusive na condição de cláusula pétrea, em seu artigo 5º: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²⁵

Em contraposição à legislação precedente, que se pautava no princípio da culpabilidade e da periculosidade do indivíduo, Eugênio Pacelli defende que o texto constitucional estabeleceu um sistema de vastas garantias individuais, como a afirmação expressa de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de penal condenatória”, art. 5º, inciso LVII.²⁶

Com o advento da Carta Magna e a instituição do Estado Democrático de Direito, o Processo Penal também teve que se democratizar, havendo a chamada Constitucionalização do Processo Penal.²⁷ Sendo a democracia um sistema político em que há a valorização do indivíduo perante o Estado, não poderia ficar de fora a consequente democratização do processo penal, com o fortalecimento do sujeito passivo²⁸.

A Declaração Universal de Direitos Humanos e, posteriormente, a Carta Magna são consagradores de limitações necessárias à subsistência do homem perante o Estado, não admitindo mais a submissão desse aquele. O Estado tem como prioridade a tutela dos homens e a garantia de seus direitos fundamentais, uma vez que busca o bem comum.²⁹

Pertencer ao rol de direitos fundamentais significa, segundo o Ministro Gilmar Mendes, percebê-los como direitos de defesa contra a intervenção do Poder Público, a qual pode se dar de duas formas: “(a) não-impedimento da prática de determinado ato” e pela “(b) não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas”; na

²⁴ CIDH. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso: 25 fev. 2018.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

²⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14.

²⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 40.

²⁸ Ibidem, p. 41.

²⁹ LOPES JR, loc. cit.

concepção tradicional³⁰. Nessa concepção, percebe-se a competência negativa do Poder Público, o qual fica compelido a obedecer “o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado”.³¹.

Ainda, o professor Gilmar Mendes menciona que os direitos fundamentais garantem a preservação da liberdade individual contra interferências ilegítimas dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, dispondo o indivíduo de pretensão de violação, pretensão de revogação ou pretensão de anulação contra o Estado violador³².

1.3 O conteúdo do Princípio.

Ao apreciar o art. 5º, LVII da Constituição Federal³³, segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, percebe-se a proteção constitucional à presunção da não culpabilidade.

O referido princípio decorre do Estado Democrático de Direito, sendo uma garantia processual penal, cuja finalidade é a de esperar o trânsito em julgado para certificar sobre a autoria de conduta tipificada no Código Penal. Ou seja, o ordenamento jurídico regula a pretensão punitiva do Estado ao cumprimento do devido processo legal para concretizar a acusação e condenação. Dessa forma, para que o indivíduo não seja mais considerado inocente, é imprescindível que se esgotem todos os meios de prova e possíveis recursos que permitam sua defesa.

Para Guilherme Nucci, o princípio da não culpabilidade estabelece que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, uma vez que as pessoas são, por natureza, inocentes e, para romper tal situação, é necessário que o Estado corrobore por meio de provas comprobatórias suficientes a culpa do indivíduo³⁴.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, n. 8, 2004. p. 132.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, 2004. p. 133

³² MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, 2004. p. 133.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35.

Tendo em vista que a nossa Carta Política de 1988 fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, resta claro que, para que se possa coibir alguém de sua liberdade, é imperioso não haver dúvida em relação à autoria e materialidade de um fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, na ocasião em que ocorre o trânsito em julgado e o sujeito é considerado culpado, ocorre a perda da presunção relativa de inocência relativamente ao fato específico e determinado. Assim sendo, é presumida a inocência desse indivíduo aos demais fatos a que possa vir a ser indiciado.

1.4 Desdobramentos da Presunção da Não Culpabilidade no Processo Penal.

O autor Fernando Capez expressa que o estado de inocência pode ser desmembrado em três aspectos: inicialmente, relativamente ao momento da instrução criminal, em que, devido à presunção legal relativa de não culpabilidade, inverte-se o ônus da prova; depois, em relação ao valor da prova, com vistas a beneficiar o acusado; finalmente, referente ao curso do processo penal, considerando o estado de inocência que vincula à forma de tratamento do acusado³⁵.

Para Eugênio Pacelli, é decorrência do princípio da presunção de inocência a imposição ao Estado à observância da regra de tratamento e da regra probatória, em relação ao acusado. Essas duas regras são relacionadas à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal. Ou seja, o indivíduo que goza da presunção de não culpabilidade não pode ser submetido ao mesmo tratamento dos já condenados com sentença transitada em julgado.³⁶

De acordo com a regra de tratamento, o réu não pode ter restrições pessoais oriundas unicamente na probabilidade de condenação, em nenhum momento do “iter persecutório”³⁷. Assim, da investigação ao julgamento por tribunais superiores, todos os imputados têm de ser tratados como inocentes, até o momento da sentença penal condenatória irrecurável, que proporcionará uma certeza jurídica.

Em situações excepcionais, desde que devidamente motivado, o Estado poderá utilizar-se de tratamento diferenciado, ocasiões nas quais será necessário o tratamento desigual. O uso de algemas é exemplo dessa excepcionalidade, não podendo ser resultado de arbitrariedade de autoridade policial. Ou no caso das prisões cautelares, as quais somente se

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

³⁷ OLIVEIRA, loc. cit.

justificam quando fundadas “em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”³⁸.

Em relação à regra probatória, tem-se que a responsabilidade probatória é total da acusação, ou seja, todo o ônus probatório relacionado ao fato e à autoria recaem exclusivamente sobre a acusação³⁹. Tendo em vista que o sistema adotado pelo processo penal brasileiro é o acusatório, cabe ao Estado provar a culpa, e não ao réu provar que é inocente. Sobre o tema, o autor Luigi Ferrajoli assevera:

Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega, formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova, expresso pelo nosso axioma A9 *nulla acusatio sine probatione*.⁴⁰

A regra probatória é confirmada pelo Código de Processo penal, em seu artigo 386, VI e VII:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Esse fundamento é decorrente, inclusive, do sistema democrático brasileiro, o qual visa à proteção dos direitos fundamentais e aposta na liberdade e respeito ao sujeito durante o procedimento de persecução penal.

Ada Pellegrini Grinover destaca a exigência de que será necessária a prova da culpabilidade para a condenação, e essa prova deverá ser “segura e indubitosa”; dessa forma, a ausência de provas ou a ocorrência de dúvidas deverão levar à absolvição, revelando-se, assim, a máxima “*in dubio pro reu*”⁴¹.

Numa outra perspectiva, Norberto Avena defende que os Poderes do Estado têm a incumbência de tornar o princípio da presunção da não culpabilidade efetivo, devendo o

³⁸ OLIVEIRA, loc. cit.

³⁹ OLIVEIRA, loc. cit.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p.486

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo III Série: Estudos e Pareceres de Processo Penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 9.

Legislativo criar normas que visem o equilíbrio do interesse do Estado da satisfação da pretensão punitiva juntamente com a liberdade do indivíduo; o Executivo, por meio da sanção dessas normas; e o Judiciário, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade ou o controle concentrado de constitucionalidade, em relação às disposições que diverjam com o texto constitucional.⁴²

Em decorrência dessa função tríplice estatal, Avena menciona discussões atuais acerca da constitucionalidade de algumas legislações infraconstitucionais, como, a título exemplificativo: “na dosimetria da pena podem ser considerados registros criminais pertinentes a processos a que responde o acusado sem trânsito em julgado condenatório?” Sobre isso, Avena expõe que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é majoritária no entendimento de que essas situações não podem ser valoradas contra o acusado, por conta do princípio da presunção da não culpabilidade. Outra discussão: “É inconstitucional da regressão de regime carcerário em consequência da prática de crime doloso, enquanto não houver, quanto a esse delito, sentença condenatória transitada em julgado?” Sobre essa perspectiva, Avena propõe que, segundo a doutrina majoritária, não implica o art. 118, I, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) violação ao princípio da não culpabilidade, uma vez que o indivíduo que “cumpre pena em regime aberto ou semiaberto tem o dever de demonstrar a sua responsabilidade e adaptação ao convívio social”. Assim, os Tribunais Superiores admitem que o princípio da presunção da culpabilidade não tem caráter absoluto, aceitando a sua mitigação diante de determinadas circunstâncias, como ocorre relativamente ao instituto da prisão preventiva (a qual consente a prisão do denunciado antes da condenação com a finalidade de garantir o cumprimento da lei penal).⁴³

1.5 Presunção de inocência ou Presunção da não culpabilidade?

Ao se examinar esse princípio, nota-se certa divergência entre os doutrinadores em relação à sua terminologia. Há três entendimentos por doutrinadores: os que denominam como princípio da presunção de inocência; os que entendem o princípio não como uma presunção,

⁴² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2017. p. 49

⁴³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2017. p. 49.

mas como um estado de inocência; e aqueles que desconsideram essas nomenclaturas e preferem chamá-lo de princípio da não-culpabilidade.

Historicamente e juridicamente, presunção de não culpabilidade e presunção de inocência não são equivalentes; os embates se deram desde o século XIX e XX, entre as Escola Clássica e Positiva, ainda, posteriormente, entre os da Escola Técnico-Jurídica. Entre os brasileiros, alguns doutrinadores concebem que foi adotada a presunção de inocência, enquanto outros entendem que foi adotado o da não culpabilidade; existem, ainda, os que sustentam que “a norma constitucional em questão do inciso LVII, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal”; e os que acreditam não existir diferenciação entre os dois conceitos⁴⁴

Os que acreditam na nomenclatura “presunção de inocência” defendem que todo indivíduo é presumidamente inocente até que ocorra a ratificação da veracidade de sua culpa. E tal confirmação será válida quando obtida por meio de um devido processo legal, com o juízo competente após o transitado em julgado.

Ferrajoli, no mesmo sentido, assevera:

[...] o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Teses T63) – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.⁴⁵

Barbagalo (2015) explica que não foi utilizada a expressão ‘inocência’ pelo constituinte brasileiro, o que deu margem a doutrinadores defenderem que na Constituição brasileira não houve o reconhecimento expresso da presunção de inocência, mas fala-se em presunção de não culpabilidade⁴⁶.

Doutrinadores que sustentam essa visão consideram que por a Carta Magna não ter mencionado o léxico “presunção”, não há que se considerar o imputado com uma inocência presumida; assim como não há que se considerar o imputado culpado até a sentença

⁴⁴ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015. p. 59. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 576

⁴⁶ BARBAGALO, op. cit. p. 56.

condenatória transitada em julgado, também não se deve considerá-lo presumidamente inocente.

Nessa perspectiva, conforme menciona Eugênio Pacelli:

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto à fase processual propriamente dita (ação penal).⁴⁷

Portanto, diante do exposto e tendo em vista que a inocência não é presumida na Constituição Federal, o termo mais adequado ao direito constitucional brasileiro é “princípio da não-culpabilidade”. A nossa Carta Política assevera que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado⁴⁸.

Segundo Barbagalo, o Supremo Tribunal Federal demonstra preferir a expressão de “presunção de inocência”, embora utilize, em algumas vezes, a expressão “presunção de não culpabilidade”; utilizando-as, também, de modo indistinto em alguns casos. Barbagalo destaca que a “presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência”⁴⁹.

1.6 Não-culpabilidade: princípio ou regra?

Em relação ao conteúdo do enunciado normativo, Barbagalo defende que cabe à doutrina e à jurisprudência apontar o seu alcance e o seu conteúdo. A normatividade aos princípios foi reconhecida há pouco tempo; os critérios mais admitidos para a distinção entre princípios e regras são os relacionados à “generalidade” ou ao “grau de abstração”, nesta senda, esses teriam maior grau de abstração, enquanto aquelas, mais concretude. Esses critérios, observa Barbagalo, são insuficientes⁵⁰

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 383.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁴⁹ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015. p. 61. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracaojudiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursoscriminais-excepcionais>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁵⁰ Ibidem, p. 63.

Para explorar a questão da diferenciação entre regras e princípios, Alexy propõe:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁵¹.

Ainda, sobre o modo de aplicação, Ávila defende:

Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram para argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reason*). Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos. Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. É a própria regra que funciona como razão para adoção do comportamento. As regras poderiam ser enquadradas na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*).⁵²

Ávila conclui:

O traço distintivo não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa, que irá enquadrá-la numa ou noutra categoria de espécie normativa. É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.⁵³

Diante do exposto, Barbagalo⁵⁴ não tem dúvidas de que a presunção de inocência está enquadrada como princípio; constata-se claramente a influência mútua entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve proceder-se à

⁵¹ ALEXY, 2009 apud BARBAGALO, 2015, p. 64.

⁵² ALEXY, loc. cit.

⁵³ ALEXY, loc. cit.

⁵⁴ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracaojudiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursoscriminais-excepcionais>>. Acesso em: 23 mar. 2017

repressão estatal ao crime. Nesta linha, Moraes⁵⁵ reafirma que a presunção de inocência: “É norma-princípio, porquanto, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é como as normas-regras, prescritivas de condutas”.

Sobre essa perspectiva, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu o entendimento de que a presunção de inocência não é regra, mas princípio e, portanto, quando se der a ponderação com demais princípios, pode ser aplicada variando a intensidade – maior ou menor amplitude.⁵⁶

⁵⁵ MORAES, 2010 apud BARBAGALO, 2015, p. 66.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal, 5 de outubro de 2016. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2017. p. 4.

2 ASPECTOS DA PENA, DA PRISÃO E DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

2.1 Evolução histórica da pena

Historicamente, todo grupo social sempre teve regras que geravam a punição dos que cometiam fatos opostos a seus interesses. Era necessário para o grupo ter algum tipo de punição, por questão de sobrevivência, cuja finalidade era a de impedir comportamentos que gerassem risco a sua existência.⁵⁷

A primeira categoria da pena foi resultante da “vingança privada”. A única razão da vingança era a simples retribuição a alguém pelo mal que houvesse praticado. Tal vingança podia ser exercida por quem tivesse sofrido o dano, ou também pelos parentes ou pelo grupo social em que estivesse inserido. Posteriormente, surge o “árbitro”, como um terceiro à relação do conflito, o qual tinha por objetivo indicar quem estaria com a razão. Essa responsabilidade era direcionada aos sacerdotes, por sua ligação com Deus, ou aos anciãos, que eram os conhecedores dos costumes do grupo social em que estavam as partes.⁵⁸

Apenas em última etapa, coube ao Estado a responsabilidade de resolver os conflitos e aplicar a pena condizente ao mal praticado pelo indivíduo. Eis, então, a jurisdição, isto é, a oportunidade que tinha o Estado de dizer o direito a ser aplicado no caso concreto, além de poder implementar suas decisões.⁵⁹

Atualmente, a pena é utilizada para facilitar e regulamentar o convívio dos indivíduos na coletividade; o Estado emprega a pena para resguardar determinados bens jurídicos de ocasionais lesões.⁶⁰

Para Rogério Greco, a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando o sujeito pratica algum delito: “Quando o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *jus puniendi*.”⁶¹

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

⁵⁸ Ibidem, p. 84

⁵⁹ Ibidem, p. 85

⁶⁰ Ibidem, p.113.

⁶¹ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral.14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p.469.

Segundo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

A pena é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a prevenção de novos delitos, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade.⁶²

2.2 Função e finalidade da pena

No decorrer da história, a função e a finalidade da pena sofreram mudanças, de acordo com as teorias que procuravam entender a necessidade e a utilidade da pena segundo as condutas de cada indivíduo, em cada época, na evolução da sociedade.

Beccaria caracterizava a pena de forma utilitarista. Para a referida concepção, a pena era considerada uma simples forma de atuar nos motivos influenciadores da conduta humana; buscava um exemplo para o futuro, e não uma vingança para o passado.

Assim afirma Beccaria em sua obra:

O fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Consequentemente, devem ser escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las, que respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu.⁶³

O caráter de prevenção que Beccaria atribui à pena, em sua expressão “é melhor prevenir delitos que castigá-los”, contribui consideravelmente para minimizar os efeitos do regime punitivo vigente. Tal interpretação é compatível com as finalidades da criminologia moderna, cuja a busca por fazer justiça humana é alcançada pela recuperação do infrator para a coletividade.⁶⁴

Para Cezar Roberto Bitencourt, há estreita relação entre a teoria da pena e a teoria do Estado, ainda, entre a função e a finalidade da pena e o conceito de culpabilidade acatado.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.359.

⁶³ BECCARIA, 1764 apud BITENCOURT, 2011. p. 46.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

Assim, a própria função do Direito Penal é atrelada ao modelo de Estado e uma das questões fundamentais da ciência jurídico-penal é a culpabilidade.⁶⁵

Ainda, Bitencourt sustenta que o conceito de culpabilidade necessita de justificativa límpida a respeito do “porquê e para quê da pena”. Por isso, a necessidade de se examinar as teorias que explicitam o sentido, função e finalidade das penas, em suas teorias.⁶⁶ As mais relevantes são as Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena; as Teorias Preventivas da Penas e as Teorias Unificadoras ou Ecléticas.

Como posto acima, o entendimento do sentido da pena deve ser atrelado ao tipo de Estado a que pertence. Para a análise das Teorias Absolutas, cumpre descrever o cenário do Estado absolutista, marcado pelo aumento da burguesia e acúmulo de capital, provenientes da transição da baixa Idade Média para a sociedade liberal. Diante disso, fazia-se necessária a criação de meios para a proteção de capital desses novos capitalistas. Percebe-se, assim, que o Estado absoluto focou na utilização do poder necessário e ilimitado para permitir o desenvolvimento do capitalismo. Posteriormente, com o surgimento da teoria do contrato social, o indivíduo que se opusesse à adesão ao referido contrato era tido como traidor e, passando a ser considerado como um rebelde, à sua culpa era retribuída uma pena; para essa concepção, a pena tinha como finalidade a realização de justiça.⁶⁷

Os idealistas de destaque das teses retribucionistas da pena foram Kant, com a fundamentação na ordem ética, e Hegel, na ordem jurídica. Para o primeiro, “quem não cumpre as disposições legais não é digno de direito de cidadania”⁶⁸; assim, o soberano deveria castigar, sem piedade, o transgressor da lei. Para Kant, a pena deveria ser aplicada pelo culpado simplesmente por ter ele delinquido. Para Hegel, sua tese é expressa na seguinte afirmação “a pena é a negação da negação do direito”.

De acordo com Ferrajoli, todas as doutrinas que admitem a pena como um castigo, retribuição do crime, como reação, são das teorias absolutas. Essas, têm o foco no passado, isto é, na infração penal praticada pelo indivíduo.⁶⁹

⁶⁵ Ibidem, p. 116.

⁶⁶ BITENCOURT, loc. cit.

⁶⁷ Ibidem, p.118

⁶⁸ Ibidem, p.120

⁶⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 204 apud GRECO, 2012.

Segundo Roxin:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor do fato pelo cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. Detrás da teoria da retribuição se encontra o velho princípio do Talião.⁷⁰

As teorias preventivas, por outro lado, buscam fins preventivos posteriores e têm como fundamento serem necessárias à sobrevivência do grupo social. Os seus defensores são Bentham, Filangieri, Schopenhauer e Feurbach.⁷¹

Tais ideias das teorias preventivas desenvolveram-se no período do Iluminismo, na transição do estado absoluto ao liberal. Nesse contexto, haveria a substituição do “poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique”.⁷²

Sobre as teorias preventivas, Fernando Capez leciona que têm como objetivo reduzir ou impedir a prática de novos delitos, uma vez que a pena é encarada como uma ferramenta para prevenir que o indivíduo cometa infrações penais.

Capez ainda divide as penas segundo as teorias preventivas em especial ou geral: “podendo ser especial objetivando a readaptação do criminoso, como forma de impedi-lo de voltar a delinquir. Sendo geral quando visa incutir no ambiente social uma intimidação para as pessoas não delinquirem por medo de receber uma punição.”⁷³

Para as teorias preventivas, a finalidade da pena não é retribuir o delito cometido, mas previr a seu cometimento. Para essas, a pena é imposta para que o infrator não volte a delinquir.⁷⁴

Por fim, a teoria mista ou teoria unificadora da pena é a composição das absoluta com a preventiva. Para essa teoria, a pena visa a punição do agente ao cometer uma conduta

⁷⁰ ROXIN, 2003 apud BITENCOURT, 2011, p. 81.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

⁷² BITENCOURT, loc. cit.

⁷³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 385.

⁷⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 132.

antijurídica; também possui caráter preventivo, já que visa a reinserção daquele que cometeu infração penal, na sociedade.⁷⁵

Com relação à teoria mista discorre Flávio Augusto Monteiro de Barros:

[...] a pena tem caráter retributivo-preventivo. Retributivo porque consiste numa expiação do crime, imposta até mesmo aos delinquentes que não necessitam de nenhuma ressocialização. Preventivo porque vem acompanhada de uma finalidade prática, qual seja, a recuperação ou reeducação do criminoso, funcionando ainda como fator de intimidação geral.⁷⁶

O Código Penal brasileiro adota a teoria unificadora da pena ou teoria mista. De acordo com a parte final do *caput* do artigo 59 do Código Penal, há a unificação integração da necessidade da reprovação com a prevenção do delito, fazendo com que a teoria absoluta e a relativa se unam, pelos critérios da retribuição e da prevenção.⁷⁷

2.3 Princípios relacionados com a pena

Em um Estado Democrático de Direito, ainda que o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção ao sujeito que violou o ordenamento jurídico, a pena a ser executada deverá observar alguns princípios constitucionais, previstos de forma expressa ou implícitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nas constituições a partir do século XX, é o primeiro a ser analisado; considerado como um dos mais vastos, pode ser explorado em todos os ramos do direito. No âmbito do Direito Penal, é empregado como direcionador de outros princípios, como o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade, entre outros, que buscam nele seus fundamentos de validade.⁷⁸

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para orientar todo o sistema relativamente à criação legislativa, e também para mensurar a validade

⁷⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 434.

⁷⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 434.

⁷⁷ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 473.

⁷⁸ Idem. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 73.

das normas inferiores.⁷⁹ Nesse sentido, seria proibido ao legislador criar penas que firam a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

De outra maneira, segundo Rogério Greco, ainda que a dignidade da pessoa humana não fosse um princípio expresso, não haveria dúvida sobre a sua qualidade de princípio implícito, em decorrência de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, podendo, ainda assim, “aferir a validade das normas de nível inferior”.⁸⁰

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Segundo o referido princípio, o momento da individualização devem ser observadas em três situações: quando legislador define o crime e sua pena; quando o juiz impõe a pena; e, ainda, no momento da execução da pena, quando os indivíduos serão classificados de acordo com os seus antecedentes e a personalidade, com o objetivo de orientar a individualização.⁸¹

O art. 5º, XLVI da Constituição Federal demonstra que distintas condutas, com graus de culpabilidade distintos, correspondam a punições diferentes:

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:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Para o professor Alexandre de Moraes, é necessário que se tenha uma relação entre a conduta praticada pelo indivíduo e a sanção a ele atribuída, sendo capaz de atingir os fins de prevenir e reprimir a conduta criminosa. Assim, a quantidade da pena estipulada deve ser individualizada conforme a culpabilidade, pelo delito cometido, de cada transgressor.⁸²

⁷⁹ GREGO, loc. cit.

⁸⁰ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 74.

⁸¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 100.

⁸² MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29.

O princípio da intervenção mínima, por sua vez, significa que o Direito Penal só deve atentar-se a proteção dos bens mais relevantes e indispensáveis à vida em sociedade. Tal princípio é denominado de *ultima ratio*, e é responsável pela enumeração dos bens de maior relevância, merecedores de especial atenção, além de possibilitar a descriminalização de condutas.⁸³

Desse modo, o Direito Penal deve intrometer-se minimamente na vida da sociedade, sendo utilizado somente quando as outras áreas do Direito não conseguirem oferecer a proteção imperiosa para aqueles bens de maior importância.⁸⁴

Cezar Roberto Bitencourt leciona:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelam-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o reestabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da sociedade.⁸⁵

Logo, o referido princípio apresenta duas vertentes: norteia o legislador a eleger os bens jurídicos mais importantes ao convívio social; e serve como um direcionador do legislador na remoção dos bens que, no passado, careciam de proteção especial, contudo, atualmente, já podem ser resguardados por outras áreas do Direito, em consequência da evolução da sociedade.⁸⁶

Quanto ao princípio da proporcionalidade, cabe observar a dificuldade em examiná-lo, em virtude da impossibilidade de se medir os bens, como a vida, a dignidade sexual, a integridade moral e física. Para o referido princípio, é proibido que a pena aplicada seja demasiada, assim como se proíbe uma proteção deficiente.

Sobre o princípio da proporcionalidade, Alberto Silva Franco esclarece:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência,

⁸³ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 47.

⁸⁴ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 48.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 49.

inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem).⁸⁷

O princípio da proporcionalidade não foi adotado de forma expressa pela Constituição Federal, no entanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, em seu artigo 15º já trazia o seguinte texto: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.⁸⁸

Lenio Streck explicita o caráter duplo da proporcionalidade:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.⁸⁹

As penas, quando desproporcionais, geram em toda a sociedade o sentimento de injustiça. Isso ocorre em dois momentos distintos. Primeiro quando analisada a pena em abstrato, definida pelo legislador. Aqui, parte-se do pressuposto que o tipo penal proíbe ou impõe certa conduta, cujo o descumprimento gera a sanção, proporcional à gravidade da lesão provocada. O segundo momento é o da aplicação em concreto da pena pelo juiz, onde fará uma análise, levando em conta a pessoa do condenado e suas condições, evidenciando a individualização da pena.⁹⁰

⁸⁷ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

⁸⁹ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 78.

⁹⁰ Idem. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 114.

2.4 Espécies de pena no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com o Código Penal Brasileiro, Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, em seu artigo 32, as espécies de pena são: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.⁹¹

As penas privativas de liberdade, podem ser separadas em reclusão e detenção. Essas possuem seu cumprimento em regime semiaberto ou aberto. Salvo se necessária, a transferência para o fechado. Já, aquela, deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto.⁹²

Conforme a definição dada pelo Código Penal, em seu artigo 33:

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.

⁹¹BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 mar. 2018

⁹²BRASIL, Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

§ 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.⁹³

No regime fechado, o condenado é submetido, no início do cumprimento da pena, a uma fase de classificação para poder ser realizada a individualização da execução. Nessa regime, é disponibilizado trabalho dentro do estabelecimento desde que compatível com a execução da pena. Por fim, é admissível o trabalho externo, desde que em serviços ou obras públicas.⁹⁴

Segundo o Código Penal, o indivíduo que for condenado à pena superior a 8 anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado, em que a execução da pena se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média.⁹⁵

Esse regime recebe forte crítica do professor Nucci no que se refere ao local onde a pena é cumprida. Segundo o doutrinador, é lamentável que, pela insuficiência de vagas, vários condenados cumpram a pena sem condições de salubridade, o que distancia os objetivos da individualização da execução nas cadeias e distritos.⁹⁶

As regras para o cumprimento do regime semiaberto estão previstas no artigo 35 do Código Penal. Aplica-se esse regime ao indivíduo que não for reincidente, sentenciado à pena superior a 4 anos e não superior a 8 anos. Neste regime, a execução se dá em colônia agrícola, industrial ou em algum estabelecimento equivalente.⁹⁷

A grande diferença deste regime para aquele é que neste o trabalho externo é admissível e também é possível que o condenado frequente cursos profissionalizantes e supletivos, de instrução, de segundo grau ou superior.⁹⁸

O mais brando dos regimes de cumprimento da pena é o aberto, que se dá em casa de albergados ou estabelecimentos adequados. Cumprem a pena em regime aberto aqueles

⁹³ BRASIL. loc. cit.

⁹⁴ BRASIL, Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁹⁵ BRASIL, loc. cit.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 418

⁹⁷ BRASIL. op. cit.

⁹⁸ BRASIL, loc. cit.

condenados que não são reincidentes, em que a pena é equivalente ou menor que 4 anos. Esse regime baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, já que é possibilitado a ele pela liberdade, sem vigilância, no período diurno, devendo recolher-se durante a noite e nos dias de folga.⁹⁹

O doutrinador Bitencourt afirma que:

O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante. Outra grande vantagem desse regime é a obrigatoriedade do trabalho, que, segundo Thomaz Alves Júnior, citado por José Henrique Pierangeli, ao se referir à prisão com trabalho: “é a pena por excelência que encerra todas as qualidades de uma verdadeira pena. O trabalho é lei civilizadora do homem; acompanhar a prisão dessa circunstância não é impô-la ao homem, é sim fazer com que cumpra uma lei que está escrita nos livros santos: trabalha que eu te ajudarei.”¹⁰⁰

Nota-se que o sistema de cumprimento da pena brasileiro é progressivo, tendo como função precípua ressocialização de seus internos. A pena privativa de liberdade, segundo Cleber Masson¹⁰¹, é a modalidade de sanção penal que impede o direito de ir e vir do condenado, tendo em vista que este ficará preso por tempo determinado. Ainda segundo a pena privativa de liberdade, o doutrinador aduz que são admitidas três espécies: a reclusão e a detenção, quando se tratar de crimes, e a prisão simples, vinculada às contravenções penais.

Em relação às penas restritivas de direito, essas são utilizadas como sanção penal autônoma e substitutiva, de acordo com artigo 44 do Código Penal. Aqui, o objetivo é restringir certos direitos do condenado, sem que este seja privado de sua liberdade.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
 I - prestação pecuniária;
 II - perda de bens e valores;
 III - limitação de fim de semana;
 IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
 V - interdição temporária de direitos;
 VI - limitação de fim de semana.¹⁰²

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 483-484.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 483-484.

¹⁰¹ MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 674-67.

¹⁰² BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

Vale ressaltar que essas penas podem ser aplicadas a qualquer crime, quando preenchidos os requisitos do artigo elencado acima, podem ser aplicadas quantas forem necessárias para se obter o melhor resultado da sanção. Além disso, substituem as penas privativas de liberdade quando autorizadas pela lei.¹⁰³

Segundo Nucci, a substituição da pena privativa de liberdade pelas descritas no art. 44 do CP apenas pode ocorrer quando esta se concretizar em seu regime de cumprimento.¹⁰⁴

Para que seja oportunizada a substituição da pena pelas previstas no art. 44 do Código Penal, a condenação deve ser inferior a um ano, ou, então, nos casos de crimes culposos, conforme o art. 54 do Código Penal.

Segundo Mirabete¹⁰⁵, é possível que o juiz negue a substituição da pena. Para o doutrinador, além da necessidade de cabimento, o juiz deve se atentar, quando da fixação da pena, à necessidade e à suficiência da pena para a reprovação e prevenção do crime, sendo, então, a substituição da pena uma faculdade de aplicação, e não um direito do condenado.

Por último, quanto às penas previstas no Código Penal, tem-se a pena de multa, também chamada pecuniária. Essa multa não é considerada um tributo, mas, sim, uma sanção penal. Consiste em impor ao condenado a obrigatoriedade de pagar um valor, determinado na sentença, o qual será revertido ao fundo penitenciário. A pena de multa é calculada na proporção de dias-multa, afetando o patrimônio do indivíduo.¹⁰⁶

Vale ressaltar que a pena de multa pode ser imposta como única punição ou aplicada de forma cumulativa com a privativa de liberdade, além de poder ser aplicada, também, em substituição desta, independente ou em conjunto com as restritivas de direito.¹⁰⁷

Por ser uma sanção penal, a pena de multa não pode passar da pessoa do condenado, conforme o art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988. O dia-multa tem o valor fixado pelo

¹⁰³ BRASIL, loc. cit.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 19 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁰⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 436 .

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 604.

juiz, não podendo ser menor que um trigésimo do salário mínimo, nem superior a cinco vezes esse salário vigente na data do fato criminoso.¹⁰⁸

Caso o juiz entenda pela insuficiência da pena de multa para a reprovação do crime, situação em que a realidade econômica do réu é favorável, a pena aplicada pode ser triplicada, conforme o artigo 60 do Código Penal.¹⁰⁹

Segundo o artigo 32 do Código Penal, as penas podem ser: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Pelo Código, a pena privativa de liberdade para os crimes e delitos é repartida em reclusão e detenção, e nos casos de contravenção penal a pena atribuída será a prisão simples.¹¹⁰

O ordenamento jurídico brasileiro também prevê penas restritivas de direitos. De acordo com a redação dada pelo artigo 43 do Código Penal, são restritivas de direito: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.¹¹¹

Quando a pena restritiva de direitos que substituir a privativa de liberdade for a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana, essas deverão possuir a mesma duração da privativa de liberdade imposta.¹¹²

Ainda, há a pena de multa, a qual provoca redução patrimonial do condenado, por ensejar pagamento do valor sentenciado ao fundo penitenciário, balizado em dias-multa, satisfeitos os limites estipulados pelo Código Penal. Assim, a pena de multa atende à necessidade de descarcerização e corresponde ao princípio da proporcionalidade da pena, por ser empregada de maneira isolada quando a condenação for igual ou inferior a um ano.¹¹³

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹¹⁰ BRASIL, loc. cit.

¹¹¹ BRASIL, loc. cit.

¹¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 533.

¹¹³ GRECO, op. cit., p. 546.

2.5 Espécies de prisão no ordenamento jurídico brasileiro

O vocábulo prisão provem do latim *pressione*, de *prehesione* (*prehesio omis*), cujo significado é prender. Para o direito processual penal brasileiro, Renato Brasileiro profere o seguinte entendimento:

O instituto da prisão deve ser compreendido como a privação de liberdade de locomoção, com recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face da transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5º, LXI).¹¹⁴

O fundamento constitucional para a prisão é o art. 5º, LXI, CF, e os demais incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV, do referido artigo, regulam a forma de realização da prisão.¹¹⁵

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci ressalta que a prisão derivada da condenação, constituindo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo, é regulada pelo Código Penal, ao passo que o Código de Processo Penal apresenta a prisão cautelar e provisória.¹¹⁶

O sistema prisional brasileiro é composto pelas seguintes espécies de prisão: prisão-pena ou prisão penal; prisão sem pena ou processual; e prisão extrapenal ou civil.¹¹⁷

A prisão-pena é a decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, isto é, é a que remete à privação da liberdade com o objetivo de executar decisão judicial, respeitado o devido processo legal. Dessa forma, há que se ressaltar que essa medida penal é “destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”¹¹⁸.

Sobre a prisão penal, Renato Brasileiro destaca a definitividade como característica e defende que “é um mal necessário do qual ainda não podemos prescindir”¹¹⁹.

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 839

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 342.

¹¹⁶ NUCCI, loc. cit.

¹¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.. 339.

¹¹⁸ CAPEZ, loc. cit.

¹¹⁹ LIMA, op. cit., p. 850.

A prisão cautelar é a estipulada antes do trânsito em julgado, cuja finalidade é a de asseverar a efetividade das investigações e do processo criminal.¹²⁰

Renato Brasileiro destaca a condição brasileira de ser um Estado consagrador do princípio da presunção de não culpabilidade, em que o ideal seria se admitir a privação da liberdade de locomoção apenas com força de prisão pena, isto é, somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹²¹ No entanto, o autor entende que entre o momento da prática da infração penal até se chegar ao provimento jurisdicional definitivo, pode existir situações que afetem a eficácia do trâmite processual, daí a necessidade da adoção das medidas cautelares.¹²²

Segundo Fernando Capez, a prisão processual é fixada com finalidade cautelar, é destinada apenas com o objetivo de que o processo atinja seus objetivos. É utilizada por três motivos: “para garantir o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou, ainda, impedir que solto o sujeito continue praticando delitos”¹²³. A prisão sem pena depende do atendimento aos requisitos do *fumus do boni iuris e periculum in mora*, e compreende as três modalidades: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, previstas no Código de Processo Penal.¹²⁴

É imperioso ressaltar que o conceito de prisão cautelar é necessariamente interligado à instrumentalização do processo criminal, sendo medida de exceção, não podendo ser utilizada para o cumprimento antecipado da pena. Nesse sentido, não pode ser utilizada com vistas a agradar a sociedade e a opinião pública ou a mídia, para não se afastar a sua finalidade.¹²⁵

Foram revogados os art. 594, 393 I a II e 595 do CPP, não sendo mais possível exigir a prisão do condenado reincidente ou com maus antecedentes, bem como não é mais possível considerar deserta a apelação com a fuga do réu. Portanto, não é mais permitida a prisão em virtude da pronúncia, nem a prisão decorrente de sentença condenatória apelável¹²⁶.

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou

¹²⁰ LIMA, op. cit., p. 850.

¹²¹ FERRAJOLI, 2002, p. 446 apud LIMA, 2015, p. 850

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 850.

¹²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 339.

¹²⁴ CAPEZ, loc. cit.

¹²⁵ LIMA, op. cit., p. 851.

¹²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 339.

condenado por crime de que se livre solto., Código de Processo Penal (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973) (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

¹Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

¹ Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Por fim, em relação à prisão civil, houve a celeuma de o Pacto de São José da Costa Rica a vedava enquanto essa era expressa na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º LXVII¹²⁷. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, veio o reconhecimento de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo mesmo rito das emendas constitucionais, isto é, “aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, serão equivalentes às emendas constitucionais. E, assim, foi possível revogar a prisão civil do depositário infiel, admitindo-a, somente, na situação de dívida alimentar.¹²⁸

2.6 A falência da privativa de liberdade

A análise histórica da evolução da pena e da prisão demonstra que no transcorrer das transformações sociais, políticas e econômicas, a necessidade em exercer o domínio sobre os indivíduos colaborou para o surgimento da pena privativa de liberdade.

Contudo, o instituto da pena de prisão parece estar fadado ao insucesso no alcance de suas finalidades de prevenção e repressão, gerando sentimento de perplexidade diante da possibilidade de execução antes da consolidação completa da decisão condenatória¹²⁹.

A partir do século XIX, a prisão transformou-se em principal pena, tendo-se a crença de que seria um meio apropriado para se obter a reforma do infrator. Assim, por muitos anos,

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 339.

¹²⁹ BOLETIM IBCCRIM. O pêndulo do Supremo. Ano 24, n. 281, abr. 2016. p. 1. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim281.pdf?x=05022016>>. Acesso em: 20 jun. 2018

perdurou a convicção de que a prisão seria o meio conveniente para a realização das finalidades da pena e, ainda, essa seria capaz de recuperar e reabilitar o delinquente.¹³⁰

Esta visão positiva acerca da prisão esvaeceu e atualmente já se tem a real noção dos resultados provenientes das prisões tradicionais. O exame das condicionais prisionais tem sido bem incisivo a ponto de já ser possível afirmar que a prisão encontra-se em crise.¹³¹

Segundo o doutrinador Bitencourt, tal crise apregoa, também, a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, tendo em vista as vastas dificuldades de se alcançar qualquer efeito positivo sobre o apenado. Essa ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser sintetizada sob dois aspectos: por ser o ambiente carcerário um meio antinatural, artificial, não permitindo a realização de nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso¹³²; e, por outro ponto de vista, assevera-se que as condições das prisões da maior parte do mundo distanciam-se da finalidade de reabilitação¹³³.

De maneira generalizada, as prisões têm deficiências bastante similares: maus tratos verbais ou de fato, além da superlotação carcerária, falta de higiene, condições precárias de trabalho, regime alimentar carente, elevado consumo interno e clandestino de drogas, abusos sexuais e as mais cruéis espécies de violência permeiam o cenário de vivência dos apenados.¹³⁴

O instituto de prisão, da maneira como é estabelecida, leva a outro tipo de punição, que não a restrição da liberdade, pois age como uma transgressora da própria dignidade da pessoa humana. As condições a que os apenados são expostos podem ser encaradas, numa visão mais filosófica, até mesmo a uma pena perpétua, uma vez que perpetuam efeitos negativos aos que por lá transitaram, gerando problemas psicológicos, sexuais, entre outros.¹³⁵

Para a realidade prisional brasileira, o legislador demonstrou a preocupação em atender às finalidades, como explicitam os artigos 1º, artigo 10 os incisos II, VII e XII e o artigo 41, da Lei nº 7.210 de 1984 – Lei de Execução Penal:

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162.

¹³¹ *Ibidem*, p. 163

¹³² PABLOS apud BITENCOURT, 2011, p. 162

¹³³ BITENCOURT, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 163.

¹³⁴ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 164

¹³⁵ BITENCOURT, *loc. cit.*

Art. 1º 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.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.”

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

[...]

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

[...]

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

[...]

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena⁸⁰; [...]

No entanto, embora registrada na Lei de Execução Penal a preocupação com as finalidades da prisão, Mirabete assevera que:

a realidade demonstra que a pena continua a ser necessária, como medida de justiça reparadora e impostergável, mas “as suas finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas”¹³⁶

Sobre o assunto, Nucci explicita:

Se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade individual de cada sentenciado.¹³⁷

Ademais, Pimentel apresenta outra argumentação:

ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões de prisão. Seu aprendizado nesse mundo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo, e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo ressocializado para viver na prisão. E claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo internamente inverso: trata-se apenas de um homem prisonizado.¹³⁸

¹³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, arts. 1º a 120 do CP. 25 ed. São Paulo: Ed. Atlas., 2003. p. 231-232.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1017

¹³⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paul: Revista dos Tribunais, 1983. p. 158

Dessa forma, não há dúvidas da dificuldade em se promover a ressocialização do indivíduo encarcerado, o qual vive em uma comunidade com regras e valores absolutamente distintos dos que, quando estiver livre, irá se deparar.

Pelo exposto, nota-se claramente que o instituto da prisão privativa de liberdade é falho e ineficaz. Como defende Fragoso, o instituto da prisão serve somente como reforço aos valores negativos; quanto mais gravosas forem as penas e as medidas atribuídas aos praticantes de crimes, maior é a probabilidade de reincidência.¹³⁹

A partir da evolução histórica a respeito da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, vamos delimitar seus institutos nesse segundo capítulo. Para tanto, será necessário analisarmos as diferenças trazidas pela teoria objetiva e pela teoria subjetiva, além de trazermos os conceitos e possibilidades da teoria do risco integral e do risco administrativo.

Deverá ser abordada a divergência doutrinária em relação à responsabilidade civil do Estado e a possibilidade de sua existência por omissão, com a finalidade de se entender melhor, no capítulo III, o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE-RG 580.252/MS

2.7 Execução Provisória da Pena

2.7.1 Execução Penal

A fase da execução penal tem início no momento em que se cumpre a determinação da sentença penal condenatória, após o término da persecução penal. Ou seja, o cumprimento da pena imposta somente terá início depois de exauridos os recursos cabíveis, obedecendo ao que dispõe o princípio da presunção de inocência, expresso no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.¹⁴⁰

Para o professor Fernando Capez, a execução penal é a fase da persecução penal que visa à satisfação efetiva e concreta da pretensão de punir do Estado, após fixada a sentença

¹³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 357.

¹⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

penal condenatória. É necessário um procedimento específico para a aplicação da pena, o qual é denominado de execução penal.¹⁴¹

A execução penal é um processo autônomo, ou seja, é constituído um processo de execução de forma individual, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Dessa forma, cada apenado possui um caderno processual próprio, com a sua respectiva pena.¹⁴²

Portanto, no processo penal, a execução penal tem caráter jurisdicional e administrativo, com a finalidade de dar efetividade à decisão criminal ou à sentença e, em tese, propiciar condições para a integração social do apenado e do internado.¹⁴³

Segundo Nucci, "trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária".¹⁴⁴

Para Machado, a Lei de Execução Penal – LEP, Lei nº 7.210/84, tem grande relevância para o atingimento do que é proposto na execução da pena, isto é, a reintegração do sentenciado. Isso se dá pelas inúmeras possibilidades de reeducação propiciadas no texto legal, por meio da possibilidade de trabalho, pela necessidade de garantir direitos, integridade moral e física, a possibilidade de um acompanhamento religioso e tratamento à saúde, dentre outros.¹⁴⁵

Dessa forma, cumpridos os dispositivos previstos na LEP, é possível a progressão do interno de forma que este volte, ao convívio social, reabilitado.

É importante ressaltar que os dispositivos previstos na referida Lei são tidos como garantias do indivíduo, e não meras possibilidades, conforme afirma Mirabete:

¹⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 14.

¹⁴² Ibidem, p. 15.

¹⁴³ Ibidem, p. 15.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 917.

¹⁴⁵ MACHADO, Stéfano Jander. **A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal**. 2008. 69 f. Monografia (Bacharel em Direito)- Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, Santa Catarina, 2008. p. 51. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf>> Acesso em: 15 maio 2018.

[...]se a reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, é evidente que os presos devem ter direitos aos serviços de assistência, que para isso devem ser-lhes obrigatoriamente oferecidos, como dever do Estado.¹⁴⁶

Para Paulo Fernando Santos, a LEP, quanto à concessão de direitos ao preso, é pródiga, exemplificando de forma objetiva a ideologia trazida no diploma legal com o seu art. 3º, quanto à garantia de concessão de todos os direitos que não foram atingidos pela sentença ou pela própria lei, ao condenado, não existindo distinções de natureza racial, social, religiosa ou política.¹⁴⁷

Percebe-se, então, que os direitos previstos ao sentenciado são positivos, com a principal característica sendo a possibilidade de ressocialização, que, segundo Machado, refere-se à capacidade da pessoa tornar-se novamente apta ao convívio em sociedade.¹⁴⁸

2.7.2 Princípios limitadores da execução penal.

Em razão da grande interferência estatal no âmbito da liberdade dos indivíduos, é fundamental a existência de limites conferidos ao Estado, por meio dos princípios limitadores da execução penal, sendo o principal deles o princípio da legalidade, tendo como objetivo diferenciar o estado constitucional do absolutista.¹⁴⁹

É importante ressaltar que, embora o Direito da Execução Penal seja autônomo e possua princípios específicos, não importa a ausência de aplicação dos princípios constitucionais máximos, previstos, por exemplo, no art. 5º da CF, devendo incidir também na execução das penas.¹⁵⁰

Ainda sobre o tema, é importante observar que a execução penal deve estar ligada aos princípios constitucionais, penais e processuais penais, já que para possibilitar a realização do

¹⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 63.

¹⁴⁷ SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos Práticos da Execução Penal**. São Paulo: Editora Universitária de Direito. 1998. p. 26.

¹⁴⁸ MACHADO, Stéfano Jander. **A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal**. 2008. 69 f. Monografia (Bacharel em Direito)- Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, Santa Catarina, 2008. p. 51. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf>> Acesso em: 15 maio 2018. p. 36.

¹⁴⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 21.

¹⁵⁰ CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicológica na execução penal. In: BRANDÃO, Eduardo Ponte; GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Psicologia jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: NAU, 2004. p. 141-155.

direito punitivo pelo Estado é necessário um rígido amparo dos direitos e garantias individuais, previstos no estado democrático de direito.¹⁵¹

Assim, além dos princípios limitadores à execução penal específicos, os princípios penais gerais, como isonomia, devido processo legal, presunção de inocência, individualização da pena e proporcionalidade têm aplicação plena à fase executiva.¹⁵²

Da mesma forma, serão garantidos ao apenado todos os direitos e garantias fundamentais previstos, implícita ou expressamente, pela Constituição Federal.

Os princípios específicos relativos à execução penal são: o da humanidade das penas, o da vedação ao excesso de execução e o da intranscendência ou personalidade.

Acerca do princípio da humanidade, previsto no art. 5º, XLVII, da Constituição Federal, assevera-se a vedação ao estabelecimento de penas de caráter perpétuo, de banimento, cruéis, de trabalhos forçados e de morte. Esta última é possível apenas em caso de guerra declarada. Já no inciso XLIX, é prevista a obrigatoriedade ao respeito à integridade moral e física do apenado.¹⁵³

A razão de ser do referido princípio é que prevaleçam os direitos humanos, proibindo-se penas que firam a dignidade e a própria condição do homem. Sobre este aspecto, o doutrinador René Ariel Dotti explica: “embora se admita a necessidade de punição, repugna à consciência de todos a inflicção de castigos cruéis e ofensivos à dignidade humana que sempre permanece, em maior ou menor escala, até no pior delinquente”.¹⁵⁴

Nucci ressalta que o cumprimento da pena privativa de liberdade em condições de ausência de segurança física e moral, salubridade, saneamento e em celas superlotadas, por configurar a falta de elementos mínimos de sobrevivência digna já configura o caráter cruel do

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 230.

¹⁵² QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios Constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches. **Leituras Complementares de Execução Penal**. Salvador: Jus Podium, 2006. p. 09.

¹⁵³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2014. p. 27.

¹⁵⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 222.

cumprimento da pena. Dessa forma, a realidade dos presídios brasileiros afronta o princípio da humanidade das penas.¹⁵⁵

O princípio da vedação ao excesso de execução é relacionado à formação da coisa julgada, previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. Dessa forma, o cumprimento da pena não pode ser superior em quantidade ou qualidade em relação ao estabelecido na condenação. Segundo Zaffaroni, é exigida a vinculação de forma equitativa entre o crime e as suas consequências jurídicas.¹⁵⁶

Ademais, segundo a própria Lei de Execução Penal, em seu art. 1º, a execução penal tem por finalidade efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal¹⁵⁷. Assim, todos os atos devem ser realizados dentro dos limites fixados na sentença, incluindo o regime de cumprimento da pena e a quantidade dela.

O princípio personalidade ou intranscendência é relacionado ao art. 5º, XLV, da CF, segundo o qual 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.¹⁵⁸

Para Luiz Flávio Gomes, o referido princípio correlaciona-se com o da responsabilidade pessoal, o qual veda a imposição de pena por evento de outrem, tendo em vista ninguém poder ser punido por fato alheio. Dessa forma, exemplifica que o filho não pode ser punido pelo cometimento de crime pelo pai, assim como não cabe à esposa responder pelo delito cometido pelo marido.¹⁵⁹

¹⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 400.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1997. p. 178.

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**: v. 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 403.

2.7.3 Execução Penal Provisória

Em regra, a execução penal exige o trânsito em julgado da decisão proferida no processo de conhecimento. A exceção é a possibilidade de executar a pena ou medida de segurança, provisoriamente.¹⁶⁰

Para Nucci, a execução penal provisória deve garantir os direitos previstos no ordenamento jurídico, tendo em vista estar diante da mera pretensão punitiva do Estado contra o princípio constitucional da presunção de inocência.¹⁶¹

Nesta situação, a execução provisória da pena ensejará benefício ao condenado, tendo em vista que promoverá a antecipação da obtenção de benefícios, como a progressão de regime e o livramento condicional.¹⁶²

Nucci explica que atualmente é admitida a execução penal provisória quando o sujeito for condenado à pena privativa de liberdade. Se estiver preso cautelarmente, pode executá-la de forma provisória, especialmente se for objetivada a progressão do regime fechado para o aberto.¹⁶³

Dessa forma, a execução provisória da pena é viável somente quando a decisão em relação à pena tiver transitado em julgado para o Ministério Público, uma vez que, desse modo, há um limite máximo para a sanção penal.¹⁶⁴

Para o doutrinador Marcão, a execução provisória somente poderá ocorrer quando o preso encontrar-se em prisão preventiva (de acordo com os artigos 310, II, 321 e 387, do Código de Processo Penal), ou quando o indivíduo interpuser recurso destituído de efeito suspensivo, como no caso do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário.

¹⁶⁰ MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito; v. 9). Disponível em: <<http://lelivros.love/book/download-execucao-penal-vol-9-col-saberes-do-direito-renato-marcao-em-epub-mobi-e-pdf/>> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 606

¹⁶² MARCÃO, op. cit., item 7, cap. 1.

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 606.

¹⁶⁴ NUCCI, loc. cit.

As súmulas 716 e 717, do Supremo Tribunal Federal pacificam a permissibilidade da execução penal provisória:

Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (Súmula 716, STF)

Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (Súmula 717, STF)

No entanto, em argumentos contrários à possibilidade da execução penal provisória, tem-se a questão da presunção da não culpabilidade, prevista no art. 5º, inciso LVII, da CF. Sobre o assunto, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet afirmam que o princípio da não culpabilidade impossibilita o início das consequências da pena sobre o condenado antes da sentença criminal ter transitado em julgado. Dessa forma, o condenado apenas sofreria restrições à sua liberdade, durante o processo, se esta medida fosse cautelar, nunca definitiva.¹⁶⁵

2.7.4 Breve histórico brasileiro

O Código de Processo Penal de 1941, Decreto-lei nº 3.689/1941, apresentava, em sua redação original, a prisão do condenado como consequência automática da pronúncia ou da sentença condenatória recorrível, restringindo o efeito suspensivo da apelação às hipóteses nas quais era cabível a fiança ou era possível ao réu livrar-se solto.¹⁶⁶

Ademais, o Código de Processo Penal, ao entrar em vigor, trazia em seu artigo 594 a seguinte composição: “O réu poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Aqui, é possível perceber que a condenação era a regra, já que, mesmo que de primeiro grau, produzia efeitos imediatos. Dessa forma, não havia que se falar em presunção de inocência.¹⁶⁷

A Lei nº 5.349/1967 proporcionou relevante alteração no Código de Processo Penal, com a eliminação da prisão cautelar obrigatória, pertencente ao art. 312, do CPP, complementada com o art. 596, que trazia impedimento para que “o acusado pudesse ser posto

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 539. v. único.

¹⁶⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 986

em liberdade ainda que após sentença absolutória de primeiro grau nos processos por que crime a que a lei cominasse pena de reclusão por tempo igual ou superior a 8 anos.”¹⁶⁸

Em seguida, a Lei 5.941/1973 trouxe a seguinte redação para o art. 594: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário ou de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”. A alteração abrandou a norma com o reconhecimento da garantia aos réus primários e de bons antecedentes. E a revogação total do preceito somente ocorreu pela Lei 11.719/2008.¹⁶⁹

Ainda, o artigo 393, CPP, apresentava duas consequências: ¹⁷⁰

São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Nota-se claramente que o dispositivo era uma afronta ao Estado Democrático de Direito, embora tenha havido interpretações no sentido de que apenas o inciso II violaria o princípio constitucional da presunção de inocência. A Lei nº 12.403/2011 revogou o art. 393 do CPP.

O artigo 669, I, do CPP, que foi revogado pelo art. 105 da Lei de Execução Penal, dispunha: “Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança”.¹⁷¹ Observa-se que o efeito suspensivo da apelação limitava-se às situações de fiança e às em que o réu se livrava solto, sendo a prisão do condenado uma implicação automática da sentença condenatória recorrível.

Sobre o assunto, o doutrinador José Barcelos de Souza defendeu:

De fato, era no capítulo referente à execução que se achava no Código o dispositivo legal em questão, que já até perdeu valor com o advento da LEP, que não o repete. Mas o certo é que a mencionada Lei de Execução não acabou com execução provisória nenhuma, pela simples razão de que não podia ter acabado com o que nunca existiu [...]. Li e reli o art. 669 do CPP e não vislumbrei nele, talvez por falta de uma menção

¹⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 988.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 986.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 987

¹⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 987.

expressa e clara, a contemplação da execução provisória da pena, imaginada por excelentes juristas, que procuram nele um suposto amparo para seu entendimento. O que estou vendo aí é a reafirmação da regra geral da execução definitiva da sentença, permitindo-se, porém, atuem desde logo alguns efeitos para tanto conferidos à decisão. Dentre eles, o da prisão, já exigida, aliás, pelo art. 393, I. Só que essa prisão não se pode confundir com a privação da liberdade como pena, o *carcer ad poenam*, não só porque a lei não diz isso, mas também porque a execução da pena pressupõe a expedição de carta de guia (ou guia de recolhimento, como hoje fala a LEP), e isso só se faz depois de transitada em julgado a sentença condenatória, como já preceituava o Código, na cabeça do art. 674 [...].’

Percebe-se que o art. 393, I, do CPP, já revogado, instituía a prisão como consequência automática da sentença penal condenatória recorrível; já o art. 594, *caput*, do CPP, também revogado, tinha como exigência a prisão do condenado para, só então, apelar da sentença, a não ser que ele fosse primário e tivesse bons antecedentes. De forma harmônica com os artigos anteriores, o art. 597, do CPP, não possibilitava a suspensão do efeito da sentença, prevista no art. 393, I, por meio da apelação, visto que o revogado art. 595 previa que a apelação era deserta se o condenado se evadisse após interpor o recurso.¹⁷²

Da mesma forma, a legislação especial previa a prisão como sendo consequência direta da sentença condenatória recorrível. Um exemplo é o art. 31, *caput*, da Lei 7.492/86, que dispõe que, nos crimes contrários ao sistema financeiro nacional, em que a punição prevista é a reclusão só é possível apelar da sentença após o recolhimento à prisão, mesmo que primário e de bons antecedentes, se caracterizada a situação que autorize a preventiva.¹⁷³

Pela leitura do art. 2º, § 3º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), alterada pela Lei nº 11.464/1997, caso seja condenado é possibilitado ao réu apelar em liberdade após decisão fundamentada do juiz.¹⁷⁴

Por fim, segundo o art. 59, *caput*, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), o condenado pelos crimes do art. 33 *caput* e § 1º e art. 34 ao art. 37, não pode impetrar o recurso de apelação sem antes ser recolhido à prisão, a não ser que seja primário e tenha bons antecedentes reconhecidos na sentença penal condenatória.¹⁷⁵

Visto isso, sabe-se que, no decorrer dos anos, os Tribunais Superiores sempre foram a favor da constitucionalidade da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível,

¹⁷² *Ibidem*. p. 989.

¹⁷³ *Ibidem*. p. 989.

¹⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 990.

¹⁷⁵ LIMA, loc. cit.

justificando esta possibilidade pelo fato de que, se o condenado não é primário ou possui maus antecedentes e foi condenado, poderá fugir, sendo imprescindível o instituto da prisão para garantir a aplicação da lei penal.¹⁷⁶

Sobre o tema, o STJ publicou a Súmula nº 09 “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”, dispondo que o requisito da prisão provisória para possibilitar a apelação não ofenderia a garantia da presunção de inocência prevista na Constituição Federal.¹⁷⁷

Contrariamente a este posicionamento, a doutrina afirma que essa espécie de prisão já é a execução provisória da pena, violando, de forma evidente, o princípio da presunção de não culpabilidade, visto que não traz, em si, suas características de acessória, instrumental, preventiva e provisória.¹⁷⁸

Nesse sentido, não ser o acusado primário ou não possuir bons antecedentes, só por isso, não legitima a natureza cautelar da prisão. Assim como, a medida cautelar pode ser necessária para garantir o andamento de um processo no qual o acusado, primário e de bons antecedentes, esteja ameaçando testemunhas ou apresentando indícios firmes de que pretende evadir-se.¹⁷⁹

Cabe ressaltar, contudo, que o Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado no governo ditatorial de Getúlio Vargas, em que meios antigarantistas eram utilizados, uma vez que a finalidade do processo penal era a satisfação da sociedade – e não a proteção do cidadão.¹⁸⁰

Como demonstra Eugênio Pacelli Oliveira¹⁸¹, a ideologia do CPP mostra-se nitidamente autoritária, preocupando-se sempre com a "segurança pública", ao passo que a atual Constituição objetiva um sistema com uma gama de garantias individuais, a começar por considerar a inocência do acusado como preceitua o art. 5º LVII "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

¹⁷⁶ LIMA, loc. cit.

¹⁷⁷ LIMA, loc. cit.

¹⁷⁸ JARDIM, 2002, p. 267 apud LIMA, 2015, p. 990.

¹⁷⁹ LIMA, op. cit. p. 990.

¹⁸⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 312.

As alterações efetuadas pela lei 11.689/2008 e 11.719/2008, referentes ao procedimento comum e do júri, respectivamente, tornaram inequívoca a falta de possibilidade da pronúncia e da sentença condenatória recorrível poder ensejar o recolhimento do condenado à prisão quando desprovidas de qualquer fundamentação cautelar prevista no art. 312, do CPP. Ou seja, o juiz deverá, motivadamente, decidir se o condenado continua preso, tem sua prisão substituída por medida restritiva de liberdade já decretada ou revogada esta prisão.¹⁸²

Além disso, segundo o art. 387, § 1º do CPP, quando da sentença o magistrado deverá fundamentar a respeito da manutenção da prisão ou de eventual prisão preventiva ou medida cautelar, previsto no art. 319, CPP, o que não prejudica o recurso de apelação posterior.¹⁸³

Dessa forma, observa-se que quando da sentença condenatória recorrível mantém-se a possibilidade de decretação da prisão cautelar ou a fixação de alguma medida diversa da prisão, desde que presentes os seus pressupostos. Assim, o juiz tem duas obrigações, a de fundamentar a condenação e a de justificar a imposição da custódia cautelar e sua eventual manutenção, se for necessária.¹⁸⁴

Em 2011, ocorreu a mudança da redação do art. 283 do Código de Processo Penal. Anteriormente, a redação era: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”. Com a alteração, a redação passou a ser:

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

Pela alteração na redação, nota-se a intenção do legislador em afastar a característica autoritária e aproximar à democrática, de modo a ficar mais compatível com a Constituição Federal.

Da mesma forma, o novo texto do art. 283, caput do CPP, refere-se às prisões em flagrante, decorrentes de sentença condenatória transitada em julgado, e às prisões preventivas e temporárias. Assim, resta evidenciada a ausência de previsão da prisão decorrente de sentença

¹⁸² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 993.

¹⁸³ LIMA, loc. cit.

¹⁸⁴ LIMA, apud, BRASIL, 2010.

condenatória recorrível. Além disso, a referida lei, em seu artigo 4º retifica que a prisão do acusado não é mais efeito da sentença condenatória recorrível, além da impossibilidade de declaração da apelação como deserta por ter o condenado evadido.

2.7.5 Espécies: prisões cautelares

Conforme explanado acima, a prisão processual é instituto diferente da prisão pena. Enquanto a primeira é medida cautelar, a segunda tem fundamento de sanção da norma penal e concretiza a finalidade precípua do processo penal, que é a sanção punitiva estatal.

Para Renato Brasileiro de Lima, um Estado que consagra a presunção de não culpabilidade deveria possibilitar a prisão do acusado somente em decorrência do trânsito em julgado da condenação, ou seja, por meio de prisão penal.¹⁸⁵

Para este doutrinador, a prisão cautelar tem que estar vinculada à instrumentalização do processo criminal, não sendo possível sua utilização como antecipação do cumprimento da pena imposta, visto que o juízo da medida é feito pela periculosidade do agente para o processo, e não sua culpabilidade para o delito.¹⁸⁶

Para Nucci, a prisão deve basear-se em decisão proferida por um juiz competente, perfeitamente fundamentada e escrita, ou então pode ser decorrente de flagrante delito que, neste caso, pode se dar por qualquer do povo.¹⁸⁷

A prisão provisória ou processual é aquela que se dá antes do trânsito em julgado, podendo ser: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão resultante de pronúncia e a resultante de sentença penal condenatória recorrível.¹⁸⁸

¹⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 936.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 937

¹⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 570.

¹⁸⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018

2.7.6 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante, prevista do art. 301 ao 310, do CPP, é, segundo Mirabete, aquele que se dá em uma situação em que o ilícito cometido é “patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do autor sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime”.¹⁸⁹

No Brasil, o indivíduo somente pode ter sua liberdade privada pela autoridade policial no caso de prisão em flagrante. As demais só se dão por determinação da autoridade judiciária.¹⁹⁰

Nucci destaca que a prisão em flagrante possui caráter administrativo, até mesmo porque não faria sentido exigir uma decisão judicial para possibilitar a prisão de alguém que está cometendo um crime diante de outras pessoas.¹⁹¹

Quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante, Tourinho Filho aduz que mesmo sendo uma medida cautelar a prisão de alguém em flagrante configura um simples ato administrativo no qual não tem relevância a qualidade do indivíduo que efetua a prisão, mais uma vez, sendo sempre um ato administrativo.¹⁹²

Ademais, Fernando Capez esclarece que o art. 301, do CPP, não gera diferenciação entre os crimes de ação penal pública e ação penal privada. Segundo o doutrinador, o dispositivo legal é genérico, ou seja, enquadra-se a qualquer indivíduo se encontrem na flagrância de um crime.¹⁹³

Segundo assevera Nucci:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em

¹⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002

¹⁹⁰ GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso e soluções alternativas**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 183

¹⁹¹ NUCCI, op. cit., p. 573.

¹⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 599.

¹⁹³ CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).¹⁹⁴

Renato Brasileiro explica ainda que a prisão em flagrante é aquela definida como um ato de autodefesa da sociedade, que priva o indivíduo que está cometendo um crime, de sua liberdade, independentemente de autorização judicial. Para o doutrinador, “delito” deve ser considerado como crime e também contravenção penal.

Entre as funções da prisão em flagrante estão as seguintes: evitar a fuga do indivíduo, ajudar na coleta de elementos de informação, evitar a consumação do delito ou o exaurimento dele e preservar a integridade física do preso.¹⁹⁵

Prisão Preventiva

Segundo Renato Brasileiro:

prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais.¹⁹⁶

Dessa forma, é uma medida restritiva de liberdade que ocorre durante a fase policial ou durante a fase da instrução criminal, com a finalidade de efetivar um futuro provimento jurisdicional.¹⁹⁷

A diferença entre a prisão preventiva e a temporária é que esta só acontece durante a fase pré-processual, enquanto aquela pode ocorrer durante a fase policial e também processual. Vale ressaltar que é vedada a decretação de ofício da prisão temporária, já na preventiva é cabível pelo magistrado.¹⁹⁸

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 566.

¹⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus Podium. p. 896.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 930.

¹⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 408.

¹⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus Podium. p. 931.

A prisão preventiva não exige um rol taxativo de delitos que possibilitem a sua decretação, bastando a existência dos pressupostos do art. 313, do CPP. A prisão temporária, por sua vez, só tem legitimidade em relação ao rol taxativo de delitos previstos na lei.¹⁹⁹

Renato Brasileiro aduz que, como qualquer medida cautelar, a decretação da prisão preventiva está vinculada à existência cumulativa do *fumus boni iuris*, ou seja, o *fumus commissi delicti*, e do *periculum in mora*, aqui chamado de *periculum libertatis*.²⁰⁰

Para Guilherme Nucci, os requisitos são a soma da materialidade com os indícios suficientes de autoria dentro de uma das condições descritas no art. 312, do CPP, ou seja, garantia da ordem econômica, garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal e no caso de descumprimento de medidas cautelares.²⁰¹

2.7.7 Prisão Temporária

A prisão temporária é aquela em que a autoridade judiciária decreta no período preliminar de investigações, com período de duração pré-determinado, em que a prisão do indivíduo se mostra indispensável para a colheita de elementos informativos relacionados à autoria e à materialidade dos fatos, possibilitando o início da *persecutio criminis in iudicio*.²⁰² Trata-se, portanto, de uma prisão cautelar que busca viabilizar a eficácia das investigações, para, depois, fornecer os elementos que possibilitem oferecer a denúncia, garantindo a posterior sentença condenatória.²⁰³

Segundo Nucci, para não mediocritizar o instituto da prisão temporária é necessário analisar conjuntamente o que dispõe o art. 1º, incisos I, II e III, da Lei nº 7.960/89, observando, então, as hipóteses razoáveis que possibilitem prender cautelarmente alguém:²⁰⁴

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

¹⁹⁹ LIMA, op. cit., p. 931.

²⁰⁰ LIMA, op. cit., p. 935.

²⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 604.

²⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. 2015. Salvador: Ed. Jus Podium. p. 1385.

²⁰³ FREITAS, Jayme Walmer. **Prisão temporária**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102.

²⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 312.

- II** - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III** - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

2.7.8 Execução Penal Provisória e o Princípio da não culpabilidade

Inicialmente, é válido retomar o conceito do princípio da presunção de não culpabilidade, o qual, para Guilherme de Souza Nucci, é:

Princípio, etiologicamente, significa causa primária momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, conforme ensina José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p.85), servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em Lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O Processo Penal não foge à regra, sendo regido primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da Lei [...].²⁰⁵

O referido princípio está positivado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 33.

Ao analisá-lo, nota-se que, pela literalidade, a execução penal provisória parece ser proibida, tendo em vista a redação do texto demonstrar a necessidade do trânsito em julgado da decisão judicial para a execução da pena.²⁰⁶

Contudo, cabe ressaltar que a interpretação literal compromete a efetividade do sistema, por obstruir o funcionamento e impedir a concretização de outros princípios constitucionais. Assim, há que ser realizada uma interpretação sistemática, a fim de buscar a harmonia e unificação do âmbito constitucional.²⁰⁷ De outro modo, a realização da hermenêutica não pode ocorrer de maneira ilimitada, uma vez que há o limite da própria lei.

Nesse sentido, é apropriado primar por uma interpretação que leve em conta toda a unidade da Carta Magna, e não apenas um dispositivo legal.²⁰⁸ Como ensina Konrad Hesse:

A relação e a interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição obrigam a que, em nenhum caso, se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre no conjunto em que ela deve estar situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas da Constituição.²⁰⁹

Isto posto, cabe explorar qual é o sentido de “trânsito em julgado” e, ainda, se existe “coisa julgada” no processo penal, tendo em vista que a Constituição não define os referidos termos em seu texto legal.

Segundo a doutrina, a coisa julgada é “a imutabilidade da sentença de mérito e seus efeitos”.²¹⁰ Nota-se que não há que se falar em “imutabilidade” no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a sentença penal condenatória pode ser revista a qualquer momento, utilizando-se de um Habeas Corpus ou da Revisão Criminal.

Dessa forma, se a “coisa julgada” denotasse a impossibilidade absoluta em se modificar uma decisão penal, não se poderia nunca pensar em decisão transitada em julgado, por sempre ser possível revê-la. Isso levaria a entender a execução penal como sempre provisória. E, assim, seria sempre inviável qualquer execução.

²⁰⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 186 – 210, jan. /abr. 2017. p. 194.

²⁰⁷ Ibidem, p. 194

²⁰⁸ Ibidem, p.195

²⁰⁹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

²¹⁰ BEDAQUE, 2009, p. 132 apud SUXBERGER; AMARAL. 2017. p. 195.

Outra análise possível e que preserva o núcleo da presunção de não culpabilidade é a que considera o cumprimento da pena após a condenação definitiva nas instâncias ordinárias, momento em que finaliza a apreciação relativa ao fato e às provas constantes do processo e determina ao réu a responsabilização penal.

No âmbito internacional, a posição adotada pela maior parte dos países democráticos, não há exigência de trânsito em julgado pelas instâncias ordinárias para a execução da decisão condenatória.²¹¹

Ademais, é importante ressaltar que não há apreciação de mérito no âmbito do STJ e do STF, já que os recursos especial e extraordinário se limitam a verificar se houve desrespeito à Lei Federal ou à Constituição.

Assim, o aspecto fático é definido nas instâncias ordinárias.

Dessa forma, o que se pretende é a obtenção de um equilíbrio entre a liberdade do acusado e a segurança pública da sociedade. Sobre tal aspecto, Antônio Scarance aduz que não ocorre oposição entre garantismo e eficiência.²¹²

Ainda, Fischer assevera que o garantismo penal tem que proteger os direitos fundamentais individuais, e, também, os direitos coletivos e sociais, por meio da interpretação sistemática e total da Constituição Federal.²¹³

Por outro lado, há a argumentação contrária à possibilidade da execução penal provisória, por asseverar tratar-se de uma afronta ao princípio da presunção de inocência. Nesta visão, Felipe Martins Pinto afirma que:

[...] a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando impuser o recolhimento ao cárcere para o indivíduo que, livre estando, após julgamento de segundo grau, interpuser recursos especial e/ou extraordinário, constitui modalidade anômala de prisão anterior à formação da culpa e, como carece de elementos de cautela, representa afronta à presunção de inocência [...]²¹⁴

²¹¹ PAULINO, Galtênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano. 16, n. 50, p. 207-232, jul./dez. 2017. p. 218.

²¹² FERNANDES, 2009, p. 570 apud PAULINO, 2017.

²¹³ FISCHER, 2015, p. 32 apud PAULINO, 2017.

²¹⁴ PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução penal: constatações, críticas alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89

Ademais, o doutrinador Renato Brasileiro é taxativo ao elencar as únicas possibilidades que ensejam a prisão do indivíduo:

O art. 283 do CPP é categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção no processo penal: a) prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva: são as únicas espécies de prisão cautelar passíveis de decretação no curso da investigação ou do processo; b) prisão penal (*carcer ad poenam*): a prisão penal só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória.²¹⁵

Para essa linha de argumentação, o artigo 283 do Código de Processo Penal aponta o impedimento para que execução penal provisória da pena ocorra antes do trânsito em julgado, é uma consequência “direta e inafastável” do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.²¹⁶

O artigo 283 do CPP, por meio da edição da Lei nº 12.403/2011, surgiu após o julgamento do HC nº 84.078-7/MG, oportunidade em que foi reconhecida a impossibilidade da execução antecipada da pena, garantindo-se ao acusado a literalidade do art. 5º, LVII, da CF. Tal mudança passou a assegurar que:

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

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A nova redação passou a garantir que somente a prisão cautelar seria admitida antes do trânsito em julgado, tendo em vista a execução antecipada não ter consonância com princípios do Estado Democrático de Direito e com o Estado Constitucional. Daí então se deu

²¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Processo penal**: material suplementar. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 11-12

²¹⁶ UNB. Faculdade de Direito. **Parecer**. Dispõe sobre a Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Pareceristas: Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz, Marcus Vinícius Fernandes Bastos. Brasília, 15 jun. 2016. p. 4.

a revogação da prisão decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória, justamente por afrontarem a presunção de inocência.²¹⁷

Ademais, no cenário atual de busca incessante pelo combate à corrupção, as demandas da sociedade com o objetivo de combate ao crime não podem ultrajar outros direitos e garantias constitucionais. Isto é, para cumprir determinados direitos e garantias fundamentais (interesse público, legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência), não se podem ofender outros.²¹⁸

Ainda, para essa linha de argumentação, é relevante a diferenciação entre “argumentos de política” e “argumentos de princípio”, de Ronald Dworkin:

Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos.²¹⁹

Assim, os argumentos de política, de caráter prático, com a projeção de fins sociais que promovam a melhora da vida comum não podem ser lançados para mitigar direitos e garantias individuais conquistados ao longo da história.²²⁰

²¹⁷ UNB. Faculdade de Direito. **Parecer**. Dispõe sobre a Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Pareceristas: Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz, Marcus Vinícius Fernandes Bastos. Brasília, 15 jun. 2016. p. 17

²¹⁸ Ibidem, p. 20

²¹⁹ DWORKIN, 2005, p. 9 apud UNB, 2016, p. 22.

²²⁰ UNB, op. cit., p. 22.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 A evolução jurisprudencial no STF.

Em relação à execução antecipada da pena, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresentou oscilações de entendimento, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988. Isso ocorreu em três ocasiões: inicialmente em 1991, em seguida, em 2009, e, a mudança mais recente, em 2016.

A primeira situação se deu em 28 de junho 1991, com o julgamento do *Habeas Corpus* 68.726, de que foi o relator o Senhor Ministro Néri da Silveira. Neste julgamento, foi decidido, por unanimidade dos votos, que a prisão do condenado, ainda que sem ter a decisão condenatória transitado em julgado, não ofende o princípio da presunção de inocência (disposta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

A segunda ocasião foi em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, cujo relator foi o Ministro Eros Grau. No caso apreciado, foi ganhadora a tese de que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado ofende o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF), para o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Por ter sido neste segundo momento a mudança do paradigma, tendo em vista que antes era aceita a execução provisória e, com o julgamento do HC 8.4078/MG, passou-se a não mais aceitar a execução penal antes do trânsito em julgado, é importante exibir argumentos utilizados, nos votos contrários e favoráveis, no julgamento.

O referido *Habeas Corpus* foi impetrado pelo indivíduo condenado por tentativa de homicídio qualificado, art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso III, alínea “c” e “d”, do Código Penal, à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. O fundamento foi ter o STJ denegado *habeas corpus* para que o recorrente aguardasse o julgamento do recurso especial em liberdade.

Realizada a votação, os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Pelluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes posicionaram-se contra a execução antecipada da pena. Ao passo que os Ministros Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia,

Menezes Direito e Ellen Gracie manifestaram-se a favor da antecipação da execução penal, sendo votos vencidos.

O Ministro Eros Grau ressaltou a necessidade de revisão do posicionamento até então adotado pela Suprema Corte – que era de admitir a execução antecipada da pena, sob os seguintes argumentos: o art. 637 do Código de Processo Penal de 1941 estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo; além disso, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), em seu art. 105, conjugou a execução da pena privativa de liberdade com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Da mesma forma o faz com a pena restritiva de direitos, em seu art. 147. Menciona, ainda, o art. 164, “que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial”.²²¹

¹ **Art. 637.** 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.

¹ **Art. 105.** Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

¹ **Art. 147.** 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.

¹ **Art. 164.** Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

§ 1º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 2º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil.

Pelo amparo da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o Ministro Eros Grau concluiu que os normativos supracitados da Lei de Execução Penal são adequados ao texto constitucional vigente e, ainda, são sobrepostos ao artigo 637 do CPP²²²:

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Inconstitucionalidade da chamada. Execução Antecipada da Pena". Art. 5o, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. DJe-035. Brasília, 26 fev. 2010. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago 2018.

²²² *Ibidem*.

Art. 637. 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.

Ademais, o Ministro Eros Grau defende que apenas em caráter cautelar a prisão antes do trânsito em julgado pode ocorrer, isto é, nos casos de prisão em flagrante, temporária ou preventiva.²²³

Com o foco lançado sobre a ampla defesa, Eros Grau ressalta que a garantia permeia todas as fases processuais, inclusive as do recurso extraordinário, por isso é entendida como ampla. Sendo assim, executar a pena logo após o recurso de apelação ensejaria, também, uma restrição à ampla defesa, promovendo um desequilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado de afastar tal pretensão.²²⁴

Para o Ministro Eros Grau, a execução penal antecipada, incompatível com a Constituição Federal de 1988, somente se justificaria pela conveniência dos magistrados, e não do processo penal. Isso porque seguindo o princípio da presunção de não culpabilidade, o STF e o STJ seriam “atolados” de recursos e embargos e agravos, além do argumento de que “ninguém mais será preso”, aponta o Ministro. Assim, em nome da comodidade, melhor operacionalidade das Cortes, e, ainda, como forma de incitação à “jurisprudência defensiva”, não se pode diminuir ou excluir garantias constitucionais.²²⁵

O Ministro Menezes Direito divergiu em alguns pontos e apresentou novos fundamentos.

Inicialmente, Menezes Direito observou que o art. 5º, inciso LVII “ninguém poderá ser considerado culpado até sentença penal condenatória” não pode ser compreendido como uma vedação às penas privativas de liberdade antes de serem julgados os recursos especial e extraordinário, já que nos referidos recursos o foco de discussão é a tese jurídica e não a matéria fática. A apreciação e esgotamento da matéria do fato encerram-se nas instâncias ordinárias.²²⁶

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Inconstitucionalidade da chamada. Execução Antecipada da Pena". Art. 5o, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. DJe-035. Brasília, 26 fev. 2010. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago 2018.

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ Ibidem.

Para o Ministro Menezes Direito, tal sistemática ocorre justamente para impedir o prolongamento indefinido dos processos e, assim, adiar a execução dos julgados. Por essas mesmas questões é que os efeitos dos recursos especial e extraordinário são limitados e não suspendem a execução.²²⁷

Assim, asseverou que proibir a execução penal antes do julgamento desses recursos ensejaria a interpretação de efeito suspensivo aos referidos recursos. Nesse raciocínio, entender que é vedada a execução penal com a interposição de tais recursos, é atribuí-los a característica de efeito suspensivo a eles. Tal raciocínio geraria subordinação do julgamento penal realizado nas instâncias ordinárias com o julgamento realizado nas extraordinárias, dando a esses o caráter de, também, ordinários.²²⁸

Menezes Direito utilizou-se de passagem de acórdão da Primeira Turma, cujo Relator o Ministro Celso de Mello proferiu que:

[...] princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico à imediata decretação da prisão do acusado, ainda que se revele passível de impugnação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão de Tribunal inferior que impôs condenação penal ao paciente'. E ainda assinalou nosso Decano que o "direito de recorrer em liberdade - que pode ser eventualmente reconhecido em sede de apelação criminal - não se estende aos recursos de índole extraordinária, posto que não dispõem estes, nos termos da lei, consoante já ressaltado, de efeito suspensivo das consequências jurídicas que decorrem do acórdão veiculador da condenação penar (HC n2 72.102/MG, DJ de 20/4/95).²²⁹

Outro ponto destacado por Menezes Direito foi acerca da aceitação comum da prisão cautelar antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, e, por outro lado, questionamento sobre a prisão para a execução da pena. Isso é, a valorização maior do andamento do processo penal que a sua finalidade própria: a sentença ou o acórdão.²³⁰

²²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Inconstitucionalidade da chamada. Execução Antecipada da Pena". Art. 5o, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. DJe-035. Brasília, 26 fev. 2010. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago 2018)

²²⁸ Ibidem

²²⁹ Ibidem

²³⁰ Ibidem

No voto, é ainda foi abordado o caráter duplo da sanção penal, especialmente, nas penas privativas de liberdade, quais sejam: a retribuição e a prevenção. A retribuição e a prevenção se complementam na sua essência e seus efeitos são concorrentes.²³¹

Se o elemento retributivo compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e não ganha sentido sem a definição da culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo.²³²

Para o Ministro Menezes Direito, é essa sistemática entre a prevenção e a retribuição da sanção penal que justificam a privação da liberdade antes do exaurimento das instâncias extraordinárias, as quais não possuem o caráter de suspender a decisão emanada nas primeiras instâncias.²³³

Para o Ministro Celso de Mello, a prisão cautelar, em qualquer das modalidades (prisão temporária, preventiva, prisão fundada em decisão de pronúncia e prisão decorrente de condenação penal recorrível) pode ser empregada com a condição de ter em seu ato judicial formal “fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos definidos em lei” (RTJ, 134/798, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello).²³⁴

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello estabeleceu a importância de não se confundir os conceitos de prisão cautelar e a prisão penal. A cautelar não tem por finalidade punir, não é sanção, mas é um instrumento para agir em benefício das atividades no processo penal. Sendo assim, não pode a prisão cautelar ser admitida para promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva estatal, por ensejar a subversão da finalidade da prisão preventiva, comprometendo o princípio da liberdade.²³⁵

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Inconstitucionalidade da chamada. Execução Antecipada da Pena". Art. 5o, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. DJe-035. Brasília, 26 fev. 2010. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago 2018

²³² *Ibidem*

²³³ *Ibidem*

²³⁴ *Ibidem*

²³⁵ *Ibidem*

Celso de Mello registrou a necessidade da indicação de fatos concretos para fundamentar o pedido da cautelar, sendo insuficiente a mera afirmação da sua necessidade sem a indicação dos fatos.

[...] PRISÃO PREVENTIVA - NÚCLEOS DA TIPOLOGIA -IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta [...] (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO)²³⁶

Ainda, complementou o raciocínio explicitando que o fato de alguém ser submetido aos atos de persecução penal não lhe extingue nem diminui os seus direitos e garantias indisponíveis, as quais têm de ser rigorosamente observadas pelos tribunais, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.²³⁷

Por esse motivo, Celso de Mello asseverou que ninguém poderá sofrer tratamento de culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.²³⁸

De outro modo, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu pela viabilidade da execução penal da pena privativa de liberdade após o esgotamento das vias ordinárias. Em seus argumentos, defendeu a seriedade dos juízos proferidos no primeiro e/ou segundo grau de jurisdição, por serem esses órgãos idôneos para tanto. Ignorá-los, seria torná-los desprezíveis.²³⁹

Ainda, Joaquim Barbosa defendeu que considerar a execução penal apenas após o trânsito em julgado gerará “verdadeiro estado de impunidade”, sobretudo nas situações em que haja condições de constituir defensores para a interposição de grande número de recursos, a fim de alargar o período para o trânsito em julgado, atingindo, muitas vezes, a prescrição da pretensão de punir estatal.²⁴⁰

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Inconstitucionalidade da chamada. Execução Antecipada da Pena". Art. 5o, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. DJe-035. Brasília, 26 fev. 2010. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago 2018

²³⁷ Ibidem

²³⁸ Ibidem

²³⁹ Ibidem

²⁴⁰ Ibidem

Esse movimento, explicitou Joaquim Barbosa, fere a tutela jurisdicional efetiva. O princípio da presunção de não culpabilidade “não é absoluto e incontestável”.²⁴¹

Em relação ao condenado, Barbosa explicou que a justificativa para a execução provisória não está na culpa incontestável do indivíduo, mas por haver decisões judiciais condenatórias baseadas na avaliação de fatos, capazes de legitimar a privação da liberdade.²⁴²

Também destacou que os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo, motivo pelo qual não se trata de transgressão ao princípio da não culpabilidade falar em execução penal antes do trânsito em julgado. E, também, não há que se falar na existência de “terceiro grau de jurisdição”, o qual não é garantido, nem mesmo, no Pacto de San Jose da Costa Rica. A garantia é para recorrer contra sentença condenatória, disposta nos artigos 8 e 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Finalmente, a terceira alteração jurisprudencial se deu em 17 de fevereiro de 2016, com o julgamento do HC 126.292/SP, cujo relator foi o falecido Ministro Teori Zavascki. Com este julgamento, novamente, o entendimento foi alterado, por sete votos a quatro, firmando o entendimento de que a possibilidade de início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau não ultraja o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade.

3.2 Detalhamento dos votos do HC 126.292/SP: argumentação e a respectiva análise crítica.

O *Habeas Corpus* 126.292 foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC lá apresentado. No caso, o indivíduo foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado (art. 157, p. 2º, I e II do Código Penal). A defesa tinha por objetivo afastar o mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP). Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou o habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, o qual indeferiu o pedido de liminar.

²⁴¹ Ibidem

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Inconstitucionalidade da chamada. Execução Antecipada da Pena". Art. 5o, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. DJe-035. Brasília, 26 fev. 2010. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago 2018)

O Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir a liminar prolatou que o entendimento firmado pelas quinta e sexta turmas são no sentido de ser inadequado o exame de habeas corpus contra decisão do juízo a quo atacável por recurso especial.

No referido *habeas corpus*, foram suscitados os seguintes argumentos: a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”; que o Tribunal local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; que a prisão determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que verificasse qualquer fato novo”, e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; por fim, a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação.²⁴³

O relator Ministro Teori Zavascki deferiu o pedido de liminar, em 05 de fevereiro de 2016, “para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

A partir do conhecimento do HC 126.292-SP impetrado no Supremo Tribunal Federal, os 11 Ministros pronunciaram-se, em julgamento. A discussão tinha a finalidade de saber se a prisão do condenado após a decisão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal é admitida pela Constituição Federal de 1988.

Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia manifestaram-se pela denegação da ordem, ao passo que os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e a Ministra Rosa Weber votaram pela concessão da ordem, sendo, no entanto, votos vencidos.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

A seguir, o detalhamento dos votos, com as argumentações suscitadas destacadas, todos retirados do Habeas Corpus nº 126.292/SP²⁴⁴ e acompanhadas das respectivas análises críticas.

3.2.1 Argumentação 1: recursos extraordinário e especial

O Relator Teori Zavascki iniciou o voto alertando que o entendimento da Corte, já na vigência da Constituição Federal de 1988, era no sentido de admitir que a presunção de inocência não obstava a prisão decorrente de apelação recorrível, sob os fundamentos de que é superada a argumentação de falta de fundamentação para a prisão preventiva, com a condenação do réu, bem como os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo e, assim, não evitam a prisão.²⁴⁵

Em vários momentos, as Turmas do STF asseveraram que o princípio da presunção de inocência não obstava a execução provisória da pena atribuída, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário.²⁴⁶

Foi no julgamento do HC 84.078/MG, em 05.02.2009, que passaram a admitir a incompatibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado com o princípio da presunção de inocência. O reconhecimento desse princípio teve consequências relevantes da criação das normas processuais, agregando ao processo penal brasileiro medidas para a efetivação de um padrão de justiça criminal democrática, garantista, racional.²⁴⁷

Para Zavascki, tendo em vista que os recursos extraordinário e especial possuem âmbito de cognição estrito à matéria de direito, a execução da pena na pendência desses recursos de não afeta o núcleo essencial da não-culpabilidade, uma vez que no curso de todo o processo ordinário já foram observados os direitos e garantias e, ainda, respeitado o atual modelo acusatório.²⁴⁸

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁴⁶ Ibidem

²⁴⁷ Ibidem

²⁴⁸ Ibidem

Vale transcrever parte do voto proferido por Teori:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático probatória.²⁴⁹

Dessa forma, seguindo o mesmo entendimento, Edson Fachin e Gilmar Mendes, também defenderam que, pelo julgamento feito pela Corte de apelação, origina-se a preclusão da matéria que envolve os fatos. Tanto o Recurso Extraordinário como o Especial apenas analisam a matéria de direito. Assim, tendo sido a condenação fundada em fatos e provas que já não podem mais ser examinadas pelas instâncias superiores, mostra-se completamente possível a relativização do princípio da presunção de inocência, ou até mesmo sua inversão.²⁵⁰

Inclusive, em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia mencionou a Súmula 279 do STF, segundo a qual: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, corroborando que o cenário fático já chega posto quando da apreciação de recursos pela Suprema Corte.²⁵¹

Logo, nas palavras de Zavascki, “Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990”.²⁵²

Dias Tóffoli, ao proferir seu voto, acompanhou parcialmente o voto do Relator, argumentando que a “execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF”.²⁵³

Sobre a possibilidade de início da execução em segunda instância, Fachin afirmou ainda que se deve interpretar o artigo 5º, LVII, da CF/88 sem o “apego a literalidade” defendido

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁵⁰ *Ibidem*

²⁵¹ *Ibidem*

²⁵² *Ibidem*

²⁵³ *Ibidem*

pelos que acham não poder a execução penal se iniciar antes do julgamento pelos Tribunais Superiores, que darão a palavra final acerca da culpabilidade do agente.²⁵⁴

No entanto, mesmo que a legislação infraconstitucional não confira efeito suspensivo a esses recursos, como analisado pelos Ministros, a Constituição Federal atribuiu tal efeito, conforme art. 5º, LVII. Ao proferir que ninguém será considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado, o constituinte originário trouxe que a prisão apenas poderá ocorrer após a culpa ser definitivamente certificada. Ou seja, por ser a culpa pressuposto da pena, também da execução, os efeitos da sentença ficam suspensos até que se obtenha o trânsito em julgado.²⁵⁵

Ademais, em relação à flexibilização da interpretação literal do texto constitucional, conforme afirmado pelo Ministro Fachin, o Ministro Marco Aurélio mencionou, em seu voto, haver uma máxima, em termos de interpretação e de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob a pena de se reescrever a norma jurídica com sentido distante da intenção do legislador.²⁵⁶

3.2.2 Argumentação 2: execução penal provisória aceita em outros países

Outro ponto destacado pelo Ministro Teori Zavascki foi em relação aos estudos sobre outros países em que é aceita a execução penal provisória, mencionando a situação da Inglaterra, dos Estados Unidos, do Canadá, da Alemanha, da Espanha e da Argentina.²⁵⁷

Sobre tal aspecto, como explica o professor José Afonso da Silva, não é razoável, nem justa tal argumentação, tendo em vista que cada país tem seu contexto e sua história específicos. Dessa forma, é descabida a comparação entre direitos e instituições jurídicas diferentes, “não

²⁵⁴ *Ibidem*

²⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, art. 5, LVII

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018

²⁵⁷ *Ibidem*.

se comparam objetos incomparáveis”. O professor ensina que a escolha do objeto para realizar tal comparação, de modo adequado, deve ser pautada em critérios racionais.²⁵⁸

Assim, percebe-se que a pura e simples menção acerca da aceitabilidade da execução provisória em outros países não é suficiente para sustentar tal argumentação, já que cada país possui seu contexto histórico único.

O Ministro Celso de Mello observou, ao proferir seu voto, que a Constituição brasileira é mais vigilante e intensa na proteção da presunção da inocência, sendo absolutamente sem cabimento a invocação da experiência norte-americana ou francesa, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições não inferem e nem obrigam a forçosa obediência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁵⁹

3.2.3 Argumentação 3: presunção de inocência é princípio

Outro argumento favorável à execução pena provisória é o trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Segundo o Barroso, a presunção de inocência é um princípio, não uma regra.²⁶⁰ Assim, pode existir uma ponderação na sua incidência quando relacionada aos demais princípios e bens jurídicos igualmente protegidos que conflitam.²⁶¹

Segundo Luís Roberto Barroso:

No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, art. 5º, *caput* e LXXVIII e 144)²⁶²;

Nesse sentido, Edson Fachin sustentou, em seu voto, que não se deve considerar a garantia constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação

²⁵⁸ UNB, 2016, p. 7

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² *Ibidem*.

como absoluta, de forma a menosprezar sua conexão com outras regras e princípios constitucionais.²⁶³

Somando com esse entendimento, no voto do Ministro Gilmar Mendes, ele asseverou que é necessário que se encare a presunção de inocência como “princípio suscetível de ser devidamente conformado”, já que devem ser analisadas as circunstâncias de aplicação específicas no caso do Direito Penal e Processo Penal.²⁶⁴

Contudo, quando há colisão entre dois princípios, um deles deverá ceder. Isto é, a solução ocorrerá utilizando-se a precedência que um princípio terá em relação a outro em certas condições.²⁶⁵

Segundo destacado por Alexy, os princípios possuem pesos diferentes, logo, aquele com maior peso deve ter precedência. Nesse sentido, Sarmiento²⁶⁶ aduz que “o intérprete deve verificar o peso genérico de cada princípio em conflito, observando, assim, os efeitos e consequências práticas no respectivo ordenamento jurídico.

Logo, no caso em análise, por ser a presunção de inocência prevista no art. 5º, nota-se que ela é mais do que um princípio, é uma garantia fundamental. Dessa forma, possui um peso nitidamente superior ao princípio da efetividade jurisdicional. Ademais, por tratar-se da liberdade da pessoa, uma das condições mais importantes do indivíduo, deve ser analisada a presunção de inocência como uma cláusula de insuperável bloqueio, segundo o Ministro Celso de Mello:

A consagração da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁶⁵ ALEXY, 2002 apud SOARES; LIMA 2012, p. 05.

²⁶⁶ 2002, p 103 – 104

cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.²⁶⁷

Nessa esteira, Aury Lopes Jr. aponta que este princípio é fundante, no qual foi constituído o processo penal liberal em sua totalidade, trazendo garantias essenciais para o indivíduo frente à atuação punitiva do Estado.²⁶⁸

3.2.4 Argumentação 4: mutação constitucional

Vale ressaltar que, segundo o Ministro Luiz Fux, em relação à presunção de não culpabilidade ocorreu uma espécie de modificação eloquente, principalmente por estar baseada no sentido histórico da pessoa ser considerada inocente até que seja definitivamente condenada.²⁶⁹

Para Fux, por ser a jurisdição uma função popular, não faria sentido algum que um indivíduo fosse condenado em primeira e segunda instância e, quando julgado por um Tribunal Superior, fosse inocentado.²⁷⁰

Nessa linha, Barroso defendeu a ocorrência da mutação constitucional em relação à interpretação do art. 5ºLVII, da CF. Para ele, “trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto”.²⁷¹

Para Barroso, a mutação ocorreu também em relação ao sentido, alcance e validade da norma constitucional, já que “a ideia do bem, do justo e do ético varia com o tempo”.

²⁶⁷ BRASIL, op. cit.

²⁶⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 219.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ibidem.

No entanto, mesmo que seja uma realidade a mudança de entendimento ocorrida com o passar do tempo, nas palavras do próprio Ministro Barroso, em 2001: “as mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, mas serão inconstitucionais”.²⁷²

Sobre o assunto, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, asseverou que a literalidade do art. 5º, inciso LVII, da CF, não admite interpretações, por haver uma máxima, em termos de interpretação e de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob a pena de se reescrever a norma jurídica e, no caso, o preceito constitucional”.

273

Complementando o entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski, aduziu em seu voto o princípio como “absolutamente taxativo, categórico”²⁷⁴, não vendo forma de se interpretar o dispositivo, afirmando que *in claris cessat interpretatio*.

Sobre a questão, vale ressaltar que o método de interpretação literal ou gramatical deve ser efetuado antes de qualquer outro, visto que se presume que o legislador expressou sua vontade de forma precisa no corpo do texto legal, no momento de elaboração da lei, não abrindo margem para interpretações diversas, visto que são normas de texto límpido e preciso.²⁷⁵

Portanto, se a mudança na interpretação for contrária ao que está previsto de forma clara, precisa, no texto constitucional, é evidente que essa mudança é inconstitucional.

Dessa forma, cabe mencionar a advertência trazida por Boaventura de Souza Santos. Para ele, é um perigo depositar no Poder Judiciário a primazia em relação às mudanças democráticas desejadas, pois o tribunal que antes, em seus decisões, efetuava um ativismo progressista pode, agora, tornar-se um órgão de “contrarrevolução jurídica”, gerando atraso na democracia constitucional.²⁷⁶

²⁷² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 128.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. Atualização de S. Limongi França; prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

²⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sinais de uma contrarrevolução jurídica**. 21 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.uc.pt/iii/novidades/CES-boaventura-contrarevolucao12-09>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

Por fim, é imperioso explicitar a impossibilidade da utilização do mecanismo para suprimir direitos fundamentais justificando tal medida apenas pelos anseios da sociedade. Assim, a mutação constitucional deve existir para ampliar direitos fundamentais e, em caso de diminuição, conservar seu núcleo essencial.

3.2.5 Argumentação 5: culpabilidade e prisão

Outro argumento apresentado no voto, pelo Ministro Barroso, é que, segundo a Constituição Federal de 1988, a culpabilidade é condicionada ao trânsito em julgado, e não a prisão; ou seja, o elemento necessário à privação da liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.²⁷⁷

A Ministra Cármen Lúcia se disse vencida na mudança de paradigma anterior exatamente por considerar que a interpretação do art. 5º, inciso LVII da CF deve ser realizada no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, isto é, não pode o indivíduo ser considerado culpado, mas o entendimento é que não poderá ser culpado e, não, condenado. Assim, para Cármen Lúcia, a Carta Magna determina que não haja culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação.²⁷⁸

Em sentido contrário, o Ministro Celso de Mello asseverou que a presunção de inocência enseja duas regras: a regra de tratamento e a regra probatória. Daí, então há a consagração constitucional da presunção de inocência como direito de toda pessoa, cuja prerrogativa de ser considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve preponderar até trânsito em julgado da condenação; havendo uma “cláusula de bloqueio” à determinação antecipada de quaisquer medidas que comprometam ou reduzam a esfera jurídica dos indivíduos.²⁷⁹

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ *Ibidem*.

Para Celso de Mello, tal situação representa fator de proteção aos direitos de quem está sujeito à persecução penal, e, de outro lado, é condição de legitimação da execução das penas privativas de liberdade e das restritivas de direito.²⁸⁰

Em relação a tal aspecto, a privação cautelar da liberdade não se destina a impor sanção antecipada ao indivíduo; a noção de punição não se confunde com a prisão penal. Utilizar a prisão cautelar com finalidade punitiva traduz-se em ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Relativamente às possibilidades de prisão do indivíduo, estas devem seguir o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, demonstrando, ainda, consonância com o art. 5º, incisos LVII e LXI, da Constituição Federal, conforme a transcrição abaixo:

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

Art. 5º:

LVII — Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

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

Nota-se claramente que o art. 283, CPP é completamente harmônico e compatível com os referidos dispositivos constitucionais, ademais, ele consolida interpretação constitucional legítima, explicitada na Constituição Federal de 1988.²⁸¹

Como exemplo, Guilherme de Souza Nucci²⁸² ensina que a norma contida no art. 283, do CPP, “reproduz” o que traz a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVII. Outra parte da doutrina, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli²⁸³, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que alterou o disposto no art. 283, afirmam que “fica impedido o juízo de execução à regra geral de proibição da execução provisória”.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? **Consultor Jurídico**, ago. 2016.

²⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁸³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 578-579.

É importante associar a análise do art. 283, do CPP, com o que prevê o art. 105 da Lei de Execuções Penais – LEP. O primeiro estabelece que, excetuadas as prisões cautelares, a prisão pena ocorre apenas quando decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Já o segundo condiciona a expedição da guia de recolhimento ao trânsito em julgado da sentença que determinar a pena privativa de liberdade:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Dessa forma, observa-se que não existe a possibilidade para interpretações contrárias, mesmo que seja buscando a “efetividade da função jurisdicional penal”. Para que isso seja possibilitado, os artigos acima mencionados deveriam ter sido declarados inconstitucionais. Como isso não aconteceu, o art. 283, do CPP, e o art. 105, da LEP, permanecem válidos, vigentes e eficazes, devendo, então, serem aplicados por todo o ordenamento até posterior revogação.

Vale ressaltar que a necessidade do trânsito em julgado da sentença existe, inclusive, para a aplicação das penas restritivas de direitos, conforme art. 147, da LEP:

Art. 147. 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.

Também há essa previsão quando da aplicação das medidas de execução penal, como, por exemplo, quando o preso comete alguma infração ou descumpre alguma condição imposta na sentença, conforme o art. 160, da mesma Lei:

Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas.

Assim sendo, os dispositivos supracitados pressupõem o trânsito em julgado da condenação penal para se iniciar a execução pena privativa de liberdade, da pena restritiva de direitos e do *sursis*.

Portanto, como não existiu, até o presente momento, nenhuma menção referente à inconstitucionalidade desses diplomas legais, nota-se que o julgamento possui irremediável contrariedade à lei.

Como alertou o Ministro Marco Aurélio, ao finalizar seu voto, qualquer manifestação contrária estaria “usurpando competência legislativa e promulgando, disfarçadamente, uma emenda constitucional”.²⁸⁴

3.2.6 Argumentação 6: “agigantamento de afazeres”

O Ministro Edson Fachin, em sua argumentação favorável à execução penal provisória, disse existir um “agigantamento dos afazeres do STF”, consequente da própria maneira como a Corte interpreta determinadas regras constitucionais.²⁸⁵

Sobre tal ponto, cabe ressaltar que nunca será válida a justificativa de mitigar direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna, em prol de não sobrecarregar a Suprema Corte.

Como defendeu Celso de Mello, em seu voto, a presunção de inocência trata-se de relevada conquista histórica dos cidadãos na constante luta contra a opressão e abuso de poder estatais. Ainda, a presunção de inocência é um direito fundamental e traduz-se no reconhecimento de que “ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado”.²⁸⁶

Assim, o Ministro Celso de Mello explicitou que tal concepção proveio para traduzir clara repulsa ao absolutismo do Antigo Regime, e foi legitimada pela ideia democrática, e tem prevalecido como “valor fundamental e exigência básica” ao respeito à dignidade da pessoa humana.²⁸⁷

Celso de Mello explicou que a Constituição Federal de 1988 é destinada a conduzir uma sociedade fundada em bases originariamente democráticas, sendo a oposição do

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ *Ibidem*.

absolutismo estatal, cujo efeito é garantir que o cidadão jamais seja tratado pelo Estado como se fosse culpado.²⁸⁸

3.2.7 Argumentação 7: recursos protelatórios

O Ministro Barroso defendeu, em seu voto, que a apresentação de recursos protelatórios gera ao Poder Judiciário gasto de tempo e de recursos, sem o real proveito para a realização de justiça e para o cumprimento das garantias processuais penais, já que o percentual de recursos providos favoravelmente ao réu é inferior a 1,5 %, como asseverou:

Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.²⁸⁹

Contudo, o Ministro Marco Aurélio indagou sobre a seguinte situação em que sendo o indivíduo preso, decorrente de sentença condenatória provisória, que, posteriormente tem seu entendimento alterado ensejando absolvição, nesse caso a liberdade será devolvida ao cidadão? Para o Ministro, a resposta é negativa.²⁹⁰

Para o Ministro, o significado do princípio da não culpabilidade é evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas, uma pena que ainda não é a definitiva.²⁹¹

Ademais, como solução à interposição de recursos protelatórios, os quais podem levar à prescrição das ações penais, podem ser utilizados mecanismos de combate aos referidos atos de má-fé e de improbidade processual. O Ministro Dias Toffoli, em seu voto no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, citou, como exemplo:

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem.

o Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos. [...] ²⁹²

Toffoli também mencionou o emprego de multas, como mecanismo eficiente para frear os abusos de recursos que tenham a finalidade de atingir a prescrição punitiva. ²⁹³

Observa-se no art. 117, do Código Penal, a previsão da interrupção da prescrição pela interposição de recurso de índole extraordinária, ou seja, o argumento de que a interposição desses recursos é apenas de caráter protelatório “cai por terra”, visto que não afastará a pretensão punitiva do Estado. A prescrição, então, é um problema mais relacionado à ineficiência da persecução penal que a própria interposição de recursos. ²⁹⁴

Percebe-se, como aduziu a Ministra Rosa Weber em seu voto, que a alteração da compreensão sobre o texto constitucional não é a melhor forma de solucionar as questões pragmáticas envolvidas. Há outras formas de implementar soluções a eventuais “desdobramentos negativos” decorrentes da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, CF, que não seja alterar o seu sentido e, assim, diminuir o alcance do direito fundamental. ²⁹⁵

3.2.8 Argumentação 8: descrédito do sistema de justiça penal

Outro argumento apresentado a favor da execução penal provisória é que a sua não admissão está causando significativo agravamento do descrédito da população em relação ao sistema de justiça penal, seja pela condução massiva à prescrição ou pela distância temporal significativa entre a prática do delito e sua punição. ²⁹⁶

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁹⁶ Ibidem.

Segundo o Ministro Barroso, essa realidade produz a sensação de impunidade comprometendo os objetivos da pena e a moralidade do Judiciário junto à sociedade.²⁹⁷

Tais argumentos, contudo, não possuem fundamento jurídico, visto que são contrários ao Direito e à moral.²⁹⁸

Segundo Lenio Luiz Streck²⁹⁹, um jurista democrata não deve dar atenção a argumentos como os referidos, se assim fosse, seria instituída no Brasil a pena de morte, visto que mais de 60% da população é favorável a ela.

De acordo com Fernando Galvão, por ser o Direito Penal considerado como *ultima ratio*, no âmbito do controle social, não pode ser, então, orientado por paixões momentâneas ou interesses oportunistas. Logo, prevalecer a punibilidade exacerbada para atender ao clamor da população mostra-se completamente contrária à necessidade de fundamentação técnica.³⁰⁰

Além disso, a impunidade não de mostra argumento válido para possibilitar a antecipação da execução da pena, já que se trata de um problema a ser tratado pela política criminal e pelo sistema penal e processual penal.

Para o Ministro Marco Aurélio, como defendido em seu voto, a decisão no sentido de admitir a execução antecipada enseja um esvaziamento do modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Reconheceu que a época atual é de crise e, diante da crise, devem ser resguardados princípios, parâmetros e valores, para a sociedade não ser surpreendida.³⁰¹

Por fim o Ministro Lewandowski mencionou, no voto, que o sistema penitenciário brasileiro está completamente falido e se encontra num estado de coisas inconstitucional. Logo, iniciar a execução antes do trânsito em julgado, portanto, de alguém ainda considerado inocente,

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? **Consultor Jurídico**, ago. 2016.

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? **Consultor Jurídico**, ago. 2016

³⁰⁰ GALVÃO, Fernando. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.129-130.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³⁰¹ Ibidem.

em um sistema nessas condições contraria a presunção de inocência e, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁰²

Ainda, como explicitado por Celso de Mello no voto, é fundamental que o STF tenha “a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a do povo e a de suas instituições”.³⁰³

Após a exposição e análise dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF, no julgamento do HC nº 126.292/SP, na conclusão será apresentada a reflexão final acerca da compatibilidade da execução penal provisória no ordenamento jurídico brasileiro, com a elucidação ao questionamento principal: se há mitigação ao princípio da presunção da não culpabilidade ou efetividade jurisdicional.

³⁰² Ibidem.

³⁰² Ibidem.

³⁰³ Ibidem.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, nota-se que o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade é o basilar para garantir a democracia no Processo Penal e o seu descumprimento implica retrocesso às garantias fundamentais do indivíduo.

Nos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, o referido preceito geral é apoiado pelos valores relativos ao respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade do indivíduo, os quais devem ser considerados em todas as atitudes do Estado Democrático de Direito³⁰⁴.

As lutas consagradoras da entrância desse princípio à Constituição Federal tiveram como objetivo que o princípio fosse inserido expressamente em seu texto, inclusive na condição de cláusula pétrea.

Isso porque a Declaração Universal de Direitos Humanos e, posteriormente, a Carta Magna foram consagradores de limitações necessárias à subsistência do homem perante o Estado, não admitindo mais a submissão desse àquele. O Estado, então, tem como prioridade a tutela dos homens e a garantia de seus direitos fundamentais.

Ademais, como já ressaltado pelo professor Gilmar Mendes, os direitos fundamentais garantem a preservação da liberdade individual contra interferências ilegítimas dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, dispondo o indivíduo de pretensão de violação, pretensão de revogação ou pretensão de anulação contra o Estado violador³⁰⁵.

Tendo em vista que a nossa Carta Política de 1988 fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, resta claro que, para que se possa coibir alguém de sua liberdade, é necessário não haver dúvida em relação à autoria e materialidade de um fato típico, antijurídico e culpável. Deste modo, na ocasião em que ocorre o trânsito em julgado e o sujeito é considerado culpado, ocorre a perda da presunção relativa de inocência relativamente ao fato específico e determinado. Assim sendo, é presumida a inocência desse indivíduo aos demais fatos a que possa vir a ser indiciado.

³⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo III Série: Estudos e Pareceres de Processo Penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 9.

³⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, 2004. p. 133

Sobre a questão, o doutrinador Eugênio Pacelli, ensina que deriva do princípio da presunção de inocência o dever de o Estado observar a regra de tratamento e a regra probatória, em relação ao acusado. Essas duas regras são relacionadas à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal. Isto é, o indivíduo que goza da presunção de não culpabilidade não pode ser submetido ao mesmo tratamento dos já condenados com sentença transitada em julgado.³⁰⁶

Observa-se, desse modo, pelo contexto em que foi inserido, pela sua literalidade, pelo lugar em que foi alocado pelo legislador originário (no rol de garantias fundamentais da CF) e pelos desdobramentos que implica, que o princípio da presunção de inocência tem a finalidade precípua de resguardar o indivíduo até que seja provada, pela acusação, a sua culpa. E, só então, será possível a sua condenação.

A culpa é a constatação efetiva de que o indivíduo realizou determinada conduta típica, para o Direito Penal. Tal culpa só é certificada com a liquidação da prova, que, no caso do direito brasileiro, ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ou seja, por ser a culpa pressuposto da pena, também da execução, os efeitos da sentença ficam suspensos até que se obtenha o trânsito em julgado.

Ada Pellegrini Grinover destaca a exigência de que será necessária a prova da culpabilidade para a condenação, e essa prova deverá ser “segura e indubitosa”; dessa forma, a ausência de provas ou a ocorrência de dúvidas deverão levar à absolvição, revelando-se, assim, a máxima “*in dubio pro reu*”³⁰⁷.

Norberto Avena defende que os Poderes do Estado têm a incumbência de tornar o princípio da presunção da não culpabilidade efetivo, devendo o Legislativo criar normas que visem o equilíbrio do interesse do Estado da satisfação da pretensão punitiva juntamente com a liberdade do indivíduo; o Executivo, por meio da sanção dessas normas; e o Judiciário, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade ou o controle concentrado de constitucionalidade, em relação às disposições que diverjam com o texto constitucional.³⁰⁸

³⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

³⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo III Série**: Estudos e Pareceres de Processo Penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 9.

³⁰⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2017. p. 49.

Assim, é nítida a posição do Poder Judiciário, que deverá atuar na defesa das questões que se afastem do texto constitucional.

Ademais, a literalidade do texto constitucional, art. 5º, incisos LVII e LXI é clara, límpida; o art. 283, do Código de Processo Penal, tem plena consonância com o texto constitucional; e, ainda, os artigos 105, 164, 147, da Lei de Execução Penal, também reforçam o entendimento acerca da vedação constitucional em relação à execução penal de sentença condenatória antes do trânsito em julgado.

O trânsito em julgado, sinônimo de coisa julgada, ocorre apenas quando não couber mais nenhum recurso que seja das decisões proferidas pelo STF, já que, a partir daí, a decisão torna-se irrecorrível, a ampla defesa já foi plenamente concretizada, o contraditório já foi amplamente garantido, e, portanto, o devido processo legal penal é satisfeito.

Feita essa retomada de conceitos, não há dúvidas em relação à atuação do Poder Judiciário frente à presunção de inocência.

A utilização dos argumentos proferidos pelos Ministros que têm a posição favorável à execução penal provisória tem o claro pano de fundo afastado da questão constitucional em si. Sobre tal aspecto, é importante lembrar que a situação atual em que vivemos, com todas as esferas públicas “com sede de atacar” a corrupção – diga-se, de passagem, que é plenamente compreensível, já que o sentimento de todos nós, enquanto sociedade, é o de dar um basta à impunidade dos corruptos – certamente influenciou nos votos prolatados.

Contudo, jamais argumentos políticos poderão ser preponderantes em um julgamento, pois, assim o sendo, rasgam-se os direitos fundamentais, até aqui conseguidos com muita luta, para se “fazer justiça com as próprias mãos”. Isto é, o combate ao crime não pode ultrajar outros direitos e garantias constitucionais. Ainda, para cumprir determinados direitos e garantias fundamentais (interesse público, legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência), não se podem ofender outros.³⁰⁹

³⁰⁹ UNB. Faculdade de Direito. Parecer. Dispõe sobre a Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Pareceristas: Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz, Marcus Vinícius Fernandes Bastos. Brasília, 15 jun. 2016. p. 20.

Portanto, como ensina Ronald Dworkin, “os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido”³¹⁰. Esses, de caráter prático, com a projeção de fins sociais que promovam a melhora da vida comum, não podem ser lançados para mitigar direitos e garantias individuais conquistados ao longo da história.³¹¹

O perigo a respeito desse tipo de abordagem que foca nos argumentos de política é justamente que começam a minar a própria ideia de Estado de Direito³¹², uma vez que permite aos julgadores amolecerem o raciocínio jurídico e legalista, em prol de supostos argumentos *pro societate*. Tal sistemática prioriza o clamor social à Constituição, fazendo que esses anseios sociais sejam interpretados e traduzidos pelo Judiciário, em lugar da atividade do próprio parlamento.³¹³

Por todo o exposto, embora uma análise mais superficial ou mais tendenciosa em concordar com o posicionamento dos Ministros do STF leve ao imediato sentimento de aprovação em relação à execução penal provisória, o estudo e a reflexão sobre o tema demonstram que o certo é manter-se fiel ao Estado Democrático de Direito, com o adequado respeito aos direitos e garantias fundamentais expressos na Carta Magna.

Ademais, no sistema prisional falido, como é o brasileiro, abarrotar mais as cadeias e transgredir, ainda mais, o princípio da dignidade da pessoa humana está longe de ser a solução para alguma coisa. De maneira generalizada, as prisões têm deficiências bastante similares: maus tratos verbais ou de fato, além da superlotação carcerária, falta de higiene, condições precárias de trabalho, regime alimentar carente, elevado consumo interno e clandestino de drogas, abusos sexuais e as mais cruéis espécies de violência permeiam o cenário de vivência dos apenados.³¹⁴

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

³¹¹ UNB. Faculdade de Direito. **Parecer**. Dispõe sobre a Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Pareceristas: Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz, Marcus Vinícius Fernandes Bastos. Brasília, 15 jun. 2016., p. 22

³¹² GALVÃO, 2018 apud STRECK, 2018.

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. E se a opinião pública fosse contra a prisão em segunda instância? Consultor Jurídico. 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinio-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 26 jun. 2018

³¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 164

As condições a que os apenados são expostos podem ser encaradas, numa visão mais filosófica, até mesmo a uma pena perpétua, uma vez que perpetuam efeitos negativos aos que por lá transitaram, gerando problemas psicológicos, sexuais, entre outros.³¹⁵

Desse modo, não há que se reinventar o texto constitucional, sob o argumento de mutação constitucional ou em mitigar um princípio constitucional em prol de efetividade jurisdicional, ainda, realizar interpretação “sem o apego literal” ou flexibilização da interpretação literal do texto. Por ser o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob a pena de se reescrever a norma jurídica com sentido distante da intenção do legislador.

Da mesma forma, não tem sentido mencionar que a execução penal provisória é aceita em outros países, como Inglaterra, dos Estados Unidos, do Canadá, da Alemanha, da Espanha e da Argentina, já cada país tem seu contexto e sua história específicos. Dessa forma, é descabida a comparação entre direitos e instituições jurídicas diferentes, “não se comparam objetos incomparáveis”³¹⁶.

Também, ainda que a presunção de inocência seja um princípio, e não regra, ele é mais que um princípio, mas uma garantia fundamental. Assim, em uma ponderação principiológica, certamente esse direito fundamental - essa cláusula pétrea, que trata da liberdade da pessoa, uma das condições mais importantes do indivíduo - deve preponderar em prol de efetividade jurisdicional.

Por fim, mencionar sobre “agigantamento de afazeres” do STF ou utilização excessiva de recursos protelatórios como justificativas para se mitigar um direito fundamental não tem como ser aceito. Sobre esses argumentos de caráter pragmático, as soluções também têm que ser de cunho pragmático, como promover a utilização mecanismos de combate aos referidos atos de má-fé e de improbidade processual, ou o emprego de multas. Realizar a alteração da compreensão sobre o texto constitucional, certamente, não é a melhor forma de solucionar as referidas questões envolvidas.

Finalmente, dizer que a não aceitação da execução penal provisória enseja descrédito da população em relação ao sistema de justiça penal está longe de ser um argumento com fundamento jurídico. O Direito Penal é considerado como *ultima ratio*, no âmbito do controle

³¹⁵ Ibidem, p. 164

³¹⁶ GALVÃO, Fernando. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.129-130.

social, não pode ser, assim, ser orientado por paixões momentâneas ou interesses oportunistas.³¹⁷

Manter o respeito ao texto constitucional, o qual é claro e límpido, juntamente com os demais dispositivos consolidados na legislação infraconstitucional e, ainda, pensar em penas alternativas, aí, sim, seria um caminho viável.

Por todo o exposto, conclui-se que a execução penal provisória não é compatível com todo o ordenamento jurídico brasileiro e viola os artigos 5º, incisos LVII e LIX, da Constituição Federal; o artigo 283, do Código de Processo Penal, bem como os artigos 105, 147 e 164 da Lei de Execução Penal. E, finalmente, a sua aceitação enseja uma mitigação ao princípio da presunção de não culpabilidade.

³¹⁷ GALVÃO, loc. cit.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: Parte Geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOLETIM IBCCRIM. O pêndulo do Supremo. Ano 24, n. 281, p. 1-2, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim281.pdf?x=05022016>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Inconstitucionalidade da chamada. Execução Antecipada da Pena". Art. 5o, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. DJE-035. Brasília, 26 fev. 2010. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus* n. 99.914/SC. Relatora originária: Ministra Ellen Gracie, red. p/ o acórdão min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 30.4.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. 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. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-100. Brasília, 17 maio 2016. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal, 5 de outubro de 2016. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicológica na execução penal. In: BRANDÃO, Eduardo Ponte; GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Psicologia jurídica no Brasil.** Rio de Janeiro: NAU, 2004.

CIDH. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso: 25 fev. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas.** 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica.** Atualização de S. Limongi França; prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

- FREITAS, Jayme Walmer. **Prisão temporária**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102.
- GALVÃO, Fernando. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.129-130.
- GALVÃO, Jorge. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais: v. 1**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- GREGO, Rogerio. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso e soluções alternativas**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo III Série: Estudos e Pareceres de Processo Penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Processo penal: material suplementar**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MACHADO, Stéfano Jander. **A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal**. 2008. 69 f. Monografia (Bacharel em Direito)- Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, Santa Catarina, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf>> Acesso em: 15 maio 2018.
- MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito; v. 9). Disponível em: <<http://lelivros.love/book/download-execucao-penal-vol-9-col-saberes-do-direito-renato-marcao-em-epub-mobi-e-pdf/>> Acesso em: 26 jun. 2018.
- MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, n. 8, p. 132-142, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. v. único.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). 19 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano. 16, n. 50, p. 207-232, jul./dez. 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paul: Revista dos Tribunais, 1983.

PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução penal: constatações, críticas alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios Constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches. **Leituras Complementares de Execução Penal**. Salvador: Jus Podium, 2006.

ROMEIRO JR, Jorge Alberto. Jurisdição Criminal – Um Pouco da sua História. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 14, p. 107-118, 2001.

SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos Práticos da Execução Penal**. São Paulo: Editora Universitária de Direito. 1998.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110

SOARES, Marcos Antônio Striquer; LIMA, Priscila Rosa. Decisão Judiciária: estudo do pensamento de Robert Alexy. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 2, p. 3-16, maio/ago. 2012, p. 05.

STRECK, Lenio Luiz. E se a opinião pública fosse contra a prisão em segunda instância? **Consultor Jurídico**. 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opiniao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? **Consultor Jurídico**, ago. 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 186 – 210, jan. /abr. 2017.

UNB. Faculdade de Direito. **Parecer**. Dispõe sobre a Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Pareceristas: Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz, Marcus Vinícius Fernandes Bastos. Brasília, 15 jun. 2016. 56 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1997.