

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Lisiane Ávila de Chaves

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA

Soledade

2017

Lisiane Ávila de Chaves

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Campus Soledade, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Professora Ma. Gabriela Werner Oliveira.

Soledade

2017

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo e todos.

À minha família, ao meu namorado e aos meus amigos, por todo o carinho, apoio e amor dispensados a mim.

À minha Orientadora, Prof^a. Ma. Gabriela Werner Oliveira, pelo conhecimento e ensinamentos passados.

A todos aqueles que me apoiam e contribuem para a realização dos meus sonhos.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade da execução provisória da pena e as questões de direito afeitas ao tema, especialmente no que tange à sua inconstitucionalidade. Nesse sentido, há o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 126.292/SP, que possibilitou a execução da pena criminal após a confirmação da condenação em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão final. Contudo, tal decisão é tida por muitos juristas e doutrinadores como inconstitucional, na medida em que vai de encontro ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesta senda, surge o questionamento do trabalho que justifica a realização do estudo, o qual busca compreender se a possibilidade de execução provisória da pena está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio ou se, de fato, fere o princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, inconstitucional. Compulsando-se a esta problemática, estuda-se a legislação pátria no tocante à pena e à sua execução, identificando os princípios penais e constitucionais nela previstos e investigando a análise doutrinária a respeito da polêmica decisão. Conclui-se pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, tendo em vista que desrespeita os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, especialmente no que tange ao princípio da presunção de inocência, o qual encontra-se expressamente previsto na Carta Magna e exige o trânsito em julgado da sentença para que seja dado início à execução.

Palavras-chave: Execução Penal. Inconstitucionalidade. Presunção de Inocência. Trânsito em julgado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	05
2 A EXECUÇÃO DA PENA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	07
2.1 Aspectos gerais acerca da pena.....	07
2.2 A Lei de Execução Penal.....	12
2.3 Breves considerações sobre as prisões cautelares e o sistema carcerário no Brasil.....	17
3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	24
3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	24
3.2 Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.....	29
3.3 Princípios do devido processo legal e da celeridade processual	34
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	40
4.1 A execução penal de acordo com Habeas Corpus 84.078/MG.....	40
4.2 A possibilidade de execução provisória da pena criminal estabelecida no HC 126.292/SP.....	45
4.3 Análise do entendimento doutrinário acerca da possibilidade da execução provisória da pena à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.....	51
5 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é um direito fundamental garantido constitucionalmente, que assiste a todo ser humano desde o seu nascimento. Todavia, sabe-se que existem algumas restrições a este direito, as quais estão instituídas em lei, não podendo o Estado privar a liberdade de alguém de forma arbitrária e desproporcional. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresentou importante limitação ao direito de punir do Estado, incluindo o princípio da presunção de inocência em seu rol de garantias e direitos fundamentais.

O referido princípio encontra-se positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, e dispõe que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória. Entretanto, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP, desconsiderou o preceito constitucional e passou a admitir a possibilidade de execução da pena em caráter provisório. Assim, entendeu que o acusado pode ser recolhido à prisão logo após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, embora a sentença penal não tenha transitado em julgado.

A par disso, a motivação do trabalho baseia-se no estudo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, buscando esclarecer se esta fere ou não o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que não há um entendimento pacificado a respeito do tema. Pretende-se, para tanto, aprofundar-se na análise da recente decisão, com o intuito de esclarecer se esta encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico vigente, sendo analisadas as divergências de entendimentos existentes na doutrina, visando discutir se a possibilidade de execução provisória da pena representa um retrocesso na questão relativa aos direitos fundamentais.

Para melhor desenvolver a temática proposta, na busca para a solução do problema narrado, em um primeiro momento serão verificados alguns aspectos gerais referentes à pena, especialmente no concernente à sua finalidade e às espécies de punições previstas no ordenamento jurídico pátrio. Isso posto, buscar-se-á analisar alguns dos aspectos mais importantes da Lei nº 7.210/84, que regulamenta a Execução Penal brasileira. Finalizando o primeiro capítulo, far-se-ão breves considerações sobre as prisões cautelares e o sistema carcerário no Brasil, verificando-se as hipóteses em que a legislação admite que a prisão seja decretada no curso do processo de conhecimento, ou mesmo na fase policial, bem

como demonstrando o quanto estas prisões contribuem para a superlotação carcerária, pois, embora possuam caráter excepcional, vem sendo tratadas como regra em todo o território nacional.

Em um segundo momento, serão abordados os princípios relacionados ao tema estudado. Inicia-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é norma basilar do Estado democrático de direito, pois todo ser humano possui o direito de ter uma vida digna e de ser respeitado. Na sequência, tem-se o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, o qual possui grande relevância para o desenvolvimento do trabalho e assegura que todos os indivíduos deverão ser tratados como inocentes até que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Ao depois, serão estudados os princípios do devido processo legal, que visa o bom andamento processual, com respeito às garantias constitucionais do acusado, e da celeridade processual, que tem por objetivo o encerramento da instrução processual com a maior brevidade possível.

Por fim, no último capítulo, será analisada a decisão do HC 84.078/MG, que condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Após, será estudada a decisão proferida no HC 126.292/SP, que alterou o entendimento da Suprema Corte, passando a admitir que a execução da pena seja iniciada provisoriamente, após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição. Para finalizar as capitulações, serão abordados os posicionamentos doutrinários acerca da possibilidade da execução provisória da pena à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.

Encontrar a resposta final ao trabalho torna-se uma tarefa difícil, pois de um lado tem-se a sensação de impunidade e a cobrança da população por punições céleres e efetivas, enquanto de outro tem-se o princípio da presunção de inocência, que não pode ser ignorado, pois garantido constitucionalmente. Assim, buscar a solução ideal e justa ao problema proposto e às suas consequências é o motivo pelo qual se realiza a presente pesquisa, analisando-se se, diante das leis e princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, é possível admitir-se que a execução da pena seja iniciada provisoriamente, ainda que na pendência de recursos.

2 A EXECUÇÃO DA PENA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O estudo sobre a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena tratará, neste primeiro capítulo, de três aspectos essenciais sobre a pena e sua forma de execução. Inicialmente, discorrer-se-á acerca dos aspectos gerais da pena, seguindo-se com uma análise a respeito da Lei de Execução Penal (LEP) e, posteriormente, far-se-á breves considerações sobre as prisões cautelares e o sistema carcerário no Brasil.

2.1 Aspectos gerais acerca da pena

Sabe-se que o direito penal tem por objetivo a proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade. Desta forma, o Estado, além de ter a obrigação de agir para evitar a prática de atos que atentem contra esses bens juridicamente protegidos, terá o dever de punir aqueles que pratiquem algum fato tipificado como crime, o que será feito por meio da aplicação de uma pena.

Neste sentido, observa-se que a titularidade do direito de impor uma pena é do Estado, suprimindo-se a vingança privada e implantando-se critérios de justiça. Assim, “existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena” (LOPES JR., 2015, p. 34). Guilherme de Souza Nucci (2015) menciona que

O Estado, monopolizando a aplicação da punição em matéria penal, busca a paz social acima de tudo, pois, do contrário, vítimas e seus familiares sentir-se-iam levados a fazer “justiça com as próprias mãos”, retornando-se à época da barbárie, com nítido descontrole social e exageros de toda ordem.

Notemos que o próprio Estado, através de seus órgãos de repressão, ainda que buscando justiça e imparcialidade em sua postura e em seus atos, não consegue implementar a meta de pacificação social, nem tampouco de plena recuperação dos delinquentes, ofensores de bens jurídicos fundamentais e tutelados. O que se dirá do particular que resolva punir o infrator? Certamente, há um sentimento de justiça ínsito em cada ser humano, merecedor de respeito, motivando o Estado a agir pronta e eficazmente quando a ordem jurídica é abalada pela conduta criminosa, não somente para reafirmar a prevalência da norma, mas também para acalmar a sociedade – e particularmente a pessoa diretamente ofendida –, lesada ao tomar contato com o delito.

No que tange à função da pena, a doutrina apresenta três diferentes teorias que buscam justificar os motivos pelo qual o Estado tem o dever de punir aqueles que cometem algum fato considerado típico, ilícito e culpável. A primeira é a teoria absoluta ou retributiva, a partir da qual se busca compensar um dano anteriormente causado. Segundo Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 29), “é possível reconhecer nessa classificação várias tendências, desde a pura idéia [sic] do castigo (vingança), passando pela justificação moral, pela expiação e reparação do ordenamento”. De acordo com esta teoria, portanto, o indivíduo que comete um crime deve receber uma punição, a qual é feita mediante a imposição de uma pena (JUNQUEIRA, 2004, p. 29).

A segunda é a teoria relativa ou da prevenção, que visa evitar a prática de futuros crimes. Assim, a pena não é imposta com o intuito de castigar o indivíduo por um delito já praticado, pois não há como evitar aquilo que já foi feito. A finalidade da pena, portanto, é de evitar que o autor de determinado crime volte a delinquir, assim como prevenir que outras pessoas, que presenciam a aplicação de uma pena a determinado indivíduo, cometam o mesmo delito pelo qual este veio a ser condenado (JUNQUEIRA, 2004, p. 55-56).

Por fim, tem-se a teoria mista ou eclética, que atribuiu à pena, simultaneamente, as funções de retribuir, impondo um castigo ao indivíduo, bem como de prevenir a prática e reiteração de crimes (PASCHOAL, 2015, p. 88-89). É, portanto, a união das duas teorias anteriormente referidas. Esta é a teoria adotada pelo legislador brasileiro, conforme se verifica na redação do artigo 59 do Código Penal, *in verbis* (BRASIL, 1940)

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De acordo com Cláudio Brandão (2010, p. 315-316), “a primeira ideia que a pena importa é que ela é um mal. A pena é considerada um mal porque implica a perda de bens jurídicos”. Assim, a pena apresenta seu caráter retributivo, podendo ser entendida como a consequência jurídica de um crime, ou seja, uma retribuição do Estado a alguém que causou um mal a outrem. De outro lado, a pena também assume um caráter preventivo, pois a aplicação de uma pena a alguém que cometeu um crime serviria de exemplo aos demais indivíduos. Desta forma, a aplicação de uma pena também previne a ocorrência de novos delitos, em virtude do temor que uma possível sanção penal causa em pessoas que poderiam vir a delinquir. Neste sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 942-943)

Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime, cumprindo, pois, a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas consequências, mas também contentando o inconsciente coletivo da sociedade em busca de justiça cada vez que se depara com lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

Por outro lado, reprimindo o criminoso, o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição). Quanto ao sentenciado, objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas).

A partir desta concepção adotada pelo sistema penal brasileiro, de que as penas possuem caráter retributivo e preventivo, surge a necessidade de se estabelecerem classificações distintas de penas e formas de cumprimento. Isto porque, evidentemente, as punições deverão ser impostas em conformidade com a gravidade do delito cometido, não podendo ser aplicada a mesma sanção a todos os diversos tipos penais previstos em nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, o legislador brasileiro, com a redação do artigo 32 do Código Penal¹, estabeleceu três espécies distintas de pena, sendo elas: 1) penas privativas de liberdade, 2) penas restritivas de direito, e 3) pena de multa.

¹ Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

As penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples, sendo que, nos termos do artigo 33 do Código Penal, “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” (BRASIL, 1940). Já na prisão simples, o apenado deverá ficar separado daqueles que forem condenados às penas de reclusão ou detenção. Quanto às penas de reclusão e detenção, afirma Damásio de Jesus (2014, p. 567-568)

A reclusão se diferencia da detenção não só quanto à espécie de regime como também em relação ao estabelecimento penal de execução (de segurança máxima, média e mínima), à sequência de execução no concurso material (CP, art. 69, *caput*), à incapacidade para o exercício do poder familiar (art. 92, II) e à medida de segurança (art. 97, *caput*).

As penas restritivas de direito, previstas no artigo 43 do Código Penal², são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Substituem as penas restritivas de liberdade nos casos em que preenchidos os requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal³ e podem ser aplicadas cumulativamente ou não. Salienta-se que, havendo o descumprimento injustificado da pena restritiva de direito, esta

² Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

³ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

(...)

§ 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

será reconvertida em pena privativa de liberdade, conforme aduz o § 4º do artigo supramencionado (BRASIL, 1940).

Na lição de Guilherme de Souza Nucci (2015), as penas restritivas de direito são penas alternativas às privativas de liberdade e possuem a finalidade de evitar o encarceramento de indivíduos que praticam crimes considerados mais leves, reeducando-os através de restrições a determinados direitos. Possui natureza jurídica de sanção penal autônoma e substitutiva, “substitutiva porque deriva da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade (...) autônoma porque subsiste por si mesma, para efeito de execução, após a substituição” (NUCCI, 2015).

Por fim, a pena de multa, nos termos do artigo 49 do Código Penal⁴, consiste no pagamento em favor do fundo penitenciário de um valor fixado pelo juiz por ocasião da prolação da sentença (BRASIL, 1940). Miguel Reale Junior afirma que a pena de multa possui caráter retributivo, pois causa uma diminuição no patrimônio do réu, que tem a obrigação de pagar o valor determinado, sob pena de revogação obrigatória do benefício do Sursis. Quanto à fixação do valor da pena de multa, menciona o autor (REALE JUNIOR, 2012, p. 397)

Há uma grande flexibilidade na fixação do valor da multa, pois primeiramente deve o juiz determinar o valor do dia-multa entre um trigésimo do salário mínimo e cinco vezes esse salário. Fixado o valor do dia-multa cumpre estabelecer o número de dias-multa, que pode variar de dez a trezentos e sessenta dias-multa. A escolha do valor da multa deve ser orientada pelo necessário e suficiente para atender o fim de reprovação, levando em conta, obrigatoriamente, a situação econômica do réu, art. 60 do Código Penal.

Verifica-se, portanto, que a legislação estabelece apenas limites mínimo e máximo para aplicação da pena de multa, a qual será estabelecida a critério do juiz que, ao arbitrar o seu valor, deverá analisar a situação econômica do réu, podendo, inclusive, em

⁴ Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

conformidade com o § 1º do artigo 60 do Código Penal⁵, triplicar o valor quando, embora fixada no valor máximo, a multa seja insuficiente diante da situação econômica do réu (BRASIL, 1940).

Assim, após serem verificados alguns aspectos acerca da pena, especialmente no que diz respeito à sua finalidade e às espécies de punições previstas no ordenamento jurídico brasileiro, impositiva se torna uma análise sobre a Lei de Execução Penal vigente no Brasil, tendo em vista a importância da compreensão do sistema de execução penal hoje adotado.

2.2 A Lei de Execução Penal

A respeito da execução penal, Julio Fabbrini Mirabete (1997, p. 28-29) menciona que, no Brasil, o primeiro projeto para codificação de normas referentes à execução penal foi criado no ano de 1933. Todavia, o projeto denominado Código Penitenciário da República acabou sendo abandonado em virtude das divergências com o Código Penal, promulgado em 1940. Posteriormente, ocorreram outras várias tentativas de codificação, sendo elas nos anos de 1951, 1957, 1963 e 1970, no entanto, nenhuma restou aproveitada (MIRABETE, 1997, p. 28-29).

Finalmente, no ano de 1981, foi apresentado o anteprojeto da nova Lei de Execução Penal, a qual restou aprovada, sendo denominada como Lei nº 7.210, promulgada em 11 de julho de 1984, entrando em vigor no dia 13 de janeiro de 1985, juntamente com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal (MIRABETE, 1997, p. 29). A Lei nº 7.210/84 foi criada com o intuito de regulamentar a forma como se dará a execução de cada espécie de pena, bem como estabelecer os deveres e garantir os direitos individuais do apenado.

Em seu artigo 1º⁶, traz como objetivo da execução penal efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, bem como proporcionar condições para a integração social

⁵ Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶ Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar para a harmônica integração social do condenado e do internado.

harmônica do condenado e do internado (BRASIL, 1984). Neste sentido, Paulo Lúcio Nogueira (1996, p. 3) afirma que a fase mais importante do direito punitivo é a execução, pois para nada serviria a condenação sem a devida execução da pena imposta. Para tanto, alguns princípios deverão ser observados, conforme menciona Renato Marcão (2014, p. 28)

Em razão de sua natureza jurisdicional, no processo de execução devem ser observados, entre outros, os princípios da legalidade; publicidade; oficialidade; imparcialidade do juiz, devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais, ampla defesa; contraditório e duplo grau de jurisdição.

De particular incidência, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade; proporcionalidade; humanização da pena e intranscendência ou personalidade da pena, segundo o qual a pena (e também o processo) não deve ir além da pessoa do executado.

Assim como a titularidade do direito de punir pertence ao Estado, também é dever deste dar assistência ao preso e ao internado. O intuito desta assistência é prevenir outros crimes, bem como orientar o condenado para que este possa retornar a conviver em sociedade, conforme se extrai da redação do artigo 10 da Lei de Execução Penal⁷. O parágrafo único do referido artigo aduz que tal assistência também é garantida ao egresso. É considerado egresso, nos termos do artigo 26 da Lei de Execução Penal⁸, o indivíduo que se encontra em liberdade definitiva, pelo prazo de um ano a contar da data em que saiu do estabelecimento penal, bem como aquele que se encontra em liberdade condicional, durante o período de prova (BRASIL, 1984).

Aduz o artigo 25 da LEP⁹ que a assistência ao egresso consiste em orientá-lo e apoiá-lo para um adequado retorno à vida em sociedade, concedendo, se necessário, alojamento e alimentação, pelo prazo de dois meses, prorrogáveis por mais dois, se comprovado o esforço na obtenção de emprego (BRASIL, 1984). Isto porque não seria útil que o Estado prestasse assistência ao preso durante toda a fase executória se, ao colocá-lo

⁷ 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.

⁸ Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova.

⁹ Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

em liberdade, o deixasse desamparado (AVENA, 2016, p. 31). Assim, leciona Norberto Avena (2016, p. 31)

Efetivamente, poderia resultar inútil a prestação de assistência ao preso ou ao internado no curso da fase executória se, uma vez liberado, restasse ele desamparado pelo Estado. Logo, com o objetivo de dar continuidade ao processo de reajustamento social que se espera da imposição da pena e da medida de segurança, impõe-se a assistência estatal ao egresso, principalmente nos momentos que se seguirem a sua liberação, evitando-se que o distanciamento da sociedade provocado pelo tempo de segregação e as dificuldades encontradas no seu retorno ao convívio em sociedade o atraiam novamente à senda criminosas.

Nos artigos 11 a 24 da Lei de Execução Penal, encontram-se previstas as espécies de assistência que deverão ser prestadas ao preso e ao internado, sendo elas: assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Conforme o item 41 da Exposição de Motivos da LEP “tornou-se necessário esclarecer em que consiste cada uma das espécies de assistência em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente as que defluem das regras mínimas da ONU” (BRASIL, 1983). Assim, realizar-se-á uma breve análise acerca de cada uma destas espécies assistenciais.

Nos termos do artigo 12 da LEP, “a assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (BRASIL, 1984). Neste sentido, os estabelecimentos penais deverão fornecer, em horários determinados, alimentação de boa qualidade e alto valor nutritivo, bem como água potável na hora em que o preso dela necessitar. Da mesma forma, caso o preso não possa utilizar roupas próprias, deverão lhe ser fornecidas roupas adequadas ao clima, limpas e mantidas em bom estado, as quais, de forma alguma, poderão ser degradantes ou humilhantes. Ainda, deverá a administração carcerária fornecer as condições necessárias para que o preso possa manter sua higiene pessoal (AVENA, 2016, p. 31).

Já a assistência à saúde, prevista no artigo 14¹⁰ da lei em estudo, compreende atendimento médico, farmacêutico e odontológico, sendo assegurado acompanhamento

¹⁰ Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.
§ 1º (Vetado).
§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

médico à mulher, especialmente no pré-natal e pós-parto, bem como ao recém-nascido (BRASIL, 1984). Ocorre que o Estado nem sempre consegue prover tal assistência, tendo em vista que os estabelecimentos penais e a própria rede pública não possuem condições de prestar um atendimento de qualidade aos segregados (MARCÃO, 2015, p. 51-53). Por este motivo, conforme o artigo 43, “é garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento” (BRASIL, 1984).

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 15¹¹, assegurou aos presos e internados o direito à ampla defesa, garantindo a assistência jurídica àqueles que não dispõem de recursos financeiros para constituir advogado. Neste sentido, dispõe, nos termos do artigo 16¹², que esta assistência deve ser prestada pelas Defensorias Públicas (BRASIL, 1984). Todavia, nem sempre a legislação é devidamente cumprida, tendo em vista que em muitos estados não existem defensorias públicas, o que faz com que direitos dos presos sejam vilipendiados diariamente devido à falta de assistência (NUNES, A., 2013, p. 70).

A assistência educacional, por sua vez, encontra-se prevista nos artigos 17 a 21-A e compreende a instrução escolar e a formação profissional dos segregados, sendo obrigatório o ensino do primeiro grau nos estabelecimentos prisionais, segundo redação do artigo 18 da LEP¹³ (BRASIL, 1984). O objetivo da assistência educacional, conforme Renato Marcão (2015, p. 55), é “proporcionar ao executado melhores condições de readaptação social, preparando-o para o retorno à vida em liberdade de maneira mais ajustada, conhecendo ou aprimorando certos valores de interesse comum”.

Tendo em vista que o objetivo primordial das penas é a reabilitação do indivíduo, há a necessidade de prestar assistência social aos segregados. Ao serviço social incumbe a tarefa de acompanhar os presos e internados durante a execução da pena, identificando os obstáculos do processo de ressocialização e adotando as medidas necessárias para a superação de dificuldades existentes (AVENA, 2016, p. 36). Para tanto, o artigo 23 dispõe um rol de incumbências da assistência social (BRASIL, 1984)

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

¹¹ Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

¹² Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

¹³ Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;

II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;

V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;

VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

Por fim, tem-se a assistência religiosa, a qual se encontra prevista no artigo 24 da LEP¹⁴, que autoriza que o preso participe dos sistemas organizados na penitenciária, bem como possua livros de instrução religiosa (BRASIL, 1984). O exercício do culto religioso é direito do preso e tal assistência é de extrema relevância, pois a religiosidade contribui imensamente para a ressocialização do indivíduo. A religiosidade serve de amparo para os segregados e realmente é existente nas penitenciárias, tendo em vista que pouco exige da administração prisional, já que os templos religiosos geralmente são construídos e mantidos pelos detentos com o auxílio das igrejas (NUNES, A., 2013, p. 74-75).

No que tange à execução das penas privativas de liberdade, prevê o artigo 105 da Lei de Execução Penal: “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” (BRASIL, 1984). Significa dizer, portanto, que é o trânsito em julgado que põe fim à fase de conhecimento e possibilita o início da execução. A execução provisória da pena somente será admitida quando decretada a prisão preventiva do acusado no processo de conhecimento (MARCÃO, 2014, p. 261-262). Para Paulo Lúcio Nogueira (1996, p. 163)

¹⁴ Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Antes da condenação *definitiva*, não iniciada a formal execução da pena privativa de liberdade, o que se dará somente após o trânsito em julgado da sentença, não será atendido o regime estabelecido na sentença (arts. 105 e 147 da LEP). O tempo de prisão provisória será computado na pena privativa de liberdade (CP, art. 42). Deve-se, assim, aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para iniciar o sistema progressivo de cumprimento das penas ainda que o preso provisório já esteja recolhido há algum tempo.

Da mesma forma, a previsão do art. 147 da Lei de Execuções Penal¹⁵ impõe a necessidade do trânsito em julgado da sentença para que seja iniciada a execução da pena restritiva de direitos (BRASIL, 1984). O Supremo Tribunal Federal, todavia, vem possibilitando a execução provisória destas penas, “especialmente quando constatado que os recursos interpostos pelo réu possuem natureza meramente procrastinatória, sem qualquer conteúdo jurídico que viabilize seu provimento” (AVENA, 2016, p. 352).

Reforçando a necessidade de que a sentença transite em julgado para que seja iniciada a execução, Julio Fabbrini Mirabete (1997, p. 240) refere que o juiz da sentença determinará a expedição da guia de recolhimento somente após o trânsito em julgado da decisão, tendo em vista que, antes disso, não se aperfeiçoou o título executivo. Segue afirmando que “a execução da pena requer que se tenha constituída a coisa julgada, pois só assim ganha a sentença a sua força executória” (MIRABETE, 1997, p. 240).

Portanto, tendo sido analisados alguns dos aspectos mais importantes da Lei de Execução Penal brasileira, segue-se o presente estudo, realizando-se, no próximo item, uma análise sobre as prisões cautelares e o sistema carcerário no Brasil.

2.3 Breves considerações sobre as prisões cautelares e o sistema carcerário no Brasil

Nos tópicos acima, realizou-se um estudo direcionado especialmente à prisão decorrente de uma pena imposta pelo Estado, por meio de uma sentença penal condenatória. Ocorre, porém, que nem sempre as prisões serão resultantes de uma condenação, já que em alguns casos, expressamente previstos em lei, se admite que a

¹⁵ 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.

prisão seja decretada no curso do processo de conhecimento, ou mesmo na fase policial, surgindo as denominadas prisões cautelares.

Em 04 de julho de 2011, entrou em vigor a Lei nº 12.403/11, a qual alterou o Código de Processo Penal no tocante às prisões cautelares existentes no sistema brasileiro. Um de seus objetivos foi evitar a prisão provisória do investigado nos casos em que não há extrema necessidade da restrição de sua liberdade. A partir de então, não basta que haja a necessidade do encarceramento para que seja decretada a prisão provisória, devendo tal medida ser adotada apenas quando for imprescindível para a garantia do processo, possuindo, portanto, caráter excepcional (CAPEZ, 2016, p. 302).

Antes das reformas introduzidas pela Lei supramencionada, o indivíduo que estivesse sendo investigado criminalmente ou respondendo a um processo penal poderia aguardar o julgamento em liberdade ou preso provisoriamente. A nova legislação inovou ao criar uma terceira condição, na qual o agente não estará preso, todavia, também não desfrutará de liberdade total, pois estará submetido às denominadas medidas cautelares diversas da prisão (AVENA. 2014, p. 856).

Outra mudança trazida pela Lei nº 12.403/11 diz respeito à prisão em flagrante, a qual perdeu seu caráter de prisão provisória. O agente de um delito poderá ser preso em razão do estado de flagrância, no entanto não poderá responder a um processo nesta condição. Assim, logo após a lavratura do auto de prisão em flagrante, este deverá ser remetido pela autoridade policial ao juiz competente, o qual, no prazo de vinte e quatro horas, deverá analisar a regularidade formal do flagrante, homologá-lo e verificar se é necessária a sua conversão em prisão preventiva ou se poderá ser concedida a liberdade ao indivíduo (CAPEZ, 2016, p. 303).

A prisão em flagrante é autorizada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI, que aduz: “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” (BRASIL, 1988). Encontra-se prevista, ainda, no artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁶ e possui um conjunto de regras

¹⁶ 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).

inerentes a ela previstas neste mesmo diploma legal (MARQUES; MARTINI, 2012, p. 111). Quanto à prisão em flagrante, menciona Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 545)

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade (art. 5.º, LXV, CF). Ressalte-se, no entanto, que, analisada e mantida pelo juiz, passa a ter conteúdo jurisdicional, tanto que a autoridade coatora é o magistrado que a sustentou, tão logo dela teve conhecimento.

Importante mencionar que a prisão em flagrante poderá ser realizada por qualquer pessoa do povo, tratando-se, porém, de uma faculdade de agir, pois não há nenhuma sanção para o particular que presencia um delito e deixa de efetuar a prisão do agente. De outro lado, as autoridades policiais e seus agentes possuem o dever legal de prender quem se encontra em estado de flagrância e, caso descumpram essa obrigação, poderão sofrer consequências no âmbito civil, através de indenização, e administrativo, com sanção disciplinar (MARQUES; MARTINI, 2012, p. 111-112).

Considerando que a prisão em flagrante possui caráter pré-cautelar, restam duas espécies de prisão cautelar em nosso ordenamento jurídico, que são a prisão temporária e a prisão preventiva. A prisão temporária não sofreu alterações com a reforma do Código de Processo Penal introduzida pela Lei nº 12.403/11, permanecendo inteiramente regulamentada pela Lei nº 7.960/89. Ressalta-se que esta modalidade de prisão será “admitida apenas em relação a determinados tipos de crimes e que tem por objetivo permitir a colheita de provas que de outra maneira não se conseguiria êxito na produção, bem como esclarecimentos a respeito da identificação do investigado” (MARCÃO, 2012, p. 207-208).

A prisão temporária será decretada pelo juiz, não podendo ser feita de ofício, mas somente mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. É a única modalidade de prisão cautelar com prazo máximo de duração previsto em lei, sendo que, findo este prazo, o investigado deverá ser posto imediatamente em liberdade. O prazo de duração será de cinco dias para crimes comuns, prorrogáveis por

mais cinco se houver extrema necessidade, e de 30 dias para crimes hediondos, prorrogáveis por igual período, conforme o artigo 2º da Lei nº 7.960/89¹⁷ (BRASIL, 1989) e o artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90¹⁸ (BRASIL, 1990).

Já a prisão preventiva, conforme mencionado, poderá ser decretada em decorrência de um auto de prisão em flagrante prévio. Esta, no entanto, não é a única possibilidade deste decreto, já que ele poderá ser realizado a qualquer momento durante a investigação policial ou o processo penal, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente. O juiz também poderá fazê-la de ofício, desde que já tenha sido recebida a denúncia ou queixa, pois, se fizesse em momento anterior, violaria o sistema acusatório consolidado pela Constituição da República Federativa do Brasil (AVENA, 2014, p. 969).

Para tanto, deverão necessariamente estar preenchidos os pressupostos que a autorizam e as hipóteses de admissão. Possui natureza cautelar e, portanto, exige a existência de *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*. O primeiro se refere ao perigo que a liberdade do agente pode causar à segurança, à eficácia das investigações e ao cumprimento de eventual condenação. O segundo, por sua vez, diz respeito à prova da existência do crime e à suficiência de indícios de que o investigado seja o autor do delito (AVENA, 2014, p. 962).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 568), deverão estar preenchidos, no mínimo, três requisitos para que se autorize a prisão preventiva, sendo eles: prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e uma das situações previstas no art. 312 do Código de Processo Penal¹⁹. Imperioso ressaltar que a gravidade do crime imputado

¹⁷ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

¹⁸ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

¹⁹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

não é suficiente para fundamentar a prisão preventiva, devendo estar vinculada à existência de outros fatores concretos que configurem seus fundamentos (AVENA, 2014, p. 954). Não bastasse a exigência dos requisitos suprarreferidos, verifica-se que as hipóteses legais de admissão também foram restringidas no artigo 313, *in verbis* (BRASIL, 1941)

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim, percebe-se que o legislador buscou tornar a prisão preventiva uma medida de caráter excepcional, a qual só se admite se estiver em conformidade com todas as disposições legais. Desta forma, mesmo que o juiz verifique ser necessária a prisão cautelar, não poderá decretá-la se, por exemplo, o crime imputado tiver pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a quatro anos. Ademais, impende ressaltar que “mesmo nas situações em que a lei a admite e ainda que demonstrada sua imprescindibilidade, a prisão preventiva tornou-se excepcional, pois somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (CAPEZ, 2016, p. 303).

Ao contrário do que ocorre na prisão temporária, não há prazo expressamente estabelecido para duração mínima ou máxima da prisão preventiva. Em regra, será o prazo conferido para encerramento da instrução processual, o qual irá variar conforme o procedimento, não podendo, todavia, prolongar-se por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusador. O encerramento da instrução processual deverá

ocorrer em prazo razoável, caso contrário haverá constrangimento ilegal, o que irá impor o relaxamento da prisão (MARCÃO, 2012, p. 180-182)

Contrariando a ideia inicial do legislador de que a prisão preventiva possui caráter excepcional, o InfoPen do Ministério da Justiça, em junho de 2013, disponibilizou dados relatando que 41% das pessoas presas no Brasil encontravam-se em prisão provisória. O Brasil, segundo a mesma pesquisa, é o quarto país em população carcerária, contando 581 mil pessoas privadas de sua liberdade. Já uma pesquisa realizada pelo Depen e Ipea aponta que 37,2% dos presos provisórios não são condenados ao final do processo ou recebem penas inferiores ao seu encarceramento inicial (DIPP, 2015).

O resultado de tais pesquisas demonstra que o Brasil vem fazendo uso abusivo e desproporcional da prisão provisória, deixando de adotar as medidas cautelares alternativas à prisão. Segundo o coordenador da pesquisa, 80% dos indivíduos que são presos em flagrante permanecem presos até o fim do processo, sendo que em quase 40% dos casos os acusados acabam sendo absolvidos ou recebem penas alternativas. Neste sentido, verifica-se que estas prisões contribuem para a superlotação carcerária, no entanto, não diminuem os índices de criminalidade, tampouco passam para a sociedade uma sensação de segurança (RICHARD, 2014).

No Rio Grande do Sul, os índices não diferem muito do restante do Brasil, segundo um levantamento realizado no ano de 2014 pelo deputado estadual Jeferson Fernandes, do Partido dos Trabalhadores. O estudo indica que aproximadamente 35% dos presos no sistema prisional gaúcho são provisórios e que 73% dos segregados aguardam mais de 90 dias em prisão provisória, sem receber uma condenação. No momento em que colhidos estes dados, o Rio Grande do Sul contava com uma superlotação de 6.146 presos provisórios, sendo o sexto Estado brasileiro em número de presos (WEISSHEIMER, 2015).

Desta forma, verifica-se que as prisões provisórias que deveriam ser exceção vêm sendo tratadas como regra em todo o território nacional. A ideia do legislador, com a reforma do Código de Processo Penal inserida pela Lei nº 12.403/11 e a criação das medidas cautelares substitutivas à prisão, certamente foi de diminuir o número de segregados no sistema prisional, especialmente pelo fato de que muitas pessoas, ao final da instrução processual, acabam sendo absolvidas dos delitos pelo qual encontravam-se

presas, ou recebendo penas menos gravosas do que a prisão. Esta ideia, porém, não vem sendo colocada em prática pelos operadores do direito brasileiros.

Assim, conclui-se a abordagem referente à execução da pena no processo penal brasileiro, com a análise dos principais aspectos da pena, da Lei de Execução Penal e das prisões provisórias existentes no ordenamento jurídico brasileiro. No capítulo seguinte, realizar-se-á uma análise referente aos princípios relacionados à execução provisória da pena.

3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A Constituição Federal traz em seu bojo diversos princípios que regem o processo penal, sendo quatro deles relacionados ao tema estudado, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, princípio do devido processo legal e princípio da celeridade processual, os quais serão abordados no presente capítulo.

O primeiro possui grande relevância, na medida em que a dignidade da pessoa humana é o princípio máximo do estado democrático de direito. O segundo, por sua vez, está diretamente relacionado com o tema em comento, já que aqueles que afirmam que a execução provisória é inconstitucional fundamentam seu posicionamento na violação do princípio da presunção de inocência. Os dois últimos também merecem ser estudados, pois são garantias constitucionais que devem sempre ser observadas na instrução processual.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais. O termo dignidade está associado ao latim *dignitas*, cujo significado é “valor intrínseco”, “prestígio”, “mérito” ou “nobreza”. Vem daí a ideia de que dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca de todo ser humano, que o torna digno de respeito, tanto por parte do Estado quanto da sociedade (SOARES, 2010, p. 142).

Este princípio teve origem na Antiguidade Clássica, quando seu sentido estava ligado à posição ocupada por cada indivíduo perante a sociedade. Quanto ao sentido etimológico, “a palavra *dignidade* provém do latim *dignus* que representa aquela pessoa que *merece estima e honra*, ou seja, aquela pessoa que é importante em um grupo social” (MELLO; MOREIRA, 2015. p. 88, grifo do autor).

Já na idade média, a dignidade passou a ser relacionada aos valores da filosofia cristã, no pensamento de que o homem é criação de Deus e possui livre-arbítrio em suas

decisões (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 88). Neste período, predominou o conceito de homem que baseava-se em uma fonte transcendente, a divindade. A dignidade humana, assim, parte de um ponto de vista teológico, onde acreditava-se que, para que um homem pudesse fazer bom uso de sua razão, esta teria que ser guiada e iluminada pela graça divina (WEYNE, 2013, p. 41-42).

Na idade moderna, ocorre a separação entre filosofia e teologia. O homem deixa de ser visto apenas como um reflexo de Deus ou como mais um ser no mundo e passa a ser entendido como o próprio mundo. Esta transformação de pensamento resulta de um processo histórico lento, a partir do qual o homem toma consciência de sua posição central no mundo (WEYNE, 2013, p. 51-52). No que tange a esta evolução de pensamento, menciona Bruno Cunha Weyne (2013, p. 52, grifo do autor)

Essa centralidade refere-se a duas ideias-chave da modernidade sobre o homem: em primeiro lugar, a ideia de que ele é o **centro do mundo** e que, por isso, distingue-se dos demais animais através de certas características que supõem a marca de sua dignidade, como a racionalidade, o livre arbítrio e a perfectibilidade (projeto humanista); em segundo lugar, a ideia de que esse homem, centro do mundo, também aparece **centrado no mundo** – para usar a expressão de Peces-Barba -, isto é, secularizado, independente, capaz de pensar e agir por si mesmo, de dialogar com os demais, portanto, de decidir livre e autonomamente sobre seus valores e suas normas (projeto iluminista).

A par disso, verifica-se que o conceito de dignidade da pessoa humana foi construído ao longo da história, acompanhando a evolução do pensamento humano (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 94). Todavia, a dignidade humana demorou a ser expressamente inserida no vocabulário jurídico, sendo que, somente em meados do século XX, os documentos nacionais e internacionais passaram a dar especial destaque a ela, atribuindo-lhe a função de princípio fundamental (WEYNE, 2013, p. 88).

Foi neste período que o mundo vivenciou a ascensão dos nacionalismos, fato que resultou em inúmeros conflitos e perseguições a indivíduos, dentre eles o de maior proporção, conhecido como Holocausto, em que os povos de origem judaica foram vítimas dos alemães nazistas. Além dos judeus, diversas outras pessoas (homossexuais, ciganos, deficientes motores e mentais etc) foram perseguidas e assassinadas por não se encaixarem no ideal de perfeição nazista. Assim, qualquer pessoa poderia ser a próxima vítima, fato que levou os líderes dos principais países a pensarem em soluções para evitar futuras perseguições (CASADO FILHO, 2012, p. 52).

Diante disso, foi criada, no ano de 1945, a ONU (Organização das Nações Unidas), que tinha como principal objetivo restabelecer a paz entre as nações. Desta forma, devido aos inúmeros atos de barbárie ocorridos durante a 2ª Guerra Mundial, através da Resolução nº 217, foi promulgada, na Terceira Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida no dia 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (LEITE, 2014, p. 11). A Declaração estabeleceu diversos direitos assegurados a todos os povos do mundo e, já em seu Preâmbulo, traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (CASADO FILHO, 2012, p. 55).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o marco histórico na consolidação e garantia a nível internacional dos direitos da pessoa humana. Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 16) menciona que “a DUDH enaltece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, porque são dotadas de razão e consciência e, em função de tais postulados, devem agir umas para com as outras com espírito de fraternidade”. A DUDH, todavia, não possui poder vinculante, sendo inicialmente concebida como uma etapa preliminar de um pacto ou tratado internacional a ser adotado posteriormente (COMPARATO, 2015, p. 239). Apesar disso, ressalta Fábio Konder Comparato (2015, p. 239)

Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalidade. Reconhece-se, hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de resto, como tem sido reiteradamente assinalado nesta obra, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado mediante normas escritas.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que o inseriu em seu artigo 1º, inciso III¹, integrando a categoria dos princípios fundamentais (SOARES, 2010, p. 135). Além disso, o referido princípio

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
(...)
III – a dignidade da pessoa humana.

também encontra-se inserido em diversos incisos do artigo 5º da Carta Magna², onde estão situados os direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988).

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana recebeu do legislador o status de norma basilar do sistema constitucional, de forma que passa a orientar a percepção do rol de direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Além disso, também é o princípio ético-jurídico orientador para o reconhecimento de direitos fundamentais nela implícitos (SOARES, 2010, p. 135-136). Isto porque, conforme se extrai do § 2º, do art. 5º “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

O conceito de dignidade, conforme já mencionado, foi sendo construído ao longo da história, acompanhando a evolução do pensamento humano e, nos dias atuais, é tido como um valor supremo, absoluto e pleno. Para que se defina o que é dignidade, devem ser consideradas todas as violações a ela que já foram vivenciadas, para que, assim, novos fatos semelhantes possam ser evitados (NUNES, 2010, p. 62-63). Rizzatto Nunes (2010, p. 64) menciona que o termo dignidade possui dois aspectos distintos, um inerente à pessoa, que nasce com o indivíduo, e outro relacionado à vida das pessoas, que diz respeito ao direito de viver uma vida digna. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 33)

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de responsabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

Assim, percebe-se que o princípio estudado não revela-se apenas no indivíduo, mas, também, na relação deste com o mundo e com tudo que o cerca. É tido como princípio material supremo de nosso ordenamento jurídico, sendo que todos os demais valores constitucionais estão comprometidos com a sua garantia. A dignidade da pessoa humana se

² Art. 5º Todos são iguais perante à 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

concretiza através do respeito aos direitos fundamentais, os quais lhe conferem o conteúdo e também são por ela limitados, tendo em vista que tais direitos só podem ser exercidos se não comprometerem aspectos fundamentais à garantia de tal dignidade (LEAL, 2003, p. 70-71).

No âmbito do processo penal, tal princípio assegura que, ao serem analisados e resolvidos os conflitos, deverão ser respeitados os direitos e garantias essenciais para se obter uma punição adequada, devendo ser valorizada, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2014, p. 33). Isto porque a prática de um crime não afasta de seu autor a qualidade de ser humano e, portanto, não pode retirar a dignidade que lhe é assegurada pela Constituição pátria (LIMA, 2012, p. 34). A par disso, menciona Alberto Jorge C. de Barros Lima (2012, p. 31)

Não é possível falar em (re)legitimação do Direito Penal e do próprio sistema penal sem ter como ponto de partida o princípio constitucional da dignidade humana, funcionando tanto como fundamento dos limites do *jus puniendi* quanto como alicerce das possibilidades e necessidades de criminalização e ainda como fundamento constitucional da própria pena.

A República Federativa do Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, deve sempre buscar promover o bem de seus cidadãos, evitando a utilização de qualquer meio que venha a ofender a dignidade destes. Por tal motivo, a pena privativa de liberdade, que afeta um direito fundamental assegurado a todos, deverá ser aplicada somente em casos de extrema gravidade, não podendo ser fundada em escolhas aleatórias e irracionais. O Estado não pode buscar no Direito Penal a solução para seus problemas sociais, pois estes devem ser resolvidos através de ações políticas, administrativas e econômicas (LIMA, 2012, p. 35).

O Direito, portanto, deve sempre ser pensado visando a realização da tutela da dignidade da pessoa humana. O operador do direito não deve ficar atrelado apenas à letra da lei, devendo sempre buscar o seu fundamento, analisando, para tanto, as circunstâncias de cada caso concreto (MELLO; MOREIRA, 2015. p. 94). Afinal, conforme Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira (2015, p. 95), “a dogmática jurídica não pode esconder as vicissitudes da realidade material (mundo vivido) que o Direito deve tutelar, em especial, nas questões diretamente relacionadas ao Homem, sua dignidade e personalidade”.

Pelo exposto acima, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o pilar do ordenamento jurídico, de forma que nenhuma ação, seja do Estado ou de um particular, poderá violar o direito que todo ser humano possui de ter uma vida digna e de ser respeitado. Assim, conclui-se o estudo deste primeiro princípio, passando a realizar-se uma análise a respeito do princípio da presunção de inocência.

3.2 Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade

A presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, já que, por meio dela, o acusado passa a ser sujeito de direitos dentro da relação processual. Este princípio teve como marco inicial histórico o século XVIII, durante o Iluminismo, pois havia a necessidade de contrapor o modelo penal inquisitivo, que adotava a culpa como regra. Sua primeira aparição em um texto legal se deu na Constituição de Virgínia, em 1776, e, após, no artigo 9^o³ da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789 (GARCIA, 2016, p. 162-163).

Posteriormente, no ano de 1948, o princípio da presunção de inocência foi acolhido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 11, Tópico 1, onde restou estabelecido que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). No ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se consagrado no artigo 5^o, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)

Art. 5^o Todos são iguais perante à 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³ Art. 9^o. 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.

De início, impende ressaltar que este princípio afastou a incidência do artigo 393, inciso II, do Código de Processo Penal, que determinava a inclusão do nome do réu no rol dos culpados após ser proferida a sentença de primeira instância. Tal dispositivo foi expressamente revogado pela Lei nº 12.403/11, todavia, deixou de ser aplicado desde que promulgada a Constituição Federal de 1988, já que incompatível com o princípio em análise (REIS; GONÇALVES, 2016, p. 35).

Observa-se que o referido dispositivo não fala em presunção de inocência, mas sim em não culpabilidade, motivo pelo qual alguns doutrinadores afirmam que a primeira expressão não é tecnicamente correta. Neste sentido, Edilson Mougnot Bonfim aduz que “presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos”, sendo assim, a garantia constitucional refere-se a um estado de inocência e não à presunção desta inocência (BONFIM, 2016, p. 97). Nas palavras de Antônio Alberto Machado (2010, p. 172, grifo do autor)

A doutrina discute acerca da denominação do princípio que utiliza as locuções *presunção de inocência* ou *inocência presumida*. Argumenta-se que a *presunção* é sempre uma ilação que se extrai de algum fato antecedente, e no caso da inocência não haveria a necessidade de qualquer fato para que ela fosse presumida. Assim, tem-se preferido a denominação *princípio liberal de inocência*, ou, como sugerem alguns autores, *princípio da não culpabilidade presumida*.

Todavia, em que pese as divergências doutrinárias existentes quanto à definição do alcance da garantia em estudo, verifica-se que não existe diferença entre as expressões inocente e não culpável, tendo em vista que elas são apenas variantes semânticas de um mesmo conteúdo. Não há, do ponto de vista processual, nenhuma utilidade na realização de tal distinção, pois, conforme já dito, elas se equivalem no que tange ao conteúdo (BADARÓ, 2008, p. 16 apud MARCÃO, 2016, p. 76-77).

No entendimento de Valter Kenji Ishida (2013, p. 39), o princípio da presunção de inocência refere-se a um valor político-ideológico, que tem como objetivo a preservação da integridade do acusado, o qual deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, não se trata, exatamente, de uma presunção de inocência, mas sim de uma regra de tratamento, que visa a garantia do acusado contra medidas restritivas. O referido princípio assegura ao acusado pela prática de um fato

delituoso um status transitório de não culpabilidade, o qual perdura durante toda a instrução processual, até que ocorra o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (BONFIM, 2016, p. 97).

A par disso, observa-se que a presunção de inocência não é um princípio absoluto, já que deixa de existir no momento em que for efetivamente provada a culpa, sendo que incumbe à acusação o ônus de comprovar que o acusado é, de fato, o autor de determinado delito (BONFIM, 2016, p. 98). Percebe-se que, em virtude do princípio da presunção de inocência, ocorre a inversão do ônus da prova no processo penal, de modo que compete ao Ministério Público, que figura como parte autora no processo, comprovar a existência do fato típico, ilícito e culpável pelo qual um indivíduo venha a ser denunciado. Entretanto, deverá pedir a absolvição do réu caso as provas colhidas indiquem a sua inocência (RANGEL, 2010, p. 28-29).

O princípio da não culpabilidade ainda confirma o caráter excepcional das medidas cautelares pessoais, especialmente no que se refere à necessidade das prisões processuais. Ressalta-se que “não há que se falar em culpa na seara das medidas cautelares, sejam elas pessoais, reais, ou de natureza probatória, pois não guardam qualquer relação com o **mérito do fato**, vale dizer, com a culpa do agente” (MAGNO, 2013, p. 57, grifo do autor). Com relação à aplicação deste princípio na análise da necessidade das prisões cautelares, menciona Edilson Mougenot Bonfim (2016, p. 98)

Também decorre desse princípio a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão processual não constitui cumprimento de pena, ao contrário do que a denominação reservada a algumas modalidades de prisão processual possa erroneamente sugerir. Seu fundamento é diverso. Ainda assim, a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão (de modo geral, provas que, embora não demonstrem cabalmente a culpa do acusado, sejam suficientes para constituir suspeita válida de que o acusado efetivamente seja culpado – o *fumus boni juris*, ou fumaça do bom direito – e existência de risco social no caso em que não seja decretada sua prisão – o *periculum libertatis*). Sem esses elementos, que devem ser avaliados em cada caso concreto, a prisão se torna ilegal, podendo ser atacada pela via do *habeas corpus*.

Quanto à aplicação deste princípio, Fernando Capez (2014, p. 80) afirma que “a dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas”. O autor ainda aduz que o princípio possui três aspectos: na instrução processual, como presunção de não

culpabilidade; na avaliação da prova, que, havendo dúvida, deverá ser valorada em favor do réu; e no curso do processo penal, especialmente ao se analisar a necessidade da prisão processual (CAPEZ, 2014, p. 79). Destarte, constata-se que em decorrência do princípio da presunção de inocência surgem também outros princípios, como o *in dubio pro reo*, o *favor rei* e o *nemo tenetur se detergere*.

O princípio do *in dubio pro reo* preconiza, em suma, que havendo dúvida quanto a um fato relevante para a decisão do processo ou para aplicação de medida constritiva, o juiz deverá sempre decidir favorecendo o réu, seja com a absolvição ou com o indeferimento de diligências que degradem sua intimidade ou liberdade. Assim, para fins de condenação criminal, jamais será admitida a presunção de culpa do réu, de forma que “restando dúvidas, ambiguidades ou obscuridades quanto à efetiva participação do acusado no delito, deverá ele ser absolvido pelo juiz, com fundamento no princípio do *in dubio pro reo*” (GARCIA, 2016, p. 167-169). Neste diapasão, alude Nereu José Giacomolli (2016, p. 118)

Exige-se mais que a mera diminuição, a perda de equilíbrio ou a redução do estado de inocência á formatação do juízo condenatório, ou seja, exige-se a sua quebra, o seu afastamento, no caso concretizado nos autos. Quando o conjunto probatório não fornecer lastro idôneo à quebra do estado de inocência (escassez), improcede o juízo condenatório. No âmbito do processo penal, há exigência de um máximo de adequação probatória para afastar o estado de inocência e não uma mínima ou duvidosa idoneidade. A suficiência não se infere da quantidade probatória, mas de seus elementos qualitativos, de sua adequação factível á universalidade do que dos autos consta, bem como de sua filtragem constitucional e convencional. Sem isso, Não haverá juízo condenatório válido e nem tutela jurisdicional efetiva.

Quanto ao princípio conhecido como *favor rei* ou *favor libertatis*, conforme Flávio Cardinelle Oliveira Garcia (2016, p. 159), denota-se que este assegura maior relevância e prioridade aos interesses do réu e sua liberdade do que à pretensão punitiva Estatal. Logo, baseado nas particularidades e na natureza das partes, autoriza que seja dispensado um tratamento mais vantajoso ao réu, para que, assim, ele possa exercer sua defesa de maneira concreta. Este princípio exige, por exemplo, que, não havendo certeza quanto ao sentido e alcance de uma norma, esta deverá ser interpretada e aplicada da forma que for mais benéfica ao réu (GARCIA, 2016, p. 159-160).

O *favor rei* não encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal, nem no Código de Processo Penal. De certa forma, atenua o princípio da igualdade, consagrando a preferência dos interesses do acusado, já que, no processo penal, o Estado figura como parte autora, o que faz com que o acusado seja a parte mais frágil na relação processual. Desse modo, “no processo penal não há igualdade formal. O que existe é igualdade substancial ou material, que consiste no tratamento desigual às partes, a fim de que, supridas as diferenças, se estabeleça o equilíbrio nos pratos da balança da justiça” (MANZANO, 2013, p. 20 e 21).

Já o princípio *nemo tenetur se detegere* está relacionado ao direito constitucional de permanecer calado, assegurado no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal⁴. À vista disso, o Estado deve buscar as provas que incriminem o réu ou indiciado, não podendo utilizar deste para a obtenção de tais provas (ISHIDA, 2013, p. 40). Consequentemente, será considerada nula toda prova que for colhida com a violação deste princípio, a exemplo dos exames realizados sem o consentimento da pessoa, tais como bafômetro, exame de sangue, exame grafotécnico etc (MANZANO, 2013, p. 61). Nesta perspectiva, alude Luiz Fernando de Moraes Manzano (2013, p.62)

O privilégio contra a autoincriminação significa, assim, que o arguido não pode ser obrigado, nem condicionado, a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos (v.g., documentais) que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer conseqüências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória.

Antônio Alberto Machado (2010, p. 173) afirma que, embora esteja inserido na Lei Maior, o princípio da presunção de inocência possui um efeito meramente formal, com pouca ou nenhuma aplicabilidade. Isto porque apenas transmite aos cidadãos a ideia de que o processo está submetido a ditames éticos, e que todos os acusados, independentemente de suas origens e condições sociais, vem sendo respeitados e tratados como inocentes. Entretanto, a realidade é que a maioria dos réus não dispõe de recursos para custear uma

⁴ 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:
(...)
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

defesa eficaz e, desta forma, não percebem o mesmo tratamento e status de inocentes (MACHADO, 2010, p. 173).

O princípio da presunção de inocência, objeto central de nosso estudo, é, portanto, uma garantia constitucional de que todos os indivíduos deverão ser tratados como inocentes até que haja prova incontestável em contrário e, principalmente, até que uma sentença transitada em julgado ateste essa culpa, condenando o acusado. A par disso, encerra-se a análise referente ao sentido e alcance do referido princípio para que seja apresentado, no próximo tópico, uma pesquisa referente aos princípios do devido processo legal e da celeridade processual.

3.3 Princípios do devido processo legal e da celeridade processual

No último subtítulo do presente capítulo, serão estudados os princípios do devido processo legal e da celeridade processual. O princípio do devido processo legal encontra respaldo no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tem sua origem na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, mas, de forma expressa, sua formulação se deu em 1628, na *Petition Of Rights*. Posteriormente, em 1787, a Constituição dos EUA, aprovada pela Convenção de Filadélfia, consagrou, em sua emenda 5ª, a cláusula do *due processo of law* (MACHADO, 2010, p. 165).

A primeira ideia que este princípio transmite é de que o processo é imprescindível para a aplicação de uma pena. Se materializa em uma série de garantias das partes e do processo, como, por exemplo, um juiz imparcial, igualdade de armas, direito à prova, entre outros (ISHIDA, 2013, p. 42). Todos os demais princípios derivam do princípio do devido processo legal, pois, para que se alcance a verdade real, devem ser respeitados todos os procedimentos dispostos em lei. Desta maneira, “o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele” (RANGEL, 2010, p. 4 e 5).

Serve, portanto, de fundamento para a existência de todos os demais princípios e tem como objetivo evitar arbitrariedades por parte do Estado na aplicação das sanções, assegurando às partes a observância das garantias constitucionais. Garante que, para uma

condenação ser considerada legítima, o processo deverá ter sido promovido com observância aos princípios processuais, às regras e à forma especificamente prevista em lei (MAGNO, 2013, p. 41). De acordo com Fernando Capez (2014, p. 78)

No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e à motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

A importância do devido processo legal encontra-se no fato de que todos os direitos processuais mais relevantes, assegurados constitucionalmente, são exercidos através de um processo. Afinal, é por meio do processo que se realiza a tutela de diversos direitos garantidos aos acusados, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a prova, a motivação das decisões judiciais e a publicidade (MANZANO, 2013, p. 17).

Verifica-se que o devido processo legal possui relação com o princípio da legalidade, considerando que, quando tratar-se de questão de natureza pública, as partes que integram o processo não poderão escolher procedimento distinto daquele previsto pelo legislador. O devido processo legal é indisponível, havendo, inclusive, posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as garantias dele decorrentes, como a ampla defesa, são irrenunciáveis e deverão ser observadas, ainda que o réu confesse a prática delitiva, pois é interesse do Estado o esclarecimento dos fatos (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 18).

Levy Emanuel Magno (2013, p. 41) menciona que este princípio possui duas vertentes. A primeira seria o devido processo legal substancial ou material, que representa uma garantia contra quaisquer desproporcionalidades estatais. Assim, o devido processo legal tem a função de tutelar a razoabilidade da atuação estatal. Isto porque, “nem toda conduta do Estado é válida, nem toda lei é constitucional. A razoabilidade hodiernamente mostra-se como sendo o **grande parâmetro** para o controle de constitucionalidade das leis” (MAGNO, 2013, p. 42, grifo do autor). Neste sentido, leciona Edilson Mougenot Bonfim (2016, p. 92)

O desrespeito ao devido processo legal pode ser oposto a atos de qualquer natureza, emanados de qualquer dos órgãos do governo e de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive do Legislativo. Vale dizer, o Estado não pode legislar abusivamente, mas deve fazê-lo respeitando o princípio de proporcionalidade; este, por sua vez, arrima-se em várias cláusulas constitucionais, donde ressalta, dentre elas, principalmente, aquela que garante o *substantive due processo of law* (CF, art. 5º, LIV). Assim, o Poder Judiciário, provendo a sociedade com um devido processo legal, poderá proferir juízos acerca da própria razoabilidade ou proporcionalidade de determinado dispositivo normativo, mitigando sua aplicação ou mesmo determinando sua inaplicabilidade a partir de seu prudente arbítrio. Trata-se, pois, de um instrumento amplo para flexibilizar a atuação do poder do Estado de acordo com parâmetros de racionalidade ou do princípio da proporcionalidade.

A segunda vertente, por sua vez, diz respeito ao devido processo legal formal ou procedimental. Este decorre da necessidade de serem obedecidos os parâmetros processuais para processamento do agente, as normas estabelecidas na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e em leis esparsas. Se a forma prevista em lei for violada, isto poderá gerar nulidade e, conseqüentemente, poderá causar a invalidação do processo no todo ou em parte. A anulação processual gera a obrigação de refazer todos os atos processuais, podendo restar inexistosa a reconstrução formal e material do processo, tendo em vista o lapso temporal transcorrido (MAGNO, 2013, p. 42).

Desta forma, é garantido a todo acusado um processo que segue a forma prevista em lei, de modo que o Estado, ao buscar a satisfação da pretensão punitiva, deverá desempenhar o procedimento da maneira previamente prevista pelo legislador. Assim, não poderá suprir de qualquer fase ou ato processual, tampouco desrespeitar a ordem do processo (BONFIM, 2016, p. 92). Não bastasse essa dimensão procedimental, Edilson Mougnot Bonfim (2016, p. 92) ainda expõe que “o devido processo legal formal consubstancia-se também na disponibilização, aos cidadãos, de mecanismos eficazes de atuação perante o poder estatal”.

Em síntese, pode-se afirmar que o devido processo legal visa adequar os meios aos fins, estabelecendo um procedimento que trate as partes com igualdade e que, ao mesmo tempo, propicie uma solução justa à demanda, que deve ser proferida com observância dos padrões éticos da sociedade, os quais são reconhecidos pelas normas jurídicas do Estado. Dessarte, “o devido processo legal é essa fórmula que busca formal e materialmente a realização concreta da justiça, desenhando o perfil de um processo jurisdicional

democrático” (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 18). Por fim, cumpre destacar o ensinamento de Nereu José Giacomolli (2016, p. 101)

O processo penal devido é o que formal e materialmente protege os direitos humanos e fundamentais, mormente os de liberdade do cidadão, propiciando a tutela jurisdicional efetiva e uma decisão a ele ajustada. Portanto, ultrapassa a concepção originária dos limites do “devido processo legal”. A adoção do devido processo, com aplicação das regras convencionais, constitucionais e legais, assecuratórias dos direitos humanos e fundamentais, não significa impunidade, mas aperfeiçoamento do Estado Democrático.

Quanto ao princípio da celeridade processual, também conhecido como princípio da razoável duração do processo, Fernando Capez (2014, p. 68) menciona que este já se encontrava previsto no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica⁵ e, assim, já vinha sendo acolhido no Brasil. Ainda assim, a Emenda Constitucional 45/2004 tratou de introduzi-lo expressamente em nosso ordenamento jurídico, como garantia constitucional, acrescentando ao artigo 5º o inciso LXXVIII, aduzindo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Renato Marcão (2016, p. 73) explana que, diante deste princípio, o julgador, com observância ao devido processo legal e à busca da verdade real, deverá conferir celeridade à prestação jurisdicional, com o intuito de, desta forma, atingir suas finalidades imediata e mediata, ou seja, a pronta solução do litígio e a pacificação social. A par disso, o magistrado tem o dever de evitar a prática de atos inúteis ao processo ou protelatórios, o que irá garantir maior celeridade.

O princípio em análise guarda ligação com o princípio da eficiência, que é um princípio da administração pública, previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988⁶. Os princípios previstos no referido dispositivo são dirigidos a todos os poderes, inclusive ao Poder Judiciário, que deve atuar com produtividade, perfeição e adequação técnica no

⁵ Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

exercício do serviço público, visando atingir o resultado de interesse público. Ressalta-se que a aplicação deste princípio é mais efetiva nos juizados especiais, que realizam um julgamento mais célere quando trata-se de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima não superior a dois anos (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 32-33).

A celeridade processual tem especial relevância na esfera das prisões cautelares, principalmente quando se trata de prisão preventiva, que possui caráter excepcional nos processos em curso. Os processos penais em que os acusados encontrem-se presos provisoriamente deverão ser instruídos no menor prazo possível, afinal, envolve a liberdade do cidadão, o qual jamais poderá passar mais tempo preso provisoriamente do que o montante da pena que lhe venha a ser eventualmente aplicada (MAGNO, 2013, p. 58).

Este princípio influenciará na decisão quanto ao constrangimento ilegal por excesso de prazo no procedimento. Já não se utiliza o prazo de 81 dias para encerramento da instrução, mas sim se este se deu dentro de um prazo razoável. Para verificação desta razoabilidade, deverão ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, devendo ser levadas em consideração as circunstâncias sociais, econômicas, políticas e culturais que envolvem o fato, sem se distanciar dos parâmetros legais. Será, assim, a soma da interpretação da lei com o bom-senso do juiz (ISHIDA, 2013, p. 41). Com relação ao presente tema, Rangel (2010, p. 46-47) afirma

A regra é inócua. Não diz nada. Não diz o que é prazo razoável de um processo. Trata-se de uma norma programática. Não possui instrumentalidade efetiva. Achar que um processo foi feito para andar rápido é ingenuidade de quem não conhece o sistema judicial brasileiro. Ele anda rápido quando interessa ao advogado (ou ao juiz) que ande rápido, seja para condenar alguém, seja para absolver. O tempo acalma as pessoas e coloca as coisas nos seus devidos lugares. É necessário o tempo para que haja reflexão sobre os fatos.

(...)

A razoabilidade do prazo de duração do processo é a garantia do exercício da cidadania na medida em que se permite que todos possam ter acesso à justiça, sem que isso signifique demora na prestação jurisdicional. Prestação jurisdicional tardia, não é justiça, mas prestação jurisdicional imediata, açodada, é risco à democracia. Deve, portanto, ser razoável, proporcional ao caso concreto objeto de apreciação.

Segundo Aury Lopes Jr. (2015, p. 73) “quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do

particular, de forma dolorosa e irreversível”. Para o autor, deveria ser expressamente fixado o tempo de duração máxima do processo e da prisão cautelar, aplicando-se uma sanção em caso de descumprimento do prazo estipulado (LOPES JR., 2015, p. 78). Neste mesmo sentido, posiciona-se Nereu José Giacomolli (2016, p. 372)

É indubitável a tensão jurídica existente entre a necessidade de um processo rápido (*speedy trial*) e o tempo necessário na busca da melhor solução para o caso concreto. Entre essas duas extremidades há de ser mantido o equilíbrio, determinável em cada caso e em cada situação penal, pois duração razoável não significa dar ao caso penal uma solução instantânea (*fast food*). O norte desse ponto de equilíbrio há de estar previsto em lei, para que a dialética processual possa confrontar a situação fática e jurídica, na busca da melhor solução para o caso. A duração razoável não se aplica somente ao término do processo, mas à prática de todos os atos processuais e das decisões interlocutórias, numa perspectiva de “espaço-tempo” racionalizada. A falta de parâmetros e a ausência de sanções específicas ao descumprimento do prazo razoável contribuem à ausência de efetividade do art. 5º, LXXVIII, da CF.

Diante de todo o mencionado, pode-se observar a relevância dos princípios estudados neste tópico, os quais devem ser respeitados em toda relação jurídica processual. O devido processo legal porque norteia o bom andamento do processo, assegurando a aplicação de todas as demais garantias constitucionais do acusado, inclusive a celeridade processual. Esta, da mesma forma, deve ser sempre respeitada pelo julgador, que deverá realizar a instrução do processo com a maior brevidade processual, indeferindo provas que sejam desnecessárias ao processo e atos procrastinatórios.

Isto posto, encerra-se a análise dos princípios constitucionais relacionados ao tema abordado para, que no próximo e último capítulo, adentre-se no estudo referente à (in)constitucionalidade da execução provisória da pena.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O último capítulo da presente pesquisa tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade da execução da pena ainda na pendência de recursos extraordinários e especiais. Far-se-á, assim, um estudo acerca dos posicionamentos expostos pelos Ministros nos julgamentos do Habeas Corpus 84.078/MG e do Habeas Corpus 126.292/SP para que, ao final, conclua-se com a exposição dos posicionamentos de doutrinadores quanto à (in)constitucionalidade da execução provisória da pena.

4.1 A execução provisória da pena de acordo com Habeas Corpus 84.078/MG

Com relação à execução da pena, em que pese a previsão do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, até o ano de 2009 admitiu-se que ela fosse iniciada provisoriamente, ou seja, embora ainda tivesse recursos pendentes. Todavia, no dia 05 de fevereiro de 2009, tal entendimento perdeu força, quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 84.078/MG¹, entendeu ser inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹ EMENTA: HABEAS CORPUS. 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.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-

Na referida Sessão Plenária, presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, o relator, Ministro Eros Grau (BRASIL, 2008, p. 33), argumentou que a Lei de Execução Penal, em seus artigos 105 e 147, condicionou o início da execução das penas privativa de liberdade e restritivas de direito ao trânsito em julgado da decisão condenatória, indo, assim, ao encontro do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste sentido, mencionou o Ministro (2008, p. 35 e 36)

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata da pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

(...)

A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por

responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida.

O relator ainda aduziu que os criminosos também são sujeitos de direito e, desta forma, estão incluídos entre as pessoas que possuem a garantia constitucional de ter sua dignidade preservada. Não se admite, portanto, que sejam excluídos da sociedade sem que sejam observadas todas as singularidades de cada delito, que somente serão plenamente apuradas com o trânsito em julgado da condenação. Desta forma, concedeu a ordem determinando que o paciente aguardasse o trânsito em julgado da sentença condenatória em liberdade (BRASIL, 2008, p. 43 e 44).

O Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2009, p. 60-61), em seu voto, salientou que a privação cautelar da liberdade é uma medida excepcional, que só pode efetivar-se se fundamentada em elementos concretos e reais. A par disso, afirmou que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento sobre a matéria, autorizou a decretação da prisão preventiva, desde que esteja comprovada a materialidade dos fatos e existam indícios de autoria, bem como esteja preenchido qualquer dos fundamentos desta modalidade de prisão, os quais se encontram elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal².

Ainda afirmou que, afastando a possibilidade de execução provisória da condenação criminal, a Suprema Corte confere amparo à garantia constitucional de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível, direito fundamental que assiste a qualquer cidadão (BRASIL, p. 68-69). Por conseguinte, sustentou que “mesmo confirmada a condenação criminal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (2009, p. 73).

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2009, p. 104-105), salientou que a presunção de não culpabilidade é mais do que uma garantia, é um direito substantivo de matriz constitucional. Nesta senda, enquanto não transitar em julgado uma sentença penal condenatória, mantém-se para o acusado esse direito material à presunção de não culpabilidade. O indivíduo somente deixará de ser inocente após a produção válida da prova em juízo, com respeito ao devido processo legal, observando-se as garantias do

² Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

contraditório e da ampla defesa e, por fim, atingindo a sentença penal o trânsito em julgado.

De acordo com o mesmo entendimento, manifestou-se o Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2009, p. 115-117), o qual afirmou que o princípio da presunção de inocência visa assegurar a dignidade do réu no curso do processo penal, até que seja proferida a sentença penal condenatória em caráter definitivo. Por força deste princípio, o réu não poderá sofrer qualquer medida gravosa no curso do processo, salvo se esta medida puder ser justificada por outra causa jurídica que não um juízo de culpabilidade sem caráter definitivo. Referiu que o alcance deste princípio é elucidado por outro princípio, o do devido processo legal, salientando que este não se refere apenas ao processo regulado pela lei, mas também está relacionado à garantia de um processo justo. Neste sentido, consignou (2009, p. 118)

Ora, não consigo conceber um processo justo onde se aplique a alguém, pelo mero fato de ser réu, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação de sua liberdade. Um processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser legal, mas justo não é, e, não sendo justo, não é processo que atenda ao princípio constitucional.

Diante de tudo isso, Senhor Presidente, pergunto-me: e a questão da falta de efeito suspensivo do recurso? Ela, evidentemente, não pode ter nenhuma força contra o princípio constitucional. É de todo em todo inaplicável, não tem eficácia, não incide nesta matéria, sob pena de ofensa à garantia constitucional.

Já o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2009, p. 131-133) asseverou que, no caso concreto, não estava em discussão se o recurso extraordinário possui ou não eficácia suspensiva, mas sim a liberdade de ir e vir. Além do mais, questionou: “presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não”, referindo que, neste caso, o acusado poderá valer-se apenas de pedido de indenização. A par disso, concluiu, assim como os demais Ministros já referidos, que a execução de sentença ou decisão que ainda pode ser modificada por recurso contraria o princípio da não culpabilidade.

O Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2009, p. 148-149) consignou que qualquer antecipação de cumprimento de pena é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência. Acentuou, ainda, que a execução antecipada na seara penal

caracterizaria a violação do princípio da dignidade humana, que proíbe que o ser humano seja transformado em objeto da ação estatal. Diante de tal princípio, o Estado tem o dever de respeitar e proteger os indivíduos da exposição a ofensas e humilhações. Por fim, no que tange ao princípio da proporcionalidade, ressaltou que ele possui três máximas parciais, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo que a execução antecipada também ofenderia a este princípio no que concerne à necessidade, considerando a existência de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso (2009, p. 152-153).

No sentido oposto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (BRASIL, 2009, p. 54) alegou que o texto do inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República não deve ser entendido como uma proibição da privação da liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial. Afinal, nestes recursos, se discute apenas matéria de direito, já que o esgotamento do exame das matérias de fato ocorre nas instâncias ordinárias. Assim, considerando que os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo, é possível a execução provisória da pena, a qual poderá ser afastada através dos instrumentos próprios, dentre eles o habeas corpus (2009, p. 59).

Na mesma linha, o Ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2009, p. 95) referiu que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário devem ser respeitadas e, portanto, ter efetividade, caso contrário, todas as ações deveriam ser processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Consignou que a execução provisória deve ser possível devido à necessidade de dar-se efetividade ao processo, evitando, assim, a frustração da condenação imposta nas instâncias ordinárias, nas quais os fatos já foram exaustivamente analisados. Concluiu aludindo (2009, p. 102)

Por fim, deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica.

A Ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2009, p. 122) aduziu que a sentença condenatória confirmada pelo Tribunal, após o devido contraditório e a ampla defesa, não deixa a salvo a presunção de não culpabilidade. Isto porque a “mera presunção não se

sobrepõe ao juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória”. A par disso, com a confirmação da sentença, a presunção de inocência é substituída por um juízo de culpabilidade, embora este não seja definitivo. Salientou, ainda, que do princípio da presunção de inocência não pode resultar o desvalor das sentenças mantidas pelo tribunal, o desamparo dos cidadãos de bem e a sensação de impunidade na sociedade (2009, p. 124).

A Ministra ainda justificou seu voto no princípio da proporcionalidade, que, na esfera penal, não se limita à proibição do excesso, na medida em que também proíbe a insuficiência. Afinal, o Estado tem o dever de proteção em relação às agressões praticadas por terceiros contra bens jurídicos tutelados. Ademais, mencionou que não há nenhum excesso no fato de o legislador dar eficácia a uma sentença penal condenatória mantida pelo tribunal, pois ele parte da presunção de que a decisão foi acertada e o percentual de reformas em sentenças condenatórias é mínimo (BRASIL, 2009, p. 128).

Diante dos votos³ acima expostos, é possível inferir as divergências de posicionamento que já norteavam tema, o qual possui grande relevância jurídica, já que envolve o direito fundamental à liberdade. Na ocasião, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em deferir o Habeas Corpus impetrado em causa própria por Omar Coelho Vitor, nos termos do voto do relator, Ministro Eros Grau, sendo, assim, considerada inconstitucional a execução provisória da pena.

4.2 A possibilidade de execução provisória da pena criminal estabelecida no HC 126.292/SP

O entendimento de que a execução da pena criminal inicia-se somente após o trânsito em julgado da sentença perdurou até o dia 17 de fevereiro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 126.292/SP⁴, impetrado por Maria Cláudia de

³ Não realizou-se a análise dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia, pois não foi possível localizar a íntegra destes no inteiro teor do acórdão.

⁴ EMENTA: 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.

Seixas, em favor do paciente Márcio Rodrigues Dantas. Na oportunidade, por maioria de votos, a Corte alterou o paradigma de sua jurisprudência, voltando a admitir a execução da pena provisoriamente, a partir da confirmação da decisão condenatória em segundo grau de jurisdição (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 4-5). Concernente à presente decisão, impende mencionar o voto do relator, Ministro Teori Zavascki (2016, p. 9)

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

À vista disso, o relator afirmou que a execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial não fere o princípio da não-culpabilidade, afinal, o réu já foi tratado como inocente durante o curso do processo ordinário, sendo respeitados todos os seus direitos e garantias (BRASIL, 2016, p. 11). Em seu voto, o Ministro referiu um estudo quanto à legislação da matéria nos seguintes países: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina (2016, p. 12-15). Ainda, enfatizou que a jurisprudência, ao negar executividade às condenações enquanto não julgados todos os recursos, acaba por incentivar a sucessiva interposição de recursos, com evidentes finalidades protelatórias, no intuito de alcançar a prescrição da pretensão punitiva ou executória (2016, p. 16-17).

No mesmo sentido votou o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2016, p. 21-22), o qual sustentou que o princípio da presunção de inocência não pode possuir caráter

-
1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
 2. Habeas corpus denegado.

absoluto, pois não deve ser desconsiderada a sua conexão com as demais regras e princípios constitucionais que possuem a mesma eficácia normativa e dos quais não se extrai a ideia de que a execução da pena deva ser iniciada apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias. Ressaltou que no sistema recursal brasileiro sempre há um recurso oponível a qualquer decisão, de forma que, se fosse dado caráter absoluto à regra contida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal/88, a execução da pena ficaria condicionada ao momento em que o acusado se conformasse com sua condenação, deixando de opor novos embargos declaratórios (2016, p. 24-25).

O Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016, p. 32-34), por sua vez, mencionou que a mutação constitucional do julgamento de 2009, que condicionou a execução da pena ao julgamento final, trouxe três consequências negativas ao sistema de justiça criminal. A primeira consequência foi o incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios, que movimentam o Poder Judiciário, mas não produzem efeitos na efetivação da justiça e garantias processuais penais. A segunda consiste no reforço à seletividade do sistema penal, pois somente réus com melhores situações financeiras possuem condições de contratar advogados para interpor tais recursos. E a terceira na medida em que agravou o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pois produz a sensação de impunidade. Aludiu, ainda, que o pressuposto da decretação da prisão não é esgotamento da possibilidade de recurso, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (2016, p. 35-36, grifo do voto)

Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

Já o Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2016, p. 58, grifo do voto), aduziu que “presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal de Direitos Humanos

da ONU: *‘Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada’*. Alegou que não há necessidade de trânsito em julgado e que a coisa julgada está relacionada à imutabilidade da decisão, o que ocorre com relação à matéria fático-probatória, que não será analisada no Tribunal Superior, onde serão devolvidas apenas questões constitucionais e questões federais (2016, p. 58-59). Ante a isso, referiu que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do acusado, ou seja, em segundo grau de jurisdição, onde há um julgamento que não mais será modificado pelos Tribunais Superiores, já que estes não adentrarão no exame das matérias de fato, mas apenas de direito (2016, p. 60).

Seguindo na mesma linha de seu voto no HC 84.078, a Ministra Carmen Lúcia (BRASIL, 2016, p. 61), consignou que o princípio constitucional da presunção de inocência deveria ser interpretado no sentido de que, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém poderá ser considerado culpado, o que não significa dizer que não esteja condenado. Ante a isto, afirmou que “condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa, ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa”, de forma que é esta a não culpabilidade que o constituinte visou assegurar. Logo, não afeta o referido princípio o fato de o cumprimento da pena ser iniciado após a confirmação da condenação em segunda instância.

O Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2016, p. 64-65), por sua vez, manifestou posicionamento contrário ao adotado no julgamento anterior, afirmando que refletiu novamente sobre aquela decisão, pois casos graves estariam ocorrendo e comprometendo a efetividade da justiça, já que pessoas condenadas permaneciam soltas e isto era incompreensível, tanto para o senso comum, quanto para o senso técnico. Relatou que, diariamente, vinham sendo interpostos múltiplos embargos de declaração com o intuito de impedir o trânsito em julgado da sentença, e que isto, apesar de todo o cuidado adotado pela Corte, muitas vezes culminava na imposição da prescrição. Na sequência, consignou que (2016, p. 68)

Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários.

Os recursos extraordinários tem sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Esgotadas as instancias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão é necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes de recursos.

Adotando o posicionamento contrário, tem-se o voto da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2016, p. 55), que opinou pela manutenção da jurisprudência até então adotada pela casa, aduzindo que o princípio da segurança jurídica é muito caro à sociedade e deve ser prestigiado. Assim, afirmou não se sentir à vontade para referendar a revisão de jurisprudência proposta, referindo trechos dos votos dos Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, no julgamento do HC 84.078, os quais teriam apreciado com profundidade o tema, à luz da Constituição (2016, p. 56-57).

Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2016, p. 77), sem modificar o posicionamento que havia adotado em seu voto no julgamento anterior, aduziu: “Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”. Além do mais, afirmou, que, a seu ver, o preceito constitucional não admite interpretações, referindo que, quando a lei é clara e precisa, finda a interpretação, caso contrário se estaria reescrevendo a norma jurídica (2016, p. 77-78).

O Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2016, p. 80), por seu turno, também manteve seu posicionamento e iniciou seu voto registrando que a presunção de inocência é uma conquista histórica dos cidadãos na luta contra o abuso de poder e a opressão Estatal, resultando de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico. Asseverou que a presunção de inocência, além de constituir um fator de proteção aos direitos daqueles que sofrem a persecução penal, também configura um requisito de legitimação da execução das penas privativas de liberdade ou restritivas de direito (2016, p. 86). Ainda, explanou (2016, p. 92)

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Por fim, o Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2016, p. 97), seguiu na mesma linha de seu voto no HC 84.078/MG, aduzindo que o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é taxativo, categórico, não admitindo interpretação. Expôs o fato de que o Brasil é o quarto país em população carcerária no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia, com um total de seiscentos mil presos, dos quais 40% são presos provisórios, ou seja, duzentos e quarenta mil, sendo que, diante da nova decisão, serão acrescidas dezenas ou centenas de milhares de novos presos (2016, p. 101).

Conforme se infere dos votos⁵ do presente Habeas Corpus, ainda não há um entendimento pacífico a respeito do tema, o que é plenamente justificável, na medida em que de um lado tem-se aqueles que primam pela observância de um princípio de grande relevância jurídica, qual seja, o princípio da presunção de não culpabilidade, enquanto do outro encontram-se os que defendem a possibilidade de executar-se provisoriamente a pena, visando tornar o processo penal mais célere e efetivo, e afirmam que isto não fere o princípio constitucional supracitado.

Assim, apesar dos posicionamentos divergentes, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos e nos termos do voto do relator, denegou a ordem e, alterando o entendimento da Corte, passou a adotar o posicionamento de que é possível iniciar-se a execução da pena logo após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição. Tal jurisprudência, inclusive, foi reafirmada no julgamento do Recurso Extraordinário

⁵ Não realizou-se a análise do voto do Ministro Dias Toffoli, pois não foi possível localizar a íntegra dos mesmos no inteiro teor do acórdão.

964.246/SP⁶, após reconhecimento da repercussão geral da matéria, passando a possuir força vinculante, devendo tal orientação ser adotada em todos os processos que estivessem em curso.

4.3 Análise do entendimento doutrinário acerca da possibilidade da execução provisória da pena à luz da Constituição da República Federativa do Brasil

No último subtítulo da presente pesquisa, estudar-se-á a constitucionalidade da execução provisória da pena, o que será feito a partir da análise dos posicionamentos adotados por diversos doutrinadores e juristas brasileiros. Desde a data em que foi proferida, a decisão do HC 126.292 vem sendo alvo de inúmeras críticas, sendo possível verificar duas correntes distintas, uma formada por aqueles que defendem o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e outra pelos que afirmam que a execução provisória é inadmissível, pois afronta a Constituição Federal de 1988. De início, far-se-á a análise da primeira corrente e, após, da corrente que advoga no sentido oposto ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A primeira corrente alega que a decisão do Supremo Tribunal Federal é justa e coerente, tendo em vista que até serem percorridas as quatro instâncias podem passar décadas, o que pode vir a gerar a impunidade dos réus, seja pela prescrição dos crimes, seja pela morte do agente, entre outras hipóteses. Assim, deve-se pensar também nas vítimas e seus parentes, que não podem aguardar por 15 ou 20 anos até que o autor de um crime seja condenado e preso. Isto porque “a Justiça não é lugar para discussão de teses jurídicas, mas sim para promover a pacificação social. Correta, pois, a decisão do STF, pois restaurou o equilíbrio entre o direito à liberdade e a eficiência” (FREITAS, 2016).

⁶ EMENTA : CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Segundo o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Renato Kim Barbosa (2016), “os tribunais de Justiça são os órgãos máximos de cada Estado para analisar os fatos e, ao final, dizer se ocorreu ou não um crime, definindo a respectiva autoria no caso de procedência da pretensão punitiva estatal”. Aduz que a impunidade não é um objetivo da República Federativa do Brasil, devendo ser garantida a segurança e respeito às leis vigentes, pois, com a prática reiterada e não reprimida de crimes, acaba-se vedando diversos direitos dos cidadãos (BARBOSA, 2016). No mesmo sentido, afirma César Dario Mariano da Silva (2016)

O Supremo Tribunal Federal flexibilizou o princípio da presunção de inocência, seguindo a legislação e jurisprudência de países democráticos, que não exigem o término de todos os recursos para executar sanções de natureza penal. Podemos citar como exemplos a França, a Alemanha, o Canadá, a Espanha, a Inglaterra, Portugal, Argentina, dentre outros. Aliás, não temos conhecimento de nenhum país no mundo em que haja necessidade do esgotamento de todos os recursos para o começo da execução da pena.

O processo não pode se eternizar. Sua finalidade na seara processual penal é a aplicação de uma sanção, devendo, para tanto, serem observados princípios e normas sem as quais surge o arbítrio.

No entanto, não é possível um processo demorar anos a fio para chegar ao seu final e, só a partir desse termo, começar a execução da pena. Foge à razoabilidade a interposição de uma enormidade de recursos protelatórios quando já reconhecida a materialidade e a autoria delitiva. A própria Constituição Federal prevê o direito a um processo célere, ou seja, que tenha termo razoável.

Um ponto relevante mencionado por Vladimir Passos de Freitas (2016) é o fato de que a espera do trânsito em julgado para o início da execução era injusta, já que os réus pobres, que não possuem condições de contratar bons advogados, não recorriam para o STJ e STF, sendo assim, para eles a execução da pena era iniciada imediatamente. Enquanto isto, os réus com melhores condições financeiras valiam-se de todos os recursos possíveis, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de declaração, embargos infringentes, agravo regimental, tudo com o intuito de postergar a decisão final (FREITAS, 2016).

Há aqueles que afirmam que a intenção da decisão do Supremo Tribunal Federal é acertada, mas que, indiscutivelmente, vai de encontro ao dispositivo constitucional da presunção de inocência. É o entendimento do também Promotor de Justiça Luiz Flávio Gomes (2016), que afirma que o espírito do julgamento do STF está correto, já que pretende dar fim à sensação de impunidade, especialmente no que concerne às roubalheiras e corrupções dos poderosos. Todavia, concordou com o fato de que tal decisão viola a

Constituição Federal e a Corte Interamericana, não resolvendo o assunto, e salientou a necessidade de ser realizada uma emenda constitucional que discipline de forma adequada a matéria, deixando explícito que o Brasil adota o sistema do duplo grau de jurisdição, assim como a maioria dos países (GOMES, 2016).

Afinal, os tratados e documentos internacionais afirmam que a presunção de inocência será derrubada conforme a legislação de cada país. Desta maneira, existem dois sistemas mundiais que podem ser adotados: o do trânsito em julgado, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, e o do duplo grau de jurisdição, conforme o novo entendimento do STF. No segundo modelo, a execução ficaria condicionada a dois julgamentos condenatórios, “dois julgamentos dos fatos, provas e do direito, no entanto, não é a mesma coisa que uma (isolada) condenação no segundo grau de jurisdição (réu absolvido em primeira instância e condenado na segunda)” (GOMES, 2016).

De outro lado, aqueles que advogam na corrente contrária afirmam que a decisão fere o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual possui como marco o trânsito em julgado da sentença condenatória e é um dos princípios basilares do direito, pois tutela a liberdade dos indivíduos (BITENCOURT; BITENCOURT, 2016). Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o HC 126.292/SP, não estaria fazendo uma leitura honesta do dispositivo constitucional supramencionado, pois estaria substituindo os termos “considerado culpado” e “trânsito em julgado” pelas expressões “presunção concreta de culpa” e “acórdão confirmatório de sentença condenatória” (TORRANO, 2016). Conforme Renato Marcão (2016, p. 41)

Essa maneira de pensar é compatível com o vigente Estado de Direito, e encontra amparo no art. 5º, LVII, da CF, de onde se extrai que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado definitivo de sentença ou acórdão penal condenatório proferido em seu desfavor.

Se a presunção de inocência só é destruída pelo trânsito em julgado de condenação criminal, não há como admitir execução provisória da pena enquanto pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário, salvo quando decretada prisão preventiva, e a razão é simples: não ocorreu o trânsito em julgado e, portanto, persiste a presunção de inocência.

É o que também se lê no art. 105 da LEP, que não foi e não pode ser declarado inconstitucional, por se encontrar em absoluta consonância com o art. 5º, LVII, da CF.

Sob esse prisma, Adeildo Nunes (2017, p. 242) afirma ser lamentável a decisão do Supremo Tribunal Federal, pois torna vulnerável o princípio da presunção de inocência, o qual é consagrado pela Constituição Federal e condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão. Alude que, com a admissão da execução provisória, o Estado executará a pena de alguém que ainda não pode ser considerado culpado, já que no julgamento de recurso especial ou extraordinário poderá ser adotado entendimento diverso daquele proferido em segundo grau de jurisdição. Cita, inclusive, a possibilidade de os tribunais superiores anularem o processo desde o recebimento da denúncia, caso em que o Estado teria executado a pena de uma pessoa que sequer foi considerada acusada e, desta forma, ficaria com a obrigação de reparar o dano moral e material (NUNES, 2017, p. 242).

O argumento de que os réus utilizam recursos demais a fim de postergar o término do processo e, assim, saírem impunes devido à prescrição, também não merece prosperar. Isto porque, os recursos estão previstos em lei e devem ser utilizados pelo advogado na defesa de seu cliente, caso contrário este estaria o assistindo de forma inepta e infringindo seus deveres profissionais. Destarte, é evidente que, se os recursos são interpostos de maneira excessiva, o problema está na lei, de forma que, para sanar este problema, “poderia o legislador restringir as hipóteses de recursos especiais e extraordinários, ampliar seus requisitos, dificultar sua interposição, como propôs o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso em anteprojeto de emenda constitucional” (BOTTINI, 2016).

Neste diapasão, embora o Estado tenha o direito-dever de punir aqueles que cometem atos ilícitos, deverá fazê-lo dentro dos limites legais, respeitando os princípios e garantias consagradas no texto constitucional (BITENCOURT; BITENCOURT, 2016). Ressalta-se, ainda, que a impunidade e a demora dos julgamentos dos recursos não são justificativas para a execução antecipada da pena, pois a ineficácia estatal não pode servir como fundamento para que sejam negados direitos e garantias básicas do cidadão. Assim, “se o problema é a demora para o julgamento, que se criem meios de, respeitando as regras processuais, acelerar o julgamento; não é crível que se prenda alguém ao argumento de que há uma (de)mora no julgamento dos chamados recursos nobres” (HIRECHE; SANTOS, 2016).

Sublinhe-se, também, que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar não ser inconstitucional a execução provisória da pena, esqueceu de discutir a constitucionalidade

do artigo 283 do Código de Processo Penal⁷, o qual prevê expressamente que, com exceção das prisões em flagrante, preventiva ou temporária, ninguém poderá ser preso sem o trânsito em julgado da sentença condenatória (STRECK, 2016). Lenio Luiz Streck (2016) afirma, neste sentido, que tal dispositivo continua válido, tendo em vista que não se pode negar aplicação a um preceito normativo sem que seja declarada formalmente a sua inconstitucionalidade. Eugênio Pacelli (2017, p. 50) compartilha do mesmo pensamento, explanando que

A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso.

E ao contrário do quanto ali sustentado, a matéria não nos parece ser de conformação legislativa, mas claramente de índole constitucional. A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por Emenda Peluso, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional).

No ponto, parece-nos relevante também acentuar que sequer a legislação brasileira em vigor contempla a possibilidade de recurso após o trânsito em julgado, como ocorre, por exemplo, em Portugal, com o recurso extraordinário de lá. Em terrae brasilis, o trânsito em julgado é a tradução da decisão a salvo de recursos, mesmo aqueles da via extraordinária.

Muito antes pelo contrário, a Lei nº 12.403/11, dando nova redação ao art. 283, CPP, prevê que toda prisão, antes do trânsito em julgado, deve se amparar em fundamentação cautelar. Ou seja, a Lei brasileira veda expressamente a execução provisória.

Ademais, admitindo-se a execução provisória da pena, a tendência é que sejam antecipadas 50 mil prisões por ano, encaminhando-se ainda mais pessoas a um sistema carcerário que já encontra-se falido, com déficit de vagas, pois possui mais de 600 mil presos, sendo o Brasil o quarto país com maior população carcerária no mundo. Não bastasse o fato de inexistirem vagas para abrigar toda esta multidão, também há de se mencionar a falta de recursos financeiros para manter um número tão elevado de segregados, tendo em vista que cada preso representa para o Estado um custo de, em média, R\$ 1,6 a R\$ 2 mil reais mensais (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2016).

Por todo o exposto, conclui-se que o tema da presente pesquisa é alvo de inúmeros debates e está longe de se tornar um assunto pacificado entre os doutrinadores, os quais

⁷ 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.

encontram-se divididos entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, havendo, ainda, aqueles que, mesmo considerando a decisão inconstitucional, acreditam que é o caminho certo a ser seguido e, assim, sugerem que seja realizada uma emenda à Constituição.

Verifica-se que, por um lado, a decisão do Supremo Tribunal Federal visa diminuir a impunidade dos crimes no Brasil, atendendo aos anseios da sociedade, que exige a punição daqueles que praticam crimes e, muitas vezes, acabam não sendo punidos pelo Estado. Ademais, a decisão também visa gerar maior igualdade no processo penal, tendo em vista que os recursos extraordinários vêm sendo interpostos apenas por réus com melhores condições financeiras, enquanto, para os réus pobres, a execução da pena começa imediatamente após a decisão do Tribunal de Justiça.

Todavia, não se pode negar que a decisão ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual prevê expressamente a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução penal. Assim, embora seja necessária a adoção de meios que tornem o processo penal mais célere e efetivo, é inaceitável que, para isto, sejam desrespeitados os direitos e garantias assegurados aos cidadãos no texto constitucional. Não se pode desconsiderar, ainda, que a execução provisória da pena abarrotará ainda mais o sistema penitenciário, pois os condenados ingressarão nas penitenciárias mais cedo, aumentando ainda mais a superlotação dos presídios.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar e analisar a constitucionalidade da execução provisória da pena criminal frente ao princípio da presunção de inocência. Em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha afirmado ser possível a execução da pena logo após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, ainda que na pendência de recursos, o que se observa é a divergência doutrinária acerca da problemática. Diante disso, analisaram-se duas vertentes que buscam explicar os motivos pelos quais merece ou não ser admitida esta forma de execução.

A primeira corrente defende o posicionamento adotado pela Suprema Corte, justificando esse entendimento na necessidade de dar maior efetividade ao processo penal. Isto porque a exigência do trânsito em julgado para que seja iniciada a execução passa para a sociedade a sensação de impunidade, tendo em vista que os acusados acabam interpondo infundáveis recursos, manifestamente protelatórios, na medida em que buscam apenas postergar o término do processo. Assim, considerando que os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários levam anos, consegue-se evitar o trânsito em julgado da sentença condenatória e, muitas vezes, levar à imposição da prescrição.

Os defensores desta corrente ainda afirmam que não é razoável aguardar por anos o término de um processo, para só depois iniciar a execução da pena, quando a autoria e a materialidade delitiva já restaram suficientemente demonstradas após o julgamento em segundo grau. Afinal, os tribunais superiores se limitam à análise de matérias de direito, não realizando novo julgamento a respeito da matéria de fato.

Por seu turno, a segunda tese entende que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Afirmam que a redação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, é clara e taxativa ao exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória para que o réu possa ser considerado culpado e, portanto, punido pela prática de um crime. Em consonância com o texto constitucional, também prevê o artigo 283 do Código de Processo Penal a necessidade do trânsito em julgado da sentença para que o indivíduo seja recolhido à prisão.

Os que advogam neste sentido também mencionam que a demora dos julgamentos não justifica a execução antecipada da pena, pois este é um problema que cabe ao Estado resolver, todavia, sem tirar os direitos e garantias assegurados aos cidadãos. Também ressaltam que o sistema carcerário já se encontra falido e os presídios já se encontram superlotados, situação que se agrava ainda mais com o ingresso dos acusados mais cedo nas penitenciárias.

Nesta senda, para melhor analisar o assunto em comento, abordaram-se, em um primeiro momento, os aspectos gerais da pena, verificando-se que, no que tange à função da pena, o Brasil adotou a teoria mista ou eclética. A partir dessa, a pena possui, simultaneamente, caráter retributivo e preventivo, considerando que, ao impor uma sanção a um indivíduo, o Estado estará lhe aplicando um castigo e, também, prevenindo a reiteração delitiva. Ainda foram abordadas as espécies de pena previstas na legislação brasileira, merecendo destaque a pena privativa de liberdade, pois é a constitucionalidade da execução provisória desta que se analisou no presente trabalho.

Na sequência, foram estudadas algumas disposições da Lei n° 7.210/84, que, já em seu artigo 1º, traz como objetivo da execução penal efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal. Neste sentido, dispõe o artigo 105 que somente com o trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade será expedida guia de recolhimento, dando-se início à execução. Percebe-se que a disposição é clara no sentido de que a execução somente se inicia com o trânsito em julgado da decisão.

Finalizando o primeiro capítulo, realizou-se uma análise das espécies de prisões cautelares existentes no nosso ordenamento jurídico. Constatou-se que a prisão em flagrante possui natureza pré-cautelar, sendo a prisão temporária e a prisão preventiva as duas espécies de prisões cautelares previstas. A prisão temporária somente será admitida nos casos expressamente previstos na Lei n° 7.960/89 e possui prazo máximo de duração. A prisão preventiva, por sua vez, pode durar toda a instrução processual, mas possui caráter excepcional, sendo admitida somente quando não for possível sua substituição pelas medidas cautelares.

Em um segundo momento, foram abordados os princípios relacionados ao tema, iniciando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é o princípio máximo do estado democrático de direito, orientando, inclusive o reconhecimento de outros direitos fundamentais não previstos expressamente na Constituição Federal. Assegura que nem o

Estado nem o particular poderão violar o direito que todo ser humano possui de ser respeitado e possuir uma vida digna.

Prosseguiu-se com o princípio da presunção de inocência, que, conforme referido acima, assegura que o acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dele decorrem outros princípios, como o *in dubio pro reo*, a partir do qual o juiz, em caso de dúvida, decidirá em favor do acusado, o *favor rei*, que estipula que os interesses do réu terão preferência sobre os do Estado, pois ele é a parte mais fraca na relação processual, e o *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ainda, foram abordados os princípios do devido processo legal e da celeridade processual. O primeiro garante que a instrução processual deve ser feita seguindo os ditames da lei, com observância a todos os princípios e garantias constitucionais, evitando-se arbitrariedades estatais. O segundo, por sua vez, diz respeito a uma regra a ser observada pelo julgador, que deve realizar a instrução processual no menor prazo possível, indeferindo provas desnecessárias ao julgamento do processo.

Ao fim, em um terceiro momento, buscou-se analisar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal no que concerne à execução provisória da pena. Primeiramente, estudou-se o julgamento do HC 84.078/MG, no qual a Corte, por maioria de votos, consagrou o princípio da presunção de inocência e entendeu ser imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução. Tal decisão representou um importante avanço para a garantia dos direitos fundamentais, fazendo uma leitura honesta do dispositivo constitucional que traz tal princípio.

Ao depois, realizou-se a análise do HC 126.292/SP, o qual, indiscutivelmente, representa um retrocesso no processo penal, pois ignorou o preceito constitucional, autorizando a execução provisória da pena, embora toda a legislação pátria seja manifestamente no sentido oposto. Tal decisão encontra-se amparada na alegação de que a presunção de inocência é superada pela confirmação de condenação em segunda instância, onde se encerra a análise da matéria dos fatos, bem como no fato de que os réus utilizam-se de todos os recursos possíveis para evitar o trânsito em julgado da decisão e que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo.

Por fim, foram analisados os entendimentos dos doutrinadores brasileiros, identificando-se a existência das duas correntes supramencionadas, uma que apoia a decisão do Supremo Tribunal Federal, afirmando que ela é justa e coerente, e outra que é totalmente oposta a ela, pois entende que é inconstitucional, indo de encontro ao princípio da presunção de inocência.

Também é possível identificar aqueles que apoiam a decisão em sua essência, mas a veem como inconstitucional, motivo pelo qual aduzem ser necessária a realização de uma emenda constitucional para regulamentar a questão. Todavia, cabe salientar que não é possível esta modificação constitucional, pois o princípio da presunção de inocência está no rol dos direitos e garantias individuais, sendo, assim, cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 60, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao analisar o trabalho proposto, percebe-se que a doutrina não está uniforme acerca da possibilidade de execução provisória da pena. Contudo, conclui-se que esta execução provisória é manifestamente inconstitucional, na medida em que o texto do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, é claro ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não admitindo interpretações.

Não bastasse, verifica-se que o restante da legislação também vai neste sentido, como no caso do artigo 105 da Lei de Execução Penal e do artigo 283 do Código de Processo Penal, os quais também são taxativos ao exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o indivíduo possa ser levado à prisão. A par disso, resta claro que a decisão do Supremo Tribunal Federal é contrária ao ordenamento jurídico pátrio, pois não se pode simplesmente ignorar as leis ou lhes dar entendimento completamente incompatível com o seu texto.

Ainda que haja a necessidade de dar maior efetividade ao processo penal, ainda que a impunidade seja visível aos olhos da sociedade e que essa cobre por medidas rápidas, ignorar garantias asseguradas constitucionalmente não é o melhor caminho, pois disso podem decorrer inúmeras injustiças, as quais não possuem reparação. Não há como devolver a liberdade injustamente tirada de alguém, não há indenização que possa compensar o tempo que o indivíduo passa em uma penitenciária superlotada, com infraestrutura precária, deixando de desfrutar da companhia de sua família e amigos.

Assim sendo, embora o Estado precise tornar o processo mais célere, pois a celeridade, conforme estudado, também é um princípio constitucional, deverá encontrar outras formas de fazê-lo, pois com a execução provisória estará efetivando um princípio em detrimento de outro, favorecendo os interesses do Estado em detrimento dos interesses do réu.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal: esquematizado**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971670/cfi/6/8!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BARBOSA, Renato Kim. **A impunidade e o alcance do princípio da presunção de inocência**. Conjur em 02 de março de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-02/impunidade-alcance-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. Conjur em 18 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203146/cfi/0!/4/4@0.00:4.91>>. Acesso em: 22 out. 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau**. Conjur em 23 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3792-8/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out de 1988. Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Exposição de motivos n° 213**, de 09 de maio de 1983. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 22 set. 2016.

_____. **Lei Federal n. 3.689**, de 03 de out de 1941. Código Processual Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. **Lei Federal n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm >. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. **Lei Federal n. 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **Lei Federal n. 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em> 14 out. 2016.

_____. **Lei n° 678**, de 06 de novembro de 1992. Pacto de São José da Costa Rica. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 84.078/MG**. Julgado em 05 de fevereiro de 2009. Relator: Eros Grau. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 126.292/SP**. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Relator: Teori Zavascki. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522498154/cfi/3!/4/4@0.00:0.442>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201654/cfi/1!/4/4@0.00:66.3>>. Acesso em: 22 set. 2016.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito; 57). Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169029/cfi/1!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 06 out. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627383/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 1789. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2016.

DIPP, Andrea. **Prende primeiro, pergunta depois: 41% dos presos no Brasil são provisórios**. Uol notícias em 05 de fevereiro de 2015. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/02/05/prende-primeiro-pergunta-depois-41-dos-presos-no-brasil-sao-provisorios.htm>>. Acesso em: 27 set. 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena**. Conjur em 21 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Noções de direito processual penal à luz de alguns de seus princípios**. Curitiba: InterSaberes, 2016. Disponível em <<http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788559720082/pages/-2>>. Acesso em: 18 out. 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/4!/4/2/4@0:24.8>>. Acesso em: 27 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo. 2016**. Disponível em

<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo> acesso em 03/05/2017>. Acesso em: 18 abr. 2017.

HIRECHE, Gamil Föppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. **Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência**. Conjur em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal: Incluindo as Leis nº 12.654, de 28 de maio de 2012, nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que instituiu o juízo colegiado em primeiro grau, nº 12.714, de 14 de setembro de 2012, e nº 12.736, de 30 de novembro de 2012**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1 : parte geral**. 35. ed. São Paulo : Saraiva, 2014. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/4!/4/2/4@0:24.8>>. Acesso em: 14 set. 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri: Manole, 2004. Disponível em <http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520419496/pages/_1>. Acesso em: 02 set. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. 1. Ed. Barueri: Manole, 2003. Disponível em <http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520417195/pages/_1>. Acesso em: 14 out. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488605/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 06 out. 2016.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146426/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 15 out. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Aury. **Prisões cautelares**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502187979/cfi/0>>. Acesso em: 26 set. 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de processo penal didático**. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481903/cfi/1!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522476923/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502621688/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 13.105/2015, 13.163/2015, 13.167/2015 e 13.190/2015 e a Súmula Vinculante 56. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547206031/cfi/4!/4/4@0.00:20.4>>. Acesso em 03 mai. 2017.

_____. Renato. **Curso de Processo Penal**. 2. Ed. . rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626300/cfi/0>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 5. Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.850/2013 e 12.962/2014. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502229556/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502155367/cfi/0>>. Acesso em: 25 set. 2016.

MARQUES, Ivan Luis; MARTINI, João Henrique Imperia. **Processo Penal III**. São Paulo: Saraiva, 2012 - – (Coleção saberes do direito; 12). Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169272/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 22 set. 2016.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. Disponível em <<http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788579872228/pages/-33>>. Acesso em: 03 out. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal. Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 8. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6772-7/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530969530/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 24 set. 2016.

NUNES, Adeildo. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973476/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Adeildo. **Da execução Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5009-5/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 17 set. 2016.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135413/cfi/0>>. Acesso em: 14 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 1948. Disponível em

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. ev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010268/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.101>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito Penal: Parte Geral**. Barueri: Manole, 2015.

Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449196/cfi/0>>. Acesso em: 03 set. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4536-7/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 14 set. 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal, parte geral**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620643/cfi/0>>. Acesso em: 19 out. 2016.

REVISTA Consultor Jurídico. **Com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano**. Conjur em 05 de outubro de 2016. Disponível em

<<http://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-priso-es-ano>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

RICHARD, Ivan. **Brasil faz uso abusivo da prisão provisória, diz estudo**. Agência Brasil em 27 de novembro de 2014. Disponível em

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-11/cadeias-brasileiras-abrigam-90-mil-presos-provisorios>>. Acesso em: 27 set. 2016.

SILVA, César Dario Mariano da. **Sanções por atos de improbidade também podem ter execução provisória.** Conjur em 28 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-28/cesar-dario-sancoes-improbidade-podem-execucao-provisoria>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139459/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 03 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional.** Conjur em 19 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

TORRANO, Bruno. **STF não fez uma leitura honesta do artigo 5º, inciso LVII da CF.** Conjur em 08 de março de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-08/bruno-torrano-stf-nao-fez-leitura-honesta-cf-antecipar-pena>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

WEISSHEIMER, Marcos. **Aumento de prisões agrava superlotação no RS.** Brasil 247 em 25 de setembro de 2015. Disponível em <<http://www.brasil247.com/pt/247/rs247/198380/Aumento-de-pris%C3%B5es-agrava-superlota%C3%A7%C3%A3o-no-RS.htm>>. Acesso em: 28 set. 2016.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant.** São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502182806/cfi/0>>. Acesso em: 06 out. 2016.