

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A POSITIVAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO MEIO DE
PROPICIAR EFICÁCIA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL**

Renato Augusto Bomfim

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A POSITIVAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO MEIO DE
PROPICIAR EFICÁCIA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL**

Renato Augusto Bomfim

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em direito, sob orientação do Professor Marcus Vinicius Feltrim Aquoti.

Presidente Prudente/SP

2019

Nº de chamada BOMFIM, Renato Augusto

A positivação da execução provisória da pena como meio de propiciar eficácia à aplicação da lei penal / Renato Augusto Bomfim - Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, 2019

Nº de folhas: 66 p.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2019.

1. Direito Processual Penal. I. A positivação da Execução Provisória da Pena como Meio de Propiciar Eficácia à Aplicação da Lei Penal

**A POSITIVAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO MEIO DE
PROPICIAR EFICÁCIA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito

Marcus Vinicius Feltrim Aquoti
Orientador

Jurandir José dos Santos

Deyvison Heberth dos Reis

Presidente Prudente, 28 de Novembro de 2019.

Pois bem, coragem! Envereda pelos caminhos da razão, confiando-te na piedade. Na verdade, nada existe que seja tão árduo e difícil que não se torne, com a ajuda divina, bem simples e fácil. E assim, orientados para Deus e implorando-lhe auxílio, havemos de investigar o tema que nos propusemos.

Santo Agostinho

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sem a necessária ajuda e inspiração divina não haveria como concluir o presente trabalho, sendo a Deus consagrado todo o esforço e labor aplicados nesta obra.

Agradeço aos meus pais, que desde minha concepção até os dias hodiernos sempre me apoiam em minhas escolhas e decisões, desde os difíceis dias em que exerci a profissão de Agente de Segurança Penitenciária no litoral paulista até os momentos de alegria e regozijo na aprovação no cargo em que atualmente me encontro investido.

Agradeço, ainda, a minha noiva e futura esposa, Nathália Bortolan Hodlich, bem como a sua família, por todo o apoio e auxílio material concedido a mim durante os estudos acadêmicos e a confecção do presente trabalho, sem o seu esteio eu não seria capaz de findar o curso de Direito.

Por fim, um agradecimento aos Mestres que aceitaram compor a minha banca examinadora, dr. Jurandir José dos Santos e dr. Deyvison Heberth dos Reis, bem como ao meu orientador, dr. Marcus Vinicius Feltrim Aquoti, por fazerem parte desta etapa tão relevante na minha formação acadêmica e por compartilharem um vasto conhecimento jurídico com aqueles que estão predispostos a aprender cada dia mais.

RESUMO

O presente trabalho está pautado em três principais baluartes: a necessidade de instituir no Brasil mecanismos que produzem um efeito dissuasório na prática de infrações penais, a implantação da execução penal provisória como forma de auxiliar nesse processo, e a positivação deste instituto para proporcionar segurança jurídica. Ainda, apresenta argumentos que explicitam a conformidade da execução provisória da pena com os princípios trazidos na Constituição Federal, pontuando sua similaridade com os pressupostos da prisão preventiva e demonstrando sua natureza jurídica cautelar sob um dos fundamentos que se encontra presente objetivamente em todas as ações penais com condenação em segundo grau: a asseguaração da aplicação da lei penal. Ademais, a reflexão sobre o tema permitiu concluir que a declaração de culpa do réu produz três efeitos principais: a fixação da pena, os efeitos civis da sentença penal condenatória e a formação de antecedentes criminais. Destarte, como a aplicação da lei penal exerce uma função social de prevenção-geral, existe a premente necessidade de sua execução ocorrer com razoável celeridade, sendo que a subsistência dos outros dois efeitos que atuam apenas na esfera individual do réu demonstra que há apenas uma mitigação do Princípio da Presunção de Inocência, o que é permitido a qualquer Direito Fundamental. A metodologia dialética ainda permitiu rechaçar a retórica de que a execução penal provisória seria uma espécie de “execução antecipada da pena”, uma vez que o avançado estágio em que se encontra a ação penal demonstra que a culpa se encontra integralmente formada, porquanto houve a análise e reexame dos fatos e das provas coligidas nos autos, restando apenas condição resolutiva de eventual decisão contrária a ser proferida nas instâncias extraordinárias em análise restrita a elementos de direito. Por fim, esclarece que a forma adequada para implantação da execução penal após o Acórdão condenatório é através da sua positivação em nosso ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo, derogando as disposições infraconstitucionais que atualmente as obstruem.

Palavras-chave: Efeito dissuasório. Execução penal provisória. Duplo grau de jurisdição. Efeitos da culpa. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The following work is based on three main ideas: the necessity of creating tools to produce deterrent effect in the practice of criminal offenses in Brazil; the implementation of provisory execution of a criminal sentence as a mechanism to help in this process; and the positivization of this institute to provide judicial security. Despite of, it brings arguments that show how the provisional execution of the sentence can be applied in conformity with the principles of the Federal Constitution, always pointing its similarity with the presuppositions of the pre-trial detention and demonstrating its precautionary nature, which is one of the foundations found objectively in all criminal processes with a second degree condemnation: shoring up the criminal law. Besides, the study about the theme allowed concluding that the guilt declaration causes three main effects: the establishment of the sanction, the civil effects of the criminal condemnation sentence and the formation of criminal records. Thus, as the application of the criminal law perform a social function of general-warning, there is a permanent necessity that its execution occurs with a reasonable celerity, because the subsistence of the other two effects demonstrate that there's only a mitigation of the Principle of presumption of innocence, what is possible to every fundamental right. The dialectic methodology still allowed moving away the rhetoric, which preaches that the execution of the conviction after condemnation in the second instance would be a kind of "previous execution of the sentences", once the advanced stage in which the process is found demonstrate that the guilt conviction is totally formed since there was an analyze and a review of the facts and profs of the process, subsisting only a resolute condition if an opposite sentence takes place in extraordinary instances with a restrict analyze of the law devices. At last, it clears up that the proper shape to the implementation of the provisional execution of a criminal sentence after the decision in second instance through the positivization in our ordinance by the Legislative Power, derogating the non-constitutionals devices that sustain it nowadays.

Keywords: Deterrent effect. Provisional criminal execution. Double degree of jurisdiction. Effects of guilt. Judicial activism.

SUMÁRIO

2 HISTÓRIA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: DOS PRIMÓRDIOS À CELEUMA SOBRE A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA	13
3 DO EFEITO DISSUASÓRIO EXERCIDO PELA APLICAÇÃO DA PENA.....	21
4 A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA E SUA CONSONÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	27
4.1 Da Prisão Preventiva: Requisitos e Fundamentos	27
4.1.1 Índícios suficientes de autoria e prova da existência do crime	28
4.1.2 Garantia da ordem pública	29
4.1.3 Conveniência da instrução criminal	30
4.1.4 Asseguração da aplicação da lei penal	31
5 DA FORMAÇÃO GRADATIVA DA CULPA E SUAS IMPLICAÇÕES	33
5.1 Dos Efeitos da Culpa.....	35
5.2 Da natureza cautelar da execução penal provisória.....	38
5.3 Prescrição da pretensão executória	40
5.4 Fundamento cautelar objetivo: <i>periculum in mora</i> e aplicabilidade da lei penal ..	41
5.5 Vedação a proteção insuficiente	43
6 A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NO DIREITO COMPARADO	45
7 A NECESSIDADE DA POSITIVAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	51
7.1 Da Usurpação de Função pelo Poder Judiciário	51
7.2 Da Instabilidade dos Precedentes do Supremo Tribunal Federal	55
8 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 126.292, impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinou a imediata execução da pena após a condenação do réu em segunda instância.

O histórico julgamento foi mais um marco na mudança de entendimento do Pretório Excelso, que até então mantinha o posicionamento externado no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078-MG (2009), de Relatoria do Ministro Eros Grau, o qual refutava a hipótese de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, excetuados os casos de subsunção aos pressupostos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal¹.

A compreensão hodierna ensejou ampla discussão acerca do tema, repercutindo em diversos casos levados aos Tribunais Superiores. A divergência exegética se dá principalmente em relação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, bem como se há ou não violação do artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual reza que a prisão somente poderá ser efetuada em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado ou no curso do processo, embasando-se nas prisões preventiva ou temporária, ambas sendo modalidades de prisão cautelar.

De outro giro, as prisões cautelares possuem pressupostos e requisitos expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico, cuja constitucionalidade é pacífica, sendo reconhecida tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátria, uma vez que a possibilidade está consubstanciada no artigo 5º, inciso LXI, da Carta Magna².

A execução penal provisória é tão controversa que os Ministros da mais alta Corte divergem entre si. Inclusive, é possível constatar votos paradoxais

¹ Artigo 312 do Código de Processo Penal: 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.

² Artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal: 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.

proferidos pelo mesmo Ministro em casos diversos acerca do tema em comento. Em seu voto no *Habeas Corpus* 126.292, Mendes (2016, p.6) entendeu que a prisão decretada em segunda instância é necessária, pois esgotadas as vias ordinárias, a sentença condenatória que impõe a pena privativa de liberdade torna-se um título exequível, demonstrando uma presunção relativa de culpa do indivíduo, o que torna legítimo o afastamento do princípio da Não-Culpabilidade. Não obstante, em seu voto proferido num interregno inferior a dois anos no *Habeas Corpus* 152.752, Mendes (2018, p.22) optou por modificar seu entendimento, exarando que o princípio da Presunção da Inocência não autoriza como necessária a prisão após o exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, devendo ser revestida de excepcionalidade.

Após toda a problemática decorrente do ativismo judicial que envolve o tema, o atual Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 882/2019 (BRASIL, 2019), o qual incluiria o artigo 617-A no Código de Processo Penal³, propondo a positivação da execução da pena após esgotados os recursos nas instâncias ordinárias.

O tema proposto é de extrema relevância para o meio acadêmico, visto que é um dissenso atual entre os operadores do direito e que precisa ser pacificado com necessária urgência, pois a instabilidade decorrente de interpretações diversas levam indivíduos que se encontram em conjunturas fáticas iguais a situações jurídicas distintas, ou seja, é possível que decisões judiciais referentes a circunstâncias homogêneas levem um indivíduo a se encontrar solto aguardando o deslinde processual enquanto outro irá se ver preso após a prolação do Acórdão em segunda instância.

Pois bem, o presente trabalho possui esteio em três fundamentos: o primeiro trata da necessidade de se conferir eficácia à aplicação da lei penal, ressaltando a relevância da função dissuasória que a pena deve exercer sobre a sociedade; o segundo – e mais relevante – trata da execução provisória da pena como um dos meios de se proporcionar a aludida eficácia, demonstrando a constitucionalidade do instituto sob a ótica de sua similaridade com os fundamentos da prisão preventiva, explanando, ainda, sobre a formação gradativa da culpa e seus

³ Texto proposto: Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

reflexos no Princípio da Não-Culpabilidade; o terceiro, por sua vez, visou defender que a positivação desta possibilidade em nosso ordenamento jurídico é extremamente necessária, pois o ativismo judicial não é o meio adequado para resolução da objeção, uma vez que decisões antagônicas sobre o tema ferem o direito fundamental à segurança jurídica.

A metodologia de pesquisa utilizada foi qualitativa, sendo empregado substancialmente o raciocínio dialético, estabelecendo-se uma tese: a possibilidade da execução provisória das penas privativas de liberdade e restritiva de direitos; uma antítese: a possível violação de norma e de preceitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal; e, por fim, a síntese, que foi o resultado da confrontação das ideias contrapostas.

Também foram utilizadas pesquisas bibliográficas e o método comparativo para elaboração do presente trabalho, buscando-se do Direito Comparado premissas que auxiliaram na conclusão do raciocínio dialético.

2 HISTÓRIA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: DOS PRIMÓRDIOS À CELEUMA SOBRE A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Durante o período colonial, em que o Brasil era subjugado às regras vigentes em Portugal, o sistema penal era regido pelas compilações de leis formuladas por aquele país, quais sejam: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas (posteriormente reformada pelo Código Sebastião⁴) e Ordenações Filipinas, que vigoraram até a proclamação de independência.

Tais compilações de leis previam penas terrivelmente cruéis, bem como miscigenavam o direito com moral e religião, como se pode observar na tipificação da “Sodomia”, prevista no Título XVIII, Livro V, das Ordenações Afonsinas, (1446, sp) cuja pena cominada era de morte por cremação, para que o corpo seja feito por fogo em pó:

E porque segundo a qualidade do pecado, affy deve gravemente feer punido: porem Mandamos, e poemos por Ley geeral, que todo homem, que tal pecado fezer, per qualquer guifa que feer poffa, feja queimado, e feito per fogo em poo, por tal que já nunca de feu corpo, e fepultura poffa feer ouvida memoria.⁵

Naquele período, além da malevolência das penas, a finalidade precípua da prisão era impedir a fuga do acusado do distrito da culpa até seu julgamento, revestindo-se de natureza estritamente cautelar, algo que já era adotado pelo Direito Romano e pelos povos indígenas no Brasil pré-colonial. Ainda, por não haver outros meios de coerção para o pagamento de débitos civis, a prisão também era aplicada como forma de compelir indivíduos inadimplentes a saldarem suas dívidas.

Contudo, as Ordenações do Reino foram pouco aplicadas no Brasil: as Afonsinas não tiveram eficácia alguma, pois vigoraram apenas até o ano de 1521, ocasião em que ainda não havia se instalado nenhuma colônia portuguesa nas terras tupiniquins; as Ordenações Manuelinas e Filipinas, por sua vez, tiveram apenas vigência formal, visto que as normas de conduta eram majoritariamente impostas

⁴ Compilado por Dom Duarte Nunes Leão

⁵ E porque segundo a qualidade do pecado, assim deve gravemente ser punido: porém Mandamos, e colocamos por lei geral, que todo homem que tal pecado fazer, por qualquer razão que possa ser, seja queimado, e feito por fogo em pó, por tal que nunca seu corpo e sepultura possa ser ouvida memória (tradução nossa).

pelos donatários das capitâneas hereditárias, que arbitravam as regras jurídicas que teriam aplicabilidade na região de seus domínios. Segundo Pierangeli (2001, p. 61):

Embora formalmente, as Ordenações Manuelinas e as compilações de Duarte Nunes de Leão vigorassem à época das capitâneas hereditárias e dos primeiros governos gerais, segundo o que se tem afirmado, no Brasil vigoravam as determinações régias, aliadas às Cartas de Doação, com força semelhante à dos forais, por elas regulando a justiça local. O Direito empregado, no período das capitâneas hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários. Aquelas legislações vigoravam, portanto, restritamente.

Considerando que a Colônia foi dividida em catorze capitâneas e entregues a doze donatários distintos, por corolário lógico, não havia uma homogeneidade no Direito, tampouco na forma de aplicação do Direito Penal.

Com a proclamação da independência (1822) e o advento da primeira Constituição Brasileira (1824), tornou-se imperiosa a necessidade de uniformizar o sistema penal brasileiro e torná-lo mais humano, adequando-o aos preceitos idealizados pelas revoluções americana e francesa. Destarte, em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império, abolindo a execução de penas cruéis e trazendo, enfim, a prisão como espécie de pena que, inspirada nos ideais iluministas, inaugurou a ideia da privação da liberdade como forma retributiva da conduta transgressora.

Além da reprimenda segregatória – que era a pena predominante – também havia previsão para penas de “morte, galés⁶, banimento, degredo, desterro, multa e as de prisão simples e prisão de trabalho, além de penas especiais para os escravos e funcionários públicos” (SALLA, 1999, p. 45).

Para instrumentalizar a aplicação das leis penais, tornou-se necessário a criação de normas procedimentais, o que ocorreu com a promulgação da Lei de 29 de novembro de 1832, que criou o Código de Processo Criminal de primeira instância. Neste regimento, elaborado com fulcro nos ideais do liberalismo, houve a implantação de diversas garantias aos cidadãos, como a criação dos Juizes de Paz, possibilidade de qualquer do povo promover ação penal popular e, mais importante, foi a primeira norma jurídica pátria a prever ordem de *Habeas Corpus* a quem sofrer prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, sendo possível a impetração

⁶ Pena de trabalho forçado em que os condenados eram obrigados a remarem nas galés (navios de guerra).

por qualquer do povo, independente de custas ou capacidade postulatória, ou ser concedida de ofício pelo Juiz.

No tocante às prisões, o Código trazia três possibilidades: a prisão em flagrante delito, a prisão sem culpa formada e a prisão decorrente de sentença penal condenatória. A primeira não difere da aplicada hodiernamente; a prisão sem culpa formada equivale às prisões preventivas, as quais poderiam ser decretadas antes da sentença por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, conforme trazia o artigo 175⁷ do aludido *códex*.

Em relação à prisão decorrente de sentença penal condenatória, nota-se que, em que pese a Constituição Federal de 1824 prever implicitamente o Princípio do duplo grau de jurisdição, conforme se extrai dos artigos 158⁸, 163⁹ e 164, inciso I¹⁰, da referida Carta Magna, o Código de Processo Criminal de primeira instância dispunha no artigo 165, § 3º (BRASIL, 1832), que “Os efeitos da pronuncia são: ser preso, ou conservado da prisão, em quanto não prestar fiança nos casos em que a Lei a admite”. Assim, extrai-se da norma citada que o recolhimento ao cárcere do acusado após a condenação já em primeira instância era obrigatório.

Em 1841 houve a edição do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, que reformou do Código de Processo Criminal do Império, cuja alteração substancial consistiu em descentralizar o poder dos Magistrados para delegá-los aos Chefes de Polícia. Esta reformulação foi uma reação dos conservadores, objetivando a revisão da anterior ordem jurídica que consideravam extremamente progressista.

No tocante à execução penal, não houve mudanças significativas, persistindo ainda como regra a execução da pena após a formação da culpa em

⁷ Artigo 175 da Lei de 29 de Novembro de 1832: Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da autoridade legítima.

⁸ Artigo 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos.

⁹ Artigo 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles, que se houverem de abolir.

¹⁰ Artigo 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

primeira instância que, agora, foi atribuída aos Delegados de Polícia, conforme artigo 289¹¹ da aludida lei.

Em 1871 o Código de Processo Penal sofreu uma nova reforma, cuja modificação principal consistiu na criação do Inquérito Policial, instrumento administrativo apto a formalizar a colheita de provas que é empregado até os dias atuais. Com a criação deste aparato, houve uma delimitação mais clara entre as funções da polícia e da judicatura, algo que se confundia no Código anterior, pois a descentralização do poder dos Magistrados causou certo imbróglio entre as atribuições jurisdicionais e as policiais, incumbindo, por exemplo, aos Delegados de Polícia proceder à formação da culpa em crimes de menor potencial ofensivo e aos Juízes a denunciar *ex officio* os crimes públicos. Em suma, a implantação do Inquérito Policial feita com o advento da referida reforma proporcionou a institucionalização do sistema acusatório mitigado (ou sistema misto), que é o modelo atual vigente em nosso país, cindindo a persecução penal em duas fases: sendo a primeira inquisitiva, presidida por uma autoridade policial, cuja função precípua é a colheita unilateral de provas a fim de subsidiar a *opinio delicti* ao órgão acusatório, e a segunda acusatória, que ocorre com a instauração da ação penal, sendo marcada pela separação entre o órgão acusatório e o órgão julgador, bem como pela observância de direitos e garantias fundamentais ao acusado.

Com a Proclamação de República (1889), foi Promulgada a Constituição Federal de 1891, a qual fixou a competência de legislar sobre processo penal aos estados-membros, traçando apenas diretrizes que deveriam ser observadas pelo legislador local. Todavia, a mudança de competência não implicou em alteração substancial das normas, adotando-se basicamente o mesmo texto do Código de Processo Criminal do Império por todos os estados.

A delegação de poderes aos governantes locais resultou na politização da judicatura, que passou a servir como instrumento político aos chefes dos estados. Inobstante à Proclamação da República, o ingresso na Magistratura ainda era

¹¹ Os Delegados e Subdelegados, que tiverem pronunciado ou não pronunciado algum réo, remetterão imediatamente o processo ao Juiz Municipal do respectivo termo para sustentar ou revogar o despacho de pronuncia, ou não pronuncia. No caso de não pronuncia e de estar o réo preso (ou porque o fosse em flagrante, ou antes da culpa formada, nos casos em que essa prisão tem lugar) não será solto antes da decisão do Juiz Municipal (art. 49 da Lei de 3 de Dezembro de 1841). No de pronuncia porém expedir-se-ha mandado de prisão, antes da remessa do processo ao dito Juiz, que dará a sua decisão e o devolverá com a maior brevidade possível (sic).

reproduzido na forma prevista no Império, sendo os juízes investidos por indicação do Presidente da República, o que fomentava o viés político do cargo.

Com isto, o Poder Judiciário era subjugado à política local, que praticamente servia integralmente a elite agrária. Com efeito, a necessidade de mitigar o poderio local resultou num colapso que levou à ascensão do então governador do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas, à Presidência da República.

Segundo Shirley (1987, p. 85), a proposta de Vargas era “romper o poder político e jurídico da velha elite proprietária de terras, federalizando as leis eleitorais e as forças policiais estaduais”, instalando, para tanto, uma nova ordem constitucional. Por corolário, a Constituição outorgada em 1937 novamente estabeleceu a competência de legislar sobre matéria penal à União, cumprindo privativamente ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei, pois “o melhor instrumento para valer a nova ordem é indubitavelmente o direito penal que se normatizava ao talante do opressor” (PIERANGELI, 2001, p. 77). Por conseguinte, em 7 de dezembro de 1940 e, logo após, em 3 de outubro de 1941, foram editados os Decretos-Leis nº 2.848 e 3.689, que instituíram os atuais Código Penal e Código de Processo Penal, respectivamente, os quais passaram a vigorar no ano seguinte.

A norma processual penal vigente alterou substancialmente o texto anterior, sendo que as principais consistiram na instalação efetiva do contraditório, a separação completa das funções acusatória e julgadora, a restrição da competência do Júri e a eliminação total de procedimentos *ex officio* (MIRABETE, 2006, p.18).

Pois bem, no tocante ao momento oportuno para início da execução da pena, o atual Código inaugurou uma celeuma entre os operadores do direito que se estendeu por décadas. Conforme se extraía da leitura dos artigos 393, inciso I¹², e 594¹³, ambos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a prisão decorrente de sentença penal condenatória era regra em nosso ordenamento jurídico, sendo excepcional a possibilidade de o réu livrar-se solto para recorrer, mantendo o vetusto sistema previsto no Código de Processo Criminal do Império. Ainda, o artigo 596¹⁴ do aludido *códex* impossibilitava até mesmo a soltura do réu se proferida sentença

¹² Artigo 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

¹³ Artigo 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

¹⁴ Artigo 596. A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

absolutória pelo Juízo de primeiro grau, caso houvesse interposição de recurso por parte da acusação e a pena máxima cominada para o crime imputado fosse igual ou superior a oito anos.

Já nos primeiros anos de vigência surgiram alguns imbróglios no tocante à aplicação prática destes dispositivos. Segundo a obra de Espíndola (1955, p. 177), em 1944 a 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo mitigou a obrigatoriedade de recolhimento do réu ao cárcere nos crimes inafiançáveis como condição para conhecimento da apelação, excetuando da regra os casos em que o réu é revel e tem a nomeação de defensor dativo para atuar no processo. Como fundamento, adotou-se o critério de que as prerrogativas de atuação do defensor dativo devem ser amplas e livres de restrições (inteligência do artigo 122, item 11, *in fine*, da Constituição de 1937¹⁵), privilegiando-as em detrimento à regra infraconstitucional de recolhimento do réu ao cárcere.

Todavia, este episódio foi apenas o primeiro de uma série de discussões que envolvem os artigos suscitados. O dispositivo que trazia a regra de vedação à soltura do réu absolvido foi derogado pela lei nº 263 de 1948, poucos anos após o início de sua vigência. Já a controvérsia que envolve a obrigatoriedade da prisão para apelar da sentença se estendeu por algumas décadas.

Malgrado o atual Código de Processo Penal tenha sido editado em 1941 pelo governo ditatorial de Getúlio Vargas, a legislação extravagante foi paulatinamente alterando seu conteúdo e a interpretação dada aos seus dispositivos, dentre as quais frisamos a introdução em nosso ordenamento jurídico da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a qual reforçou a ideia de que ninguém poderá ser considerado culpado até a condenação. Encetou-se, assim, o debate acerca da violação do princípio da presunção de inocência nos casos de prisão sem culpa formada.

Ademais, a promulgação da Constituição Federal de 1988 estendeu o *status* de inocente ao acusado até a sentença irrecorrível, conforme trouxe o artigo 5º, inciso LVII, da referida Carta, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por conseguinte, diversos questionamentos foram levados às Cortes acerca da possibilidade de violação do princípio da Presunção de Inocência nos casos de obrigatoriedade do réu recolher-se

¹⁵ (...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.

à prisão para apelar, até que em 1990 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 9, a qual dispunha que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Contudo, a referida súmula perdeu a eficácia com o advento da lei nº 11.719 de 2008, a qual revogou integralmente o artigo 594 do Código de Processo Penal.

No ano subsequente, também houve importante mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da execução da pena após exaurida a possibilidade de recursos em segunda instância. Prevalencia, até então, o entendimento externado em 2002 no julgamento do *Habeas Corpus* 82.490-RN, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual fixou a tese de que a interposição de recursos sem efeito suspensivo não possuía o condão de impedir o início da execução da pena. Todavia, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078-MG (BRASIL, 2009), de relatoria do Ministro Eros Grau, por maioria de votos, o Plenário da Corte deliberou por alterar sua jurisprudência para fixar o entendimento de que a execução da pena antes do trânsito em julgado equivaleria a antecipação da execução penal, o que seria incompatível com os Princípios da Não-Culpabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana. Todavia, não declarou a inconstitucionalidade da norma trazida no artigo 637¹⁶ do atual Código de Processo Penal, a qual não atribui efeito suspensivo à interposição de Recurso Extraordinário.

Após menos de uma década, contudo, novamente o Pretório Excelso mudou seu entendimento, causando praticamente um efeito repristinatório de sua jurisprudência. Em 2016, através do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292-SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, por maioria de votos (7 vencedores contra 4 vencidos), o Pleno decidiu que a execução da pena decorrente de acórdão condenatório não viola o Princípio da Não-Culpabilidade, sob o fundamento de que os recursos interpostos nas instâncias extraordinárias não possuem efeito suspensivo e que o aludido Princípio não deve ser aplicado de forma irrestrita. Contudo, o atual entendimento encontra óbice na vigência do artigo 283¹⁷ do Código de Processo Penal, o qual traz as hipóteses em que o acusado poderá ser levado à prisão,

¹⁶ Artigo 637 do Código de Processo Penal: o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

¹⁷ Artigo 293 do Código de Processo Penal: 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.

englobando taxativamente três situações: flagrante delito, prisão cautelar e prisão pena, sendo que esta última impõe expressamente a necessidade do trânsito em julgado para sua aplicação.

Interessante observarmos que o embate envolvendo a constitucionalidade da prisão do réu após a formação da culpa não é de hoje discutida nos Tribunais, envolvendo desde argumentos que vão de prerrogativas do defensor dativo a fundamentos atualmente pautados na famigerada Presunção de Inocência. Todavia, destaca-se algo em comum entre todos os casos acima lançados: historicamente, o Poder Judiciário trata do tema em controle difuso de constitucionalidade de forma a ignorar o texto infraconstitucional, proferindo por diversas vezes julgamento *contra legem*, sacrificando a estabilidade da ordem jurídica que deve prevalecer num Estado Democrático de Direito.

3 DO EFEITO DISSUASÓRIO EXERCIDO PELA APLICAÇÃO DA PENA

Antes de aprofundarmos no tema principal, mostra-se oportuno abrir um tópico para destacar a relevância da qual se reveste a aplicação da lei penal e a adoção de mecanismos que propiciam atingir sua finalidade que, precipuamente, busca a pacificação social.

Atualmente, muito se fala da função preventiva especial da pena em detrimento à sua função retributiva. A primeira busca predominantemente a ressocialização do indivíduo no intento de evitar a reincidência penal, enquanto a segunda ocupa-se basicamente na resposta estatal ao ato delituoso. Todavia, nota-se uma demasiada preocupação em buscar meios de reinserir o transgressor ao convívio social e ignoram que, por vezes, o indivíduo está imerso na criminalidade justamente por não existir meios suficientes para reprimir a conduta delituosa. Ademais, para estes indivíduos a segregação também é um meio eficaz de evitar a reiteração de crimes que desassossegam a população.

É inolvidável que os estudos acadêmicos contribuem sobremaneira para o avanço social, todavia, ater-se exclusivamente às teorias emanadas das academias e ignorar seus reflexos no plano sensível é um erro. A grande maioria das políticas penais advindas do meio acadêmico e adotadas pelo poder público são embasadas na ideia de reinserção do transgressor ao meio social, a qualquer custo. Todavia, temos que estas políticas são absolutamente sofismáveis, idealizando uma realidade que não existe, manipulando-a para transmitir a falsa percepção de que o Estado cumpre com um pseudodever de zelar pela manutenção do criminoso no meio social.

Pois bem, não deve ser função do Direito Penal agir pós-fato no sentido de corrigir distorções sociais atribuídas a outras áreas, buscando reinserir transgressores ao convívio social através de benevolências concedidas durante a execução da pena, pois acima de tudo o Direito Penal deve exercer uma função de coação indireta sobre as pessoas, agindo de forma preventiva à prática do delito. Nesse sentido, Roxin (1997 apud FEUERBACH, 1801, p.90) exalta a “teoria da coação psicológica”, a qual harmoniza conceitos da teoria retributiva com o utilitarismo penal. Vejamos:

Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidade, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión¹⁸

A execução penal voltada quase que exclusivamente à preocupação em reinserir o transgressor ao meio social faz com que a pena perca sua função de prevenção-geral, pois a retribuição penal demasiada condescendente não é apta a evitar a ocorrência de novos crimes praticados pelos demais. Não são poucas as vezes que nos deparamos com a divulgação de benefícios como saídas temporárias ou progressão de regime a criminosos que praticaram atos bárbaros, causando revolta social e transmitindo de forma subliminar a mensagem de que o crime compensa.

Importante anotar que não se busca aqui elidir programas que visam a reabilitação do preso, mas apenas asseverar que a atuação pós-fato com a finalidade de prevenção-especial deve ser objeto de outras disciplinas.

Para conhecer as implicações práticas dos programas de ressocialização adotados no Brasil é necessário conhecer mais a fundo fenômenos criminológicos atuais, pois não há como infirmar que programas sociais são capazes de dissuadir a atividade criminosa sem que conheçamos a subcultura do crime. Tomando emprestado o ensinamento advindo do empirismo britânico de Locke (1999, p.248): “como podemos estar seguros que esta ou aquela qualidade está no ouro, quando não sabemos o que é ou não o ouro?” Noutros termos, é impossível alcançar uma cura sem, primeiramente, conhecer profundamente a doença, sob pena de recair em soluções paliativas que atacam tão somente seus sintomas, mas não a causa.

Certo é que as políticas voltadas à ressocialização do preso contribuem para uma parcela da população carcerária que desperta o desejo de não mais delinquir, possuindo relevância ímpar em dissuadir a reincidência neste tipo de transgressor. Todavia, o panorama atual dos presídios no Brasil e o perfil da grande maioria dos encarcerados nos remete a uma realidade absolutamente contrária à ressocialização, notadamente pelo domínio exercido por facções criminosas que atuam dentro e fora dos presídios, recrutando paulatinamente novos membros.

¹⁸ Todas as infrações têm o fundamento psicológico de sua origem na sensualidade, a ponto de a faculdade do desejo do homem é motivada pelo prazer da ação de cometer o ato. Este impulso sensitivo pode ser suprimido, sabendo cada qual com toda segurança que seu ato será seguido de um mal inevitável, que será maior que o desagrado que surge do impulso na satisfação pela comissão (tradução nossa).

Os integrantes destas facções seguem regimentos e códigos de conduta próprios, elaborados por seus fundadores e líderes, formando uma estrutura organizada com leis e sanções próprias, constituindo verdadeiramente um Estado paralelo que rege e determina a conduta de seus membros. Para estes elementos, o que produz o efeito dissuasório é seu estatuto, mas tal efeito não recai sobre os crimes previstos na legislação penal, mas sim em condutas proibidas pelo seu regimento interno.

Este efeito dissuasório ocorre devido a dois fenômenos principais: o rigor da sanção e a certeza da punição, o que é ínsito da função retributiva da pena. O estatuto elaborado pela facção Primeiro Comando da Capital retrata bem o panorama aqui suscitado, vejamos o item 17 do aludido regimento:

O integrante que vier a sair da Organização e fazer parte de outra facção caguetando algo relacionado ao Comando será decretado¹⁹ e aquele que vier a mexer com a nossa família terá a sua família exterminada. O Comando nunca mexeu com a família de ninguém e tais não terão paz. Ninguém é obrigado a permanecer no Comando, mas o Comando não vai ser tirado por ninguém (sic).

Nota-se que a cominação da pena para quem infringe a referida norma imposta pelo “legislador” é a de morte. Neste diapasão, cumpre anotar que as penas previstas em seu parco regimento são eximamente executadas, sendo o transgressor levado a julgamento por “juízes” investidos pelo tribunal do crime, cuja sentença é irrecorrível.

Em 2012, a Polícia Civil do Estado de São Paulo encontrou um livro contendo as “sentenças” proferidas pelo tribunal do crime, tratava-se de uma ata bem organizada, contendo relatório e dispositivo de cada caso. Em um dos relatos, registrou-se que três membros da citada facção criminosa praticaram um assalto e abuso sexual contra a companheira de outro elemento que ocupava posição hierárquica de destaque na organização, persistindo no intento ainda depois de ser alertado sobre a vítima ser uma “cunhada”²⁰. No desfecho, não houve a observância de garantias fundamentais; não houve o acatamento aos Direitos Humanos; ainda, a execução da pena não foi voltada à tentativa de reintegrar o transgressor à facção criminosa. As penas aplicadas foram: morte ao que abusou da “cunhada”, fratura dos

¹⁹ Termo utilizado para se referir a pena de morte

²⁰ Termo utilizado para se referir a companheira de um membro da facção Primeiro Comando da Capital

braços e/ou pernas do elemento que participou do assalto sem abusar da vítima, e espancamento ao que auxiliou ambos dirigindo o veículo. A sentença foi assinada pelos apenados e a execução da pena foi imediata, sem direito a recurso.

Segundo um levantamento feito pelo *site* G1, no ano de 2017 foram constatados 35 (trinta e cinco) julgamentos feitos por “tribunais” do crime no estado de São Paulo (TOMAZ; ARAÚJO; REIS, 2017). Considerando que em meados de 2018 a facção contava com aproximadamente 30.000 (trinta mil) membros²¹, a taxa de transgressão às suas regras corresponde 0,12%. De outra banda, naquele ano foram distribuídas 741.380 (setecentos e quarenta e um mil, trezentos e oitenta) ações penais no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²², sendo que o censo populacional do ente federativo em meados de 2018 era de 45.538.936 (quarenta e cinco milhões, quinhentos e trinta e oito mil, novecentos e trinta e seis)²³, o que corresponde a uma taxa de transgressão de 1,63%.

Denota-se dos dados acima que a incidência de crimes contra o Estado é treze vezes maior quando comparado às infrações cometidas contra a facção criminosa, isto ainda sem considerar questões subjetivas (integrantes de facção possuem em sua maioria características de biocriminosos puros, que são predispostos à transgressão). Com estes dados, nos resta a seguinte reflexão: mesmo tratando-se de sujeitos habitualmente transgressores, por que a incidência de infrações é tão menor relativamente às regras do crime organizado?

A resposta pode ser encontrada voltando-se a atenção à função retributiva da pena, cujo ensinamento é de que a sanção deve ser aplicada proporcionalmente ao delito cometido. Ademais, quando se é aplicada rigorosamente uma punição pela conduta típica praticada, notadamente quando se tratar de infrações graves, naturalmente a pena passa a exercer uma função de prevenção-geral na sociedade, desestimulando os demais a delinquir e, por conseguinte, reduzindo a criminalidade.

Por outro lado, quando o sistema penal é condescendente, com políticas criminais demasiadamente voltadas ao desencarceramento e reinserção precoce do

²¹ Dados obtidos da operação *Echelon*, deflagrada pela Polícia Civil de Presidente Venceslau – SP em conjunto com o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO)

²² Fonte: Dados estatísticos da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, Comunicados CG nº 593/2017, 676/2017, 1024/2017, 1385/2017, 1519/2017, 1739/2017, 1949/2017, 2229/2017, 2434/2017, 2653/2017, 2806/2017, 194/2018.

²³ Fonte: IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sp/.html?> Acesso em: 02 ago. 2019.

indivíduo à sociedade, a mensagem que se transmite é de que o Estado tolera a prática criminosa, indo de encontro à finalidade preventiva-geral da pena e, não só, exercendo justamente o papel contrário, encorajando aqueles que estão propensos a prática de algum delito.

Neste sentido, insta salientar que a força do efeito dissuasório não advém de políticas que buscam amenizar a execução penal a ponto de torná-la tão indulgente que faça com que o crime compense. Segundo Reis e Santin (2019, p. 17):

Note-se que é necessário um juízo de certeza da punição estatal e a efetividade da sanção (além de sua proporcionalidade), pois, se a pena se der num mundo de faz de conta ou de forma condescendente, mesmo que haja a certeza de sua aplicação, o criminoso entenderá que o crime compensa e não haverá dissuasão em sua decisão racional.

Antes de transgredir determinada norma, ainda que de forma rápida e inconsciente, o indivíduo exerce um juízo de valor acerca da conduta e suas implicações, isto é corroborado pelos dados acima lançados: o criminoso demonstra mais respeito às normas de uma facção criminosa do que às leis do Estado. Ainda, corroborando com o entendimento acima delineado, Campos apud Becker (2008, p.2):

A decisão de cometer um crime resultaria, portanto, da maximização da utilidade esperada em que o indivíduo calcula os frutos ganhos da ação criminosa, o valor da punição e as probabilidades de detenção e de aprisionamento

Destarte, se não houver meios suficientes para desencorajá-lo, concluirá pela prática do delito, pois quando se tem um sistema penal moroso e condescendente, a vantagem obtida com o crime supera as perdas impostas pela sanção.

Por óbvio, cumpre esclarecer que não se defende a imposição de penas tão horrendas e cruéis a ponto de equiparar as penas do Estado com o terror disseminado por criminosos em seu meio, mas tão somente cotejar dois extremos para frisar que o sobrepujamento indulgente de nossa legislação penal é insuficiente para reprimir a conduta transgressora.

Atendo-se às lições de Beccaria (1764, p.89): “o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação” e, aliando-se, ainda, à filosofia empírica de Locke, conclui-se que a experiência obtida com o fenômeno criminológico atual existente no país nos alerta que – para se atingir a finalidade da lei penal de pacificação social – a repressão de crimes deve ser feita introduzindo no âmago das

peçoas a certeza de que o delito cometido será proporcionalmente retribuído pelo Estado, executando-se a pena com igual rigor.

4 A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA E SUA CONSONÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Após um breve esboço acerca da importância do rigor que se deve revestir a lei penal, cumpre-nos adentrar especificamente na relevância de executá-la de igual modo, refutando a ideia de que a austeridade na execução penal implica na inobservância de direitos e garantias fundamentais.

O cerne do problema não está na previsão dos crimes e na cominação das penas do Direito Penal pátrio que, inclusive, até excedem o necessário, ocupando-se de forma descabida de infrações como ofensas à honra e condução de veículos sem habilitação, por exemplo. A problemática se dá principalmente na forma da execução penal vigente em nosso país, a qual busca a toda prova evitar o encarceramento do indivíduo transgressor, ainda que para isto se despreze a efetividade da persecução penal.

Neste diapasão, a execução da pena após exaurida a apreciação dos fatos se mostra racional para propiciar eficácia à aplicação da lei penal, retribuindo a conduta transgressora em tempo razoável e evitando, assim, a dilatação do trâmite processual apenas para o fim de procrastinar a execução da pena ou de se buscar a impunidade através da superveniência de eventual prescrição.

Para tanto, a fim de demonstrar a consonância da execução provisória da pena com os preceitos trazidos pela Constituição Federal, traça-se um paralelo entre este instituto com os pressupostos da prisão preventiva.

Diversamente da forma com que é abordada a execução provisória da pena no Brasil, a prisão preventiva possui requisitos e fundamentos expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico, cuja constitucionalidade é pacífica. Destarte, antes de aprofundarmos na similaridade entre os institutos, se faz necessário breves explanações acerca dos pressupostos da prisão preventiva.

4.1 Da Prisão Preventiva: Requisitos e Fundamentos

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar que poderá ser decretada pela Autoridade Judiciária durante o inquérito policial ou no curso da ação

penal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Para que sua decretação esteja revestida de legalidade deverá haver indícios suficientes de autoria do crime e a prova da materialidade delitiva (denominado pela doutrina de *fumus comissi delicti*), aliado a um dos fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (denominado de *periculum libertatis*), quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal. Importante observar que sempre haverá a presença dos dois requisitos cumulativos e de um dos quatro fundamentos da prisão preventiva, que serão aplicados alternativamente.

Cuida-se de uma espécie de prisão em que não foi exaurida a instrução probatória, sendo extremamente comum deparar-se com a conversão da prisão em flagrante delito por prisão preventiva ainda em sede de cognição sumária, observando-se, por óbvio, a presença dos pressupostos supracitados, os quais serão brevemente explanados nos subtópicos a seguir.

4.1.1 Indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime

Como dito alhures, trata-se de requisitos cumulativos. Assim, somente é lícito ao Juiz decretar a prisão preventiva do indivíduo se houver prova da existência do crime e indícios suficientes de que ele concorreu para a infração penal.

Importante consignar que indícios suficientes de autoria delitiva não se confunde com mera suspeita, pois devem haver fundadas razões para que o indivíduo seja levado prematuramente ao cárcere. Para Nucci (2011, p. 608) “a lei utiliza a qualificação suficiente para demonstrar não ser qualquer indício o demonstrador da autoria, mas aquele que se apresente convincente, sólido”. Destarte, em que pese a impossibilidade de se chegar a uma prova plena acerca da autoria delitiva em análise perfunctória, antes de determinar a prisão provisória do indivíduo, o Magistrado deve cautelosamente avaliar os poucos elementos que tem em mãos e, por indução, correlacionar fundamentadamente as circunstâncias em que ocorreram o crime com a conduta do averiguado.

Quanto a prova da existência do crime, a expressão refere-se a não pairar dúvidas sobre a ocorrência da infração penal. Neste diapasão, compreende-se que o legislador não exigiu que a materialidade delitiva seja definitivamente

comprovada - pois não se pode olvidar que todas estas circunstâncias ainda estão sendo analisadas de forma sumária -.mas tão somente o juízo de certeza capaz de ser extraído das provas amealhadas e disponíveis até o momento. Como exemplo, podemos citar o laudo de constatação preliminar no crime de tráfico de drogas que, embora não tenha o condão de fazer prova definitiva, é documento idôneo para demonstrar que as substâncias apreendidas possuem as características típicas de entorpecentes.

A exegese acima delineada encontra égide em precedente emanado pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento do *Habeas Corpus* 50.376, compilado na Revista Trimestral de Jurisprudência, cujo Ministro Relator Gallotti (BRASIL, 1973, p.84) em seu voto expressa que “não se pode exigir, para a prisão preventiva, a mesma certeza que se exige para a condenação”. Anote-se que o entendimento pretoriano, embora vetusto, vigora até os dias atuais.

4.1.2 Garantia da ordem pública

Em proêmio, cumpre anotar que o ordenamento jurídico pátrio prevê como motivo ensejador da custódia cautelar tanto a garantia da ordem pública como a garantia da ordem econômica. Todavia, desnecessárias maiores considerações acerca deste último, instituído pela Lei Antitruste de 1994²⁴, uma vez que se encontra ínsito no fundamento da garantia da ordem pública.

Trata-se do fundamento mais abrangente, capaz de permitir maior discricionariedade dos Magistrados na prestação jurisdicional, uma vez que o legislador deixou a encargo da doutrina a definição do conceito de ordem pública. Para Nucci (2011, p. 608) “entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito”.

Contudo, é unânime que não é qualquer delito que legitima a decretação da prisão extemporânea do transgressor, mas aquele capaz de turbar a sociedade de tal forma que se faz necessária uma resposta ágil do Estado, antepondo a paz social à liberdade do indivíduo.

²⁴ O artigo 86 da Lei 8.884, de 11 de Junho de 1.994, introduziu a garantia da ordem econômica como fundamento da prisão preventiva.

O clamor social, todavia, não se confunde com o objeto material do crime. É perfeitamente possível que a infração penal atinja o bem jurídico de uma única vítima e, ainda assim, provoque sobremaneira repulsa que a liberdade do transgressor passa a gerar medo e angústia entre os indivíduos de determinada comunidade. Compactua deste entendimento Grecco Filho (2009) ao consignar em sua obra que “ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo”. O legislador também externou este entendimento ao redigir o artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal²⁵ (BRASIL, 1941), que possibilita a decretação da prisão preventiva do indivíduo em determinados crimes contra a pessoa, a fim de efetivar as medidas protetivas de urgência concedidas.

Ainda, a reiteração em crimes dolosos praticados por determinado agente também é capaz de ensejar a sua custódia cautelar, porquanto seu comportamento habitualmente transgressor desassossega o meio social em que vive, legitimando a ação do Estado em segregá-lo para restabelecer a ordem pública.

Por fim, a gravidade do crime praticado, por si, não é suficiente para justificar a prisão preventiva como garantia da ordem pública, que deve ser pautada no binômio periculosidade do agente e repercussão social da conduta.

4.1.3 Conveniência da instrução criminal

Este fundamento está estritamente relacionado a instrumentalidade do processo. Assim, o indivíduo que se comporta de maneira a embaraçar o regular andamento do feito, coagindo testemunhas, ameaçando os sujeitos processuais ou destruindo provas, poderá ter sua prisão preventiva decretada a fim de se buscar a efetividade da prestação jurisdicional, que deve estar livre de qualquer interferência indevida. Em outras palavras, pode-se concluir que manter a marcha processual livre de embaraços é a contraprestação do jurisdicionado pela garantia do devido processo legal.

²⁵ Artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal: Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [...] 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

Vale ressaltar que o momento para decretação da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal não está adstrito a fase de produção de provas, sendo possível sua aplicação desde a instauração do inquérito policial até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.1.4 Asseguração da aplicação da lei penal

A ocorrência de um crime faz emergir uma pretensão punitiva do Estado. A persecução penal tem por objetivo legitimar o *jus puniendi*²⁶ para, ao deslinde, aplicar a lei ao indivíduo que transgrediu uma norma penal. Assim, este fundamento nos remete ao conceito semântico de eficácia.

Eficácia é a certeza de um bom resultado ao final de um trabalho. Seria inócua toda a mobilização do Ministério Público, do Poder Judiciário e, por vezes, da Defensoria Pública, se o jurisdicionado demonstrasse a todo tempo que pretende se furta da aplicação da lei penal.

Destarte, determinados comportamentos induzem a concluir que o indivíduo não está disposto a colaborar com o resultado útil do processo, caso lhe seja desfavorável. Mudança de domicílio sem comunicar ao juízo e fuga do distrito da culpa são exemplos de condutas que legitimam a custódia cautelar do averiguado para assegurar a aplicação da lei penal.

Todavia, não são somente as atitudes extraprocessuais que demonstram a intenção do agente em se ver isento do poder punitivo estatal.

Em virtude de exercer jurisdição sobre todo o território nacional, sabe-se que as instâncias superiores não possuem o apresto necessário para o julgamento célere dos recursos interpostos nas ações individuais. Somente no ano passado foram recebidos 101.497 (cento e um mil quatrocentos e noventa e sete) novos processos no Supremo Tribunal Federal, sendo encerrado o referido exercício com 38.675 (trinta e oito mil, seiscentos e setenta e cinco) pendentes de julgamento²⁷.

Em razão dos vultuosos números supracitados, muitos se valem dessa fragilidade do sistema brasileiro para tentar alcançar o decurso do tempo necessário

²⁶ Direito de punir do Estado

²⁷ Dados extraídos do Relatório de Atividades do Supremo Tribunal Federal

para se atingir prescrição da pretensão punitiva ou executória do Estado, interpondo uma série de recursos protelatórios que visam manifestamente conseguir tal intento.

Com efeito, embora seja lícito buscar a reforma de um pronunciamento judicial desfavorável, o excesso de insurgência também possui o condão de demonstrar a intenção do réu em eximir-se da aplicação da lei penal. Neste diapasão, no emblemático julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 795.577 (BRASIL, 2011) interposto pela defesa de Pimenta Neves na Excelsa Corte, foi determinada a imediata execução da pena privativa de liberdade do réu após o Ministro Relator Celso de Mello negar provimento ao recurso, qualificando o exercício da defesa como “ampla, extensa e intensa” (2011, p. 654). Em Plenário, a Ministra Ellen Gracie ainda acrescentou que “diria até exagerada, permitida naturalmente pela legislação brasileira” (2011, p.655).

Destarte, o fundamento da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal é pautado no binômio risco e eficácia: o risco advém do comportamento apresentado pelo jurisdicionado (tanto no processo como fora dele) e eficácia é a certeza da aplicação do provimento jurisdicional.

5 DA FORMAÇÃO GRADATIVA DA CULPA E SUAS IMPLICAÇÕES

Entendendo um pouco sobre os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, é possível vislumbrar que a possibilidade da execução provisória da pena sob a ótica de uma natureza cautelar adequa-se aos preceitos constitucionais trazidos em nossa Carta Magna, pois o estágio avançado em que se encontra o processo proporciona um juízo de certeza acerca da autoria e materialidade delitiva, aliado aos fundamentos acima expostos, que entendemos estarem presentes objetivamente em todo processo cujo provimento jurisdicional condenatório é confirmado em segunda instância.

É inoidável que nossa Carta Magna garanta a todo cidadão o direito de presumi-lo inocente até que se comprove sua culpa, fazendo com que o ônus de romper esta proteção principiológica da presunção de inocência recaia sobre o acusador. Todavia, qual fase da marcha processual é bastante para considerar formada a culpa do acusado?

Como visto no tópico anterior, o ordenamento jurídico pátrio autoriza a prisão cautelar do acusado ainda em sede de cognição sumária, onde a culpa do indivíduo se baseia unicamente em indícios de autoria do ilícito penal e prova relativa da sua existência e, ainda assim, sua conformidade com a Constituição Federal é pacificamente reconhecida. Assim, tem-se que a intensidade do *periculum libertatis* nesta fase processual é determinante para legitimar a segregação cautelar do indivíduo, isto em detrimento à culpa ainda não formada.

Com efeito, todo indivíduo nasce gozando do estado de inocência, que somente poderá ser atacado após a imputação de algum ilícito penal. Ocorre que o desenvolvimento da dialética processual é inversamente proporcional ao grau de presunção de inocência do acusado, como será demonstrado a seguir.

O indiciamento pela Autoridade Policial demonstra que há indícios da materialidade do fato punível e que a autoria recai sobre o acusado. Com a análise do Inquérito Policial, se o membro do Ministério Público entende que não é o caso de arquivamento dos autos e, conseqüentemente oferece denúncia, há uma nova gradação na formação de culpa do agora denunciado. Se o Magistrado, ainda, verificando que não é o caso de rejeição da denúncia a recebe, tornando-o réu na ação penal, corrobora que os elementos coligidos levam a crer que a imputação do crime possui lastro probatório. Passa-se, então, a instrução probatória, ocasião em

que é possibilitada ao réu a ampla defesa com todas as garantias a ela inerentes, visando afastar a pretensão punitiva estatal ou, ao menos, desqualificá-la.

Destarte, se após a análise exauriente de toda a produção probatória ainda advir sentença condenatória, tem-se um título com relativa força de que o réu é presumidamente culpado, porém, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição ainda impede a execução da sentença se interposto recurso de apelação, sendo que a lei infraconstitucional também garante o efeito suspensivo ao aludido recurso. Neste caso, após a reanálise de todo o conjunto probatório pelo juízo *ad quem*²⁸ (formado por um órgão colegiado de Magistrados experientes), ainda subsista a condenação, não se mostra razoável considerar o sentenciado presumidamente inocente, sob pena de tornar inócuo todo o labor da Polícia Judiciária, do Ministério Público e das instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

Nota-se que há o desencadeamento de uma série de circunstâncias desfavoráveis ao indivíduo que levam ao colapso de seu estado de inocência, porquanto toda a conjuntura fática foi intensamente discutida, restando aos Tribunais Superiores a possibilidade de apenas conhecer questões de direito suscitadas pela defesa.

Não obstante, a doutrina majoritária entende que a culpa está integralmente formada somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Contudo, nota-se que o referido entendimento encontra óbice no conceito de formação de culpa adotado pela Jurisprudência pátria nos casos de revogação de prisão preventiva por excesso de prazo, o qual traz de forma intrínseca que a culpa se forma com a sentença penal condenatória. Senão vejamos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUMÁRIA DE CULPA. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. – Estando o decreto de prisão preventiva suficiente fundamentado, com indicação objetiva da necessidade da custódia para preservação da ordem pública, em face do clamor público causado pelo crime, perde consistência a alegação de constrangimento ilegal, passível de reparação por habeas-corpus, a **excessiva demora na fase de formação de culpa**, estando o réu sob custódia processual. – Habeas corpus concedido. (STJ – HC: 9996 RS 1999/0059784-2, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data

²⁸ Tribunal com competência revisional

de Julgamento: 14/09/1999, T6 – Sexta turma, Data de Publicação: 22/11/1999, p. 194). (Grifo nosso)

A hermenêutica do julgado acima nos faz concluir que a sentença penal condenatória afasta eventual excesso de prazo no deslinde processual, ou seja, a demora superveniente na prestação jurisdicional não enseja a revogação da prisão cautelar, uma vez que já está formada a culpa. Do contrário, absolutamente todas as ações penais de réus presos levadas aos Tribunais Superiores seriam passíveis de revogação da prisão preventiva.

Contudo, o aparente conflito de entendimentos pode ser solucionado sob o prisma da formação gradativa da culpa, pois é possível concluir que a culpa do réu está formada com a sentença penal condenatória, todavia, ela apenas estará integralmente formada, incidindo todos os seus efeitos, com a sentença passada em julgado.

5.1 Dos Efeitos da Culpa

A declaração pelo Poder Judiciário de que o réu é culpado enseja três efeitos principais: a pena, formação de antecedentes criminais (maus antecedentes e reincidência) e os efeitos civis da sentença penal condenatória, que englobam a ação civil *ex delicto*²⁹ e as consequências previstas nos artigos 91 e 92 do Código Penal³⁰ (BRASIL, 1940).

Conforme a explanação alhures, a marcha processual faz enfraquecer o estado de inocência do indivíduo, o que autoriza a sua relativização. Nesse sentido, cabe frisar que a mitigação do estado de inocência não significa sua extinção, pois

²⁹ Ação proposta na esfera cível para a reparação dos danos causados pela prática do ilícito penal

³⁰ Artigo 91 do Código Penal: São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Artigo 92 do Código Penal: São também efeitos da condenação: I – a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

ainda que seja determinado o cumprimento da pena após a análise e reanálise exauriente dos fatos, restam outros dois efeitos que não incidirão sobre o sentenciado, fazendo com que o estado de inocência ainda subsista, mesmo que em menor grau. Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes aplicou referido entendimento no recente julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 168.955-SP, ocorrido em 29/04/2019:

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII, do art. 5º, do texto constitucional, que, sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078/MG), manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso de cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Dos efeitos supracitados, o mais urgente é a aplicação da pena. Como já explanado no presente trabalho, a pena possui uma função dissuasória que tem o condão de inibir o indivíduo inclinado a praticar alguma conduta delituosa, função esta que não é encontrada em relação aos outros dois efeitos.

Nota-se que os efeitos civis da sentença penal e a formação de antecedentes criminais interferem tão somente na esfera pessoal do agente, suportando apenas ele com as consequências desfavoráveis de sua conduta, não ocorrendo uma repercussão social destes efeitos. Destarte, a procrastinação de sua incidência não é apta a surtir um efeito negativo perante a sociedade.

De outra banda, a aplicação da pena possui uma função de relevância social, que se aplicada de forma proporcional e adequada funciona como um mecanismo de prevenção-geral da prática de crimes, porquanto implica na determinação da conduta de outras pessoas e, por esta razão, não é razoável e nem admissível aguardar por anos o exaurimento de inúmeros recursos admitidos em direito nas instâncias superiores.

O filósofo Rousseau, em sua obra *Do Contrato Social* (sd, p.49) – a qual contribuiu sobremaneira para a forma de organização do Estado – àquela época frisava a importância da resposta estatal ao indivíduo transgressor, que com sua conduta abala a ordem social:

Os processos e a sentença constituem provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto [...]

Acrescentando o fator urgência à importância da aplicação da pena, a também clássica obra de Beccaria (2007, p. 43) foi pontual:

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo que se conceda ao acusado o tempo e os meios para se justificar, se isso lhe for possível; é necessário, contudo, que tal tempo seja bem curto para não atrasar muito o castigo que deve acompanhar de perto o delito, se se quer que o mesmo seja um útil freio contra os criminosos.

Tem-se a relevância, então, não só da necessidade de aplicação da pena, mas também de sua urgência, a fim de que a reprimenda seja um meio justo e eficaz de repressão a crimes e punição ao agente infrator.

Com efeito, a justiça da pena deve ser analisada sob o aspecto teleológico: como meio preventivo, ela deve ser próxima a ocorrência do fato típico para que a sociedade veja claramente que a ação delituosa possui uma reação, cumprindo o Estado com seu dever de promover a paz social; como meio retributivo, a aplicação da pena também deve ser célere para que não ocorra de a punição sobrevier após o indivíduo estar naturalmente ressocializado, o que tornaria a pena inócua neste aspecto, além de fazê-lo amargar por algum erro pretérito que já foi superado.

Compactuando do entendimento supra, o autor Roxin (2008, p.103) cita a finalidade preventiva-geral da aplicação da pena, ressaltando seu relevante papel social sob a ótica de três principais efeitos:

Dentro del ámbito de la prevención general positiva también es posible aún una ulterior diversificación. Pueden señalarse tres efectos principales: en primer lugar, el efecto de aprendizaje, que el Derecho penal obtiene haciendo presente de un modo expressivo las reglas sociales básicas cuya violación ya no puede tolerar-se. En segundo lugar, el efecto de confianza, que se logra si el ciudadano ve que el Derecho se impone. Y, en tercer lugar, el efecto de pacificación, que se produce si un quebranto criminal de la ley se resuelve por medio de una intervención estatal y se restablece la paz jurídica³¹.

³¹ No âmbito da prevenção geral positiva, também é possível uma maior diversificação. Três efeitos principais podem ser apontados: em primeiro lugar, o efeito de aprendizado, que o direito penal obtém apresentando expressivamente as regras sociais básicas cuja violação não pode mais ser tolerada. Segundo, o efeito da confiança, que é alcançado se o cidadão vê que a lei é imposta. E, em terceiro lugar, o efeito da pacificação, que ocorre quando uma violação criminal da lei é resolvida através da intervenção estatal e a paz jurídica é restaurada. (Tradução nossa).

Enfim, sob o prisma da formação gradativa da culpa e seus efeitos, é possível harmonizar a presunção de Não-Culpabilidade do indivíduo com a execução penal em segunda instância, pois entende-se que a formação da culpa se dá com a sentença penal condenatória, todavia, por preservar ainda o estado de inocência do sentenciado no tocante aos outros dois efeitos, a culpa plena é tida somente com o trânsito em julgado. Contudo, pela relevância social que se reveste a aplicação célere da pena, deve ser lícita sua incidência logo após a cognição exauriente dos fatos, ocasião em que a culpa já está formada e o duplo grau de jurisdição já fora assegurado.

5.2 Da natureza cautelar da execução penal provisória

Pois bem, se a aplicação da pena é o efeito da culpa que se reveste do binômio necessidade/urgência, conclui-se que a execução penal provisória possui uma natureza mais cautelar do que de prisão pena, embora haja a condenação, pois sua finalidade precípua é assegurar a aplicação da lei penal, fazendo-a cumprir com os fins a que se dedica.

Para os opositores da execução penal provisória, a sua aplicação seria incompatível com a presunção de Não-Culpabilidade, mormente ante a possibilidade de reforma da sentença penal condenatória e, por conseguinte, eventual determinação de soltura do sentenciado ou mitigação de sua pena. Todavia, se tal premissa fosse adotada como verdade, as prisões processuais seriam de igual monta inconstitucionais, pois nesse contexto também seriam nada menos do que a execução penal antecipada e, pior, com muito mais possibilidade de equívoco da clausura, visto que o indivíduo ainda não tem a culpa formada, mas já se encontra com a privação de sua liberdade e efetivamente cumprindo sua pena, pois há a aplicação de vários institutos previstos na lei de execução penal, tais como detração, remição e até mesmo progressão de regime. Ademais, há duas outras razões mais contundentes que rechaçam esta premissa: primeiro, a possibilidade de reforma da condenação, por si, não é argumento plausível para afastar a execução da pena em segunda instância, visto que em se tratando de processo penal não há coisa julgada material, pois nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de revisão criminal a qualquer

tempo, enquanto perdurar a condenação; segundo, há outros mecanismos processuais que possibilitam a revisão da execução imediata da pena após prolação do Acórdão, sendo perfeitamente possível impetração de *Habeas Corpus* ou pedido liminar de efeito suspensivo do recurso, caso haja constatação da ocorrência de algum vício durante o processo.

Outrossim, outro ponto a ser combatido é a alegação de que a execução provisória da pena seria uma espécie de execução antecipada. Para esta corrente, o mero fato de haver uma pena determinada faz com que a clausura após a condenação em segunda instância se torne prisão pena.

Sem embargo, temos que execução penal provisória e execução penal antecipada são dois institutos absolutamente distintos. No primeiro, pressupõe-se toda uma análise e reanálise dos fatos levados ao Poder Judiciário, sendo assegurada todas as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, entre outros. Nesse sentido, e por todas as razões já expostas no presente trabalho, o título judicial está apto a ser de imediato executado, restando apenas uma condição resolutiva de eventual decisão contrária a ser proferida pelas instâncias extraordinárias, em caso de interposição de recursos que não se revestem de efeito suspensivo.

De outra banda, a execução penal antecipada nos remete a uma ideia de aplicação da pena antes da formação da culpa do indivíduo. Este instituto, embora seja veemente atacado pelos opositores da execução provisória, é passível de aplicação em nosso ordenamento jurídico quando visto sob um aspecto de benefício outorgado ao acusado, como no caso da transação penal prevista no artigo 76 da lei 9.099/95³². Com efeito, esta norma reconhece a relevância social que se reveste a aplicação da lei penal quando propõe antecipadamente a única medida que é indispensável em caso de condenação: a aplicação da pena, pois os outros dois efeitos da declaração de culpa são dispensáveis em delitos de menor potencial ofensivo, por atuarem somente na esfera individual do acusado.

Destarte, embora haja a fixação de uma pena a ser cumprida, ela se torna apenas um parâmetro na execução penal enquanto não sobrevém decisão das

³² Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

instâncias extraordinárias, por esta razão a denominação “execução provisória” é a mais adequada.

Pois bem, não se tratando de execução penal antecipada, resta somente a possibilidade da execução provisória se revestir de uma natureza cautelar, pois considera a proteção de um bem maior em detrimento à liberdade do transgressor, traduzido na observância da presença dos pressupostos da prisão preventiva, já explanados no presente trabalho.

Ocorre que, em cognição sumária, estes pressupostos serão sempre considerados de forma subjetiva, ou seja, os fundamentos da prisão cautelar serão analisados considerando o indivíduo, enquanto que em sede de cognição exauriente, a execução provisória da pena tem sua legitimidade extraída de aspectos objetivos, considerando a magnitude do *fumus comissi delicti* aliado a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, evitando que se alcance a prescrição e, por conseguinte, todo o labor do Poder Público não impeça a impunidade do cidadão que violou o pacto social. Destarte, conclui-se que a execução provisória da pena se identifica mais a uma medida cautelar *sui generis* do que de execução penal antecipada.

5.3 Prescrição da pretensão executória

O contrassenso do sistema de prescrição da pretensão executória adotado por nosso ordenamento jurídico é tão grande que merece um subtópico para destacá-lo, sendo, ainda, um ponto determinante para justificar a execução da pena após a condenação pelo Juízo *ad quem*.

A norma extraída do artigo 112 do Código Penal (BRASIL, 1940) impõe que o termo inicial para contagem do prazo que determinará a prescrição da pretensão executória do Estado é do trânsito em julgado para condenação, *in verbis*:

Art. 112. No caso do artigo 110 deste Código, a prescrição começa a correr:
I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional

Sem embargo, observando o processo penal de forma pragmática, é possível constatar que o texto legal supracitado favorece sobremaneira a ocorrência da prescrição executória, mormente ante o vasto sistema recursal brasileiro.

Supondo que uma condenação em primeiro grau seja satisfatória para o órgão acusador, não há interesse de sua parte na interposição de recurso. Contudo, se a defesa se utilizar de toda a esfera recursal para afastar a condenação – o que é legítimo – facilmente se alcançaria a prescrição da pretensão executória, pois as instâncias superiores são morosas na apreciação de recursos, notadamente por exercerem jurisdição sobre todo o território nacional. Assim, o termo inicial deste tipo prescricional retroagiria para o trânsito em julgado da acusação, que ocorreu muito antes, resultando, muitas vezes, na extinção da punibilidade do sentenciado.

Ocorre que a prescrição nada mais é do que uma sanção à parte que se manteve inerte frente a persecução de um direito. Nesse sentido, podemos tomar emprestado o conceito de prescrição do Direito Civil, o qual Rizzardo e col (2018, pg. 14) define em sua obra:

O que desaparece é a ação para a defesa de determinado direito, em razão da inércia ou omissão de um titular ante violações ou ofensas desse direito, durante um período de tempo previsto para exercitar a defesa. O direito está acompanhado de medidas para o seu exercício e a proteção. Se a pessoa não faz uso dos meios assegurados, entende-se que houve a desistência, levando os sistemas jurídicos a retirar a faculdade de defesa.

Como iniciar a contagem de tempo para o exercício de um direito se ainda não surgiu a pretensão? Destarte, é injusta a norma que regula desta forma a sanção prescricional à acusação, pois não foram assegurados os meios necessários para a satisfação da pretensão executória.

5.4 Fundamento cautelar objetivo: *periculum in mora* e aplicabilidade da lei penal

Se a contagem da prescrição da pretensão executória da pena se inicia sem que surja a aludida pretensão, o decurso do tempo passa a ser um risco real para a aplicabilidade da lei penal.

A dialética processual, por si, já é extremamente morosa, uma vez que permite amplamente ao acusado buscar meios de resistir à pretensão punitiva do

Estado. Faço registrar, mais uma vez, que é legítimo, pois o exercício de tais garantias evita com que inocentes sejam punidos indevidamente.

Todavia, o excesso de garantismo trazido pelo sistema recursal brasileiro permite que o tempo seja aliado à impunidade. De grosso modo, todo e qualquer pronunciamento judicial que tenha o condão de causar prejuízo a uma das partes pode ser impugnado através de recursos específicos, sejam aqueles previstos na legislação ordinária ou inseridos nos regimentos internos dos Tribunais.

Em se tratando de instâncias ordinárias, a amplitude recursal alcançada pelos meios de impugnação é salutar para a garantia de direitos do jurisdicionado, pois o reexame das decisões judiciais é fundamental para evitar decisões injustas e permite, por vezes, o acusado comprovar sua razão.

Contudo, embora a Lei Fundamental contemple implicitamente o princípio do duplo grau de jurisdição, o ordenamento jurídico pátrio permite recursos excepcionais às Instâncias Superiores, tornando demasiadamente extenso o litígio penal. Com isso, ardilosas defesas se utilizam indevidamente da benevolência legislativa para um único fim: fazer com que o decurso do tempo impeça a aplicação da lei penal, a exemplo do caso Pimenta Neves, citado no presente trabalho.

Como visto alhures, o fundamento da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal deve se basear no binômio risco e eficácia³³, sendo o primeiro de ordem subjetiva, pois considera o comportamento do acusado na fase inicial da persecução penal.

Entretanto, o momento processual que é objeto do presente estudo é distinto, pois se trata de cognição exauriente, onde toda a conjuntura fática foi exaustivamente debatida, sem olvidar que também houve o embate das matérias de direito eventualmente suscitadas, que poderão ser combatidas excepcionalmente nos Tribunais Superiores.

Destarte, ante toda a problemática explanada, o fundamento subjetivo da prisão preventiva abre margem para uma nova interpretação na execução provisória da pena, pautando-se num fundamento cautelar de ordem objetiva, pois o risco da inaplicabilidade da lei penal se mostra intrínseco a toda ação penal já transitada em julgado para a acusação, o que faz surgir o *periculum in mora*³⁴.

³³ Este tema foi abordado no tópico 2.4, página 8

³⁴ Termo em latim que significa perigo da demora

Insta salientar que a execução da pena nesta fase processual não é injusta, bastando utilizar-se da ponderação de bens jurídicos tutelados pelo Estado para chegar a esta conclusão. De um lado, se encontra a presunção de Não-Culpabilidade do indivíduo, que está sobremaneira fragilizada ante a declaração de culpa em duplo grau de jurisdição, de outro, se encontra a vedação à proteção insuficiente, a qual será pormenorizada a seguir.

5.5 Vedação a proteção insuficiente

Nos primórdios, antes de existir a figura do Estado, a natureza selvagem do indivíduo o levava a proteger seus bens jurídicos se valendo da autotutela, o que gerava inúmeros conflitos e desestabilizava a paz social.

Consoante se infere da lição do filósofo Hobbes (1651), a evolução social fez surgir a figura do Estado, o qual, através de um pacto social, monopolizou o uso da força e avocou o dever de tutelar os bens jurídicos de cada cidadão que, em contrapartida, lhe outorgou parcela de sua total liberdade. Com isto, o Estado assumiu o compromisso de guarnecer segurança à coletividade, desautorizando que o cidadão faça justiça com as próprias mãos.

Destarte, é dever do Estado zelar pela aplicação da lei penal ao indivíduo que transgrediu a norma e violou o bem jurídico de outrem, sob pena de incorrer em infraproteção ao direito da vítima. A doutrina alemã se vale do termo *Undermassverbot*³⁵, que é consentaneamente exposta na obra do professor Lênio Streck:

Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente”

Extrai-se da lição supracitada que é dever do legislador a criação de normas penais para proteção integral de direitos fundamentais do indivíduo, como o direito à vida e à propriedade. Todavia, a atividade legislativa se torna absolutamente

³⁵ Termo alemão que se refere ao dever do Estado da vedação a proteção insuficiente

inócua se não houver mecanismos que garanta a aplicação da lei penal ao indivíduo que violou direito fundamental de outrem.

Assim como um Estado autocrático é reprovável, de igual monta é o excesso de garantismo negativo (individual), pois tal sobejo é dado às custas do direito da coletividade de ver a lei penal recair sobre um transgressor já julgado em dois graus de jurisdição. Ademais, ao procrastinar demasiadamente a aplicação da lei penal, o Estado se mostra falho na tutela de bens jurídicos que se comprometeu a protegê-los.

6 A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NO DIREITO COMPARADO

Em seu voto proferido no *Habeas Corpus* 85.886, a Ministra da Excelsa Corte Ellen Gracie (BRASIL, 2005, p. 227) fez constar que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema”. Por óbvio, trata-se de uma hipérbole utilizada pela douta Ministra para enfatizar sua proposição; todavia, a análise do ordenamento jurídico de alguns países nos permite compreender tal assertiva, como será explanado a seguir.

O Direito Norte-Americano contempla de forma especial o postulado normativo do devido processo legal, sendo integrado ao *Bill of Rights* através da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Embora o princípio da presunção de inocência não esteja expresso na Constituição Americana, está incorporado pelo *due process*³⁶, sendo corolário da Quinta, Sexta e Décima Quarta Emendas.

Os direitos civis, nestes compreendido o direito à presunção de inocência, estão arraigados na sociedade norte-americana, sendo cultivados desde o prelúdio de sua gênese constitucional.

Todavia, cumpre anotar que limitação de um direito civil não significa sua abolição, e tal asserto é corroborado pela exegese do artigo 16 do *Criminal Procedure Code*³⁷ (EUA, 1948), no qual exprime que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo” (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2008, p.18), ou seja, a presunção de inocência deve perdurar até a formação da culpa, realizada sob a égide do devido processo legal.

Nesse sentido, vale destacar que o sistema jurídico norte-americano prestigia sobremaneira as decisões judiciais de primeira instância, considerando-as uma sentença final para todos os efeitos, conforme preceitua o Título 18, Parte II, Capítulo 227, subcapítulo D, seção 3582 do Código de Leis dos Estados Unidos da América (EUA, 1970, sp):

EFFECT OF FINALITY OF JUDGMENT. Notwithstanding the fact that a sentence to imprisonment can subsequently be (1) modified pursuant to the provisions of subsection (c); (2) corrected pursuant to the provisions of rule 35 of the Federal Rules of Criminal Procedure and section 3742; or (3)

³⁶ Devido Processo Legal

³⁷ Código de Processo Penal Norte Americano

appealed and modified, if outside the guideline range, pursuant to the provisions of section 3742; a judgment of conviction that includes such a sentence constitutes a final judgment for all other purposes. (Grifo nosso)³⁸

Como visto, as sentenças penais condenatórias proferidas pelo Juízo de primeiro grau da justiça norte-americana produzem efeitos imediatos, sendo raras as exceções em que é concedido ao sentenciado o apelo em liberdade. Estas exceções estão contempladas na Seção 3143 do aludido *códex*, sendo necessário o preenchimento de ao menos quatro requisitos cumulativos para a concessão de tal benesse: os dois primeiros de ordem subjetiva, consistentes na certificação pelo oficial de justiça de que o sentenciado não representa risco à segurança pública, bem como não está suscetível à fuga, e os dois últimos de caráter objetivo, sendo a certificação de que o recurso não possui fins meramente protelatórios e que suscita questão substancial de direito capaz de resultar em reversão do julgamento ou aplicação de pena diversa da prisão.

Por sua vez, o sistema penal Alemão – que possui especial atenção voltada às garantias individuais frente ao Estado devido ao período pós-nazismo, bem como carrega forte viés liberal das regras provenientes da antiga Alemanha Ocidental – considera extremamente relevante o princípio da presunção de inocência. Ainda assim, não deixa de fixar um limite razoável para a mitigação de tal garantia.

O Código de Processo Alemão, igualmente ao nosso, prevê efeito suspensivo ao recurso de Apelação, não o atribuindo aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, conforme se extrai das seguintes normas:

§47, Strafprozessordnung (StPO): (1) Durch den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird die Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung nicht gehemmt³⁹

§307, Strafprozessordnung (StPO): Durch Einlegung der Beschwerde wird der Vollzug der angefochtenen Entscheidung nicht gehemmt⁴⁰

§ 360, Strafprozessordnung (StPO): Durch den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens wird die Vollstreckung des Urteils nicht gehemmt⁴¹

³⁸ Não obstante o fato de que uma sentença de prisão possa subsequentemente ser (1) modificada de acordo com as disposições da subseção (c); (2) corrigida de acordo com as disposições da regra 35 do Código de Processo Criminal e seção 3742; ou (3) recorrida e modificada, se fora das diretrizes, de acordo com as disposições da seção 3742; uma sentença de condenação constitui uma sentença final para todos os outros propósitos (tradução nossa).

³⁹ O pedido de restabelecimento de direitos não afeta a execução de uma decisão judicial (tradução nossa).

⁴⁰ A apresentação do recurso não impede a execução da decisão impugnada (tradução nossa).

⁴¹ O pedido de novo julgamento não impede a execução da sentença (tradução nossa).

Todavia, o que diverge de nosso sistema jurídico pátrio é que na Alemanha realmente as penas são executadas após exauridos os recursos com previsão legal de efeito suspensivo, sendo, excepcionalmente, concedida a suspensão da execução da pena pelos Tribunais Superiores após a análise de cada caso. Destarte, se condenado, após a apreciação do recurso de Apelação ou Revisão o acusado é imediatamente compelido a cumprir a pena imposta, independente da possibilidade de reforma da decisão judicial.

Em sucinta análise à legislação Francesa, também é possível vislumbrar a positivação do princípio da presunção de inocência em sua Lei Maior, elaborada sob a égide da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789), a qual traz em seu artigo 9º que “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”.

Todavia, em controle prévio de constitucionalidade exarado na Decisão nº 2005-527, de 8 de dezembro de 2005, a Corte Constitucional Francesa externou entendimento do qual se leciona que a mitigação do princípio da Presunção de Inocência não ofende Direito Fundamental. Na legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal Francês foi alterado pela lei nº 2005-1549, de 12 de dezembro de 2005, que tratou especificamente sobre a reincidência em infrações penais. Na referida norma, houve a inclusão do artigo 7º, alterando o artigo 465-1 do Código Processual Penal, que passou a vigorar com o seguinte texto:

S'il s'agit d'une récidive légale au sens des articles 132-16-1 et 132-16-4 du code pénal, le tribunal délivre mandat de dépôt à l'audience, quel que soit le quantum de la peine prononcée, sauf s'il en décide autrement par une décision spécialement motivée.⁴²

Os artigos supramencionados referem-se aos crimes de natureza sexual, dispendo a lei que, em caso de acusado reincidente, o Tribunal determinará a expedição imediata de mandado de prisão na audiência, exceto se houver fundamentação judicial em sentido contrário. Nota-se, por oportuno, que a liberdade do acusado é exceção à regra.

⁴² Se for uma reincidência legal na acepção dos artigos 132-16-1 e 132-16-4 do Código Penal, o tribunal emitirá um mandado de prisão na audiência, independente do quantum da sentença proferida, a menos que decidir de outra forma, por decisão especialmente fundamentada (tradução nossa).

A decisão citada alhures ratificou a constitucionalidade da norma em vertente, anotando que “*les articles 7, 13, 41 et 42 de la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales ne sont pas contraires à la Constitution*”⁴³. No item 5 de sua fundamentação, a Corte Constitucional Francesa consignou que as medidas previstas na norma impugnada não são incompatíveis com a presunção de inocência, uma vez que há sentença proferida por Juiz competente e, sendo assim, a formação da culpa foi devidamente estabelecida.

Interessante, ainda, compulsar o ordenamento jurídico Português, uma vez que a positivação do princípio da Presunção de Inocência na Carga Magna se assemelha muito ao nosso, pois conforme determina o artigo 32, nº 2 (PORTUGAL, 1976), “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior pátria também traz em seu bojo a expressão “trânsito em julgado”.

Todavia, a presença do vocábulo não é óbice para que a pena seja executada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A legislação infraconstitucional prevê o efeito suspensivo dos recursos, porém, a jurisprudência lusitana já firmou entendimento de que tal efeito não se aplica aos recursos interpostos ao Tribunal Constitucional, devendo prevalecer a imediatidade da execução da pena após prolação de decisão pelo Superior Tribunal de Justiça.

De mais a mais, o Tribunal Constitucional reafirmou a constitucionalidade da execução penal provisória, rechaçando sua incompatibilidade com o princípio da Presunção da Inocência ao tratar a sentença confirmada em duplo grau de jurisdição como “caso julgado provisório”, explanando que restaria apenas uma condição resolutiva de eventual decisão em contrário pela referida Corte, conforme julgamento do Acórdão nº 574/04, de 21 de julho de 2004, Relator Conselheiro Bravo Serra:

Por outro lado, a presunção de inocência que é constitucionalmente definida pelo nº 2 do artigo 32º até o trânsito em julgado da sentença de condenação não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutiva de alteração da decisão tomada em sede recursória, decisão essa

⁴³ Os artigos 7, 13, 41 e 42 da Lei Sobre o Tratamento da Reincidência Criminal não são contrários à Constituição (tradução nossa).

que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao juízo constante da sentença impositora de pena de prisão (...)

Insta salientar, ainda, que na literalidade do artigo que dispõe sobre a Presunção de Inocência, também há expresso outro direito conferido ao acusado: de ter um julgamento célere, cujo prazo deve ser compatível com as garantias concedidas à defesa. A extensão do duplo grau de jurisdição para garantir ao sentenciado a revisão pelo Tribunal Constitucional do procedimento que resultou em sua condenação é uma ampliação das garantias, destarte, tem-se que a execução penal provisória não é a supressão do direito à Presunção de Inocência, mas o corolário da aludida dilatação de instâncias. Nesse diapasão, a adoção do termo “caso julgado provisório” para se referir a definitividade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça Português é a maneira adequada de harmonizar o princípio da Presunção de Inocência com a execução penal provisória.

O Direito Inglês, por sua vez, é vanguardista quando se trata de direitos e garantias fundamentais, notadamente pela edição da *Magna Charta Libertatum* de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra sob pressão dos barões e do clero, a qual tratava intrinsecamente da Presunção de Inocência sob o prisma do postulado normativo do Devido Processo Legal, conforme trazia o artigo 48 (REINO UNIDO, 1215): “ninguém poderá ser preso, ou detido ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país.”

Com o decorrer dos anos e a consequente evolução das leis, ainda o ordenamento jurídico britânico não garante de forma absoluta a liberdade do indivíduo após a sentença penal condenatória. Isto porque a seção 81 do *Senior Court Act 1981*, norma do Reino Unido vigente que dispõe sobre o trâmite recursal frente à liberdade do sentenciado, garante a prestação de fiança para manutenção de sua liberdade, todavia, tal benesse não é concedida automaticamente e nem é tida como regra, sendo analisado caso a caso pela instância superior. Destarte, extrai-se que no direito inglês vigora o princípio da aplicabilidade imediata das sentenças penais condenatórias, ou *sentence of imprisonment takes effect immediately unless the person is released*⁴⁴ (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2008, p.17), sendo facultado ao Tribunal *ad quem* a concessão de liberdade provisória com fiança após

⁴⁴ A sentença de prisão produz efeitos imediatos, salvo se a pessoa se encontra solta (tradução nossa).

a sentença penal condenatória, desde que presentes alguns requisitos elencados num rol taxativo. Vejamos:

81. (1) The Crown Court may grant bail to any person – (a) who has been committed in custody for appearance before the Crown Court; or (b) who is custody pursuant to a sentence imposed by a magistrates' court, and who has appealed to the Crown Court against his conviction or sentence; or (c) who is in the custody of the Crown Court pending the disposal of his case by that court; or (d) who, after the decision of his case by the Crown Court, has applied to that court for the statement of a case for the High Court on that decision; or (e) who has applied to the High Court for an order of certiorari to remove proceedings in the Crown Court in his case into the High Court, or has applied to the High Court for leave to make such an application⁴⁵

De mais a mais, a experiência empírica demonstrou que norma supracitada ainda necessitaria de alterações para racionalizar o Direito Penal britânico, adequando-o para ocupar-se mais com o direito coletivo do que com o excesso de garantias individuais. Assim, houve a restrição do procedimento para concessão de liberdade provisória pela Suprema Corte britânica, sendo abolida totalmente esta possibilidade através da edição do *Criminal Justice Act 2003*, conforme o item 2 da Seção 17 (REINO UNIDO, 2003): *“the inherent power of the High Court to entertain an application in relation to bail where a magistrates' court (a) has granted or withheld bail, or (b) has varied the conditions of bail, is abolished”⁴⁶*. Ainda, a remodelação também tolheu o direito à liberdade provisória com fiança para aqueles que fossem condenados pela prática de crimes relacionados a drogas consideradas mais nocivas, como a cocaína. Nestes casos, o condenado deve aguardar preso o processamento de eventuais recursos interpostos.

Ante as breves considerações colacionadas, destaca-se que até mesmo países precursores nas garantias dos direitos individuais relativizam o princípio da Presunção de Inocência após a sentença penal condenatória, prestigiando o trabalho realizado pelas instâncias judiciais ordinárias.

⁴⁵ O Tribunal da Coroa pode conceder fiança a qualquer pessoa – (a) que tenha sido mantido sob custódia por comparecer perante o Tribunal da Coroa; ou (b) quem está custodiado nos termos de sentença imposta por um magistrado, e que recorreu ao Tribunal da Coroa contra sua condenação ou sentença; ou (c) quem está sob a custódia do Tribunal da Coroa até que o seu caso seja resolvido por esse Tribunal; ou (d) que, após a decisão do seu caso pelo Tribunal da Coroa, recorreu da decisão desse Tribunal à Corte Superior; ou (e) requereu ao Supremo Tribunal um pedido de envio para retirar o processo do Tribunal da Coroa, no caso, para o Tribunal Superior, ou solicitou ao Tribunal Superior a autorização para apresentar tal pedido (tradução nossa).

⁴⁶ O Poder inerente do Supremo Tribunal de Justiça de receber um pedido em relação à fiança onde um magistrado (a) concedeu ou suspendeu a fiança, ou (b) variou as condições de fiança, está abolido (tradução nossa).

7 A NECESSIDADE DA POSITIVAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Até o momento ficou demonstrado que a execução provisória da pena não encontra óbice nos direitos e garantias fundamentais trazidos em nossa Carta Magna, uma vez que não exclui o princípio da Não-Culpabilidade. Todavia, há grande agrura em aplicá-la através da jurisprudência hodierna da Suprema Corte, ao arrepio da lei.

Malgrado seja necessária a implantação do instituto para propiciar eficácia à aplicação da lei penal, não se deve concebê-la através do Poder Judiciário, por duas razões: a primeira é que a legislação infraconstitucional é taxativa em exigir o trânsito em julgado para que se dê início à execução da pena, cumprindo ao Poder Legislativo derrogar as normas impeditivas; a segunda está diretamente relacionada à volatilidade das decisões emanadas pela Suprema Corte, o que causa enorme insegurança jurídica.

Não se busca, no presente trabalho, exaurir todos os aspectos controversos acerca da polêmica que envolve o ativismo judicial e o positivismo jurídico, todavia, mostra-se relevante pontuar algumas questões sobre o tema a fim de demonstrar que não é através do Poder Judiciário que se deve implantar a execução provisória da pena, ante a nocividade em outorga-lo a atividade de legislar através de entendimentos que contrariam o regramento positivado, utilizando-se da prerrogativa de distribuir justiça para definir o que é ou deixa de ser justo na lei.

7.1 Da Usurpação de Função pelo Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal invoca constantemente a prerrogativa de exercer uma função atípica de legislar, sob o pretexto de que a interpretação da norma constitucional deve ser alterada de acordo com a evolução dos fatos. Barroso (1999, p. 144), ao ponderar sobre o fenômeno da mutação constitucional, expõe em sua obra que:

A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças

históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.

Contudo, no caso *sub examine* não se trata apenas de verificar a constitucionalidade da execução provisória da pena sob o prisma da Não-Culpabilidade, a Suprema Corte simplesmente ignorou a literalidade da legislação infraconstitucional sobre o tema, que autoriza somente a prisão cautelar ou prisão pena, sendo que esta última somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da condenação. Ainda, quanto a aplicação da pena restritiva de direitos, a Lei de Execuções Penais também veda seu emprego de forma provisória. Vejamos o que dispõe os artigos 283 do Código de Processo Penal e 147 da Lei 7.210/84:

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

Art. 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.

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição, fazendo valer a supremacia de sua ordem sobre as normas infraconstitucionais e os demais atos do Poder Público. Destarte, uma vez que as normas supracitadas não padecem de inconstitucionalidade, a invalidação de seus desígnios sob o pretexto de se fazer justiça é a mais lídima demonstração de inconstitucionalidade praticada pela instituição que deveria abnega-la, pois viola frontalmente a forma de organização do Estado estampada na Carta Magna.

Um dos pilares do governo Republicano é a separação dos poderes do Estado, competindo a cada qual exercer suas funções de forma independente e harmônica com os demais poderes, sendo excepcional a hipótese de adentrar a esfera estranha aos seus atributos. Nesse sentido, Montesquieu (2000, p.87) pontuou a diferença entre um Estado despótico de um Estado republicano com base no respeito às leis, consignando em sua obra:

Quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa; e era um vício da República da Lacedemônia que os éforos julgassem arbitrariamente, sem que houvesse leis para dirigi-los. Em Roma, os primeiros cônsules julgaram como os éforos: sentiram os inconvenientes

disto e criaram leis precisas. Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo e sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existem uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei.

Atualmente, ao analisarmos alguns julgados da Suprema Corte é possível vislumbrarmos que o órgão deixou de analisar apenas a conformidade das leis com a Constituição para exercer uma função de “justiceiro”, sendo os pronunciamentos judiciais notoriamente afetados pela visão de mundo subjetiva dos Ministros que a compõem. Neste diapasão, cumpre anotar o recente desatino ocorrido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 (BRASIL, 2019), proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 13 de junho transato, no qual os Ministros, além de violar o indeclinável princípio da Reserva Legal ao criar um tipo penal através de entendimento jurisprudencial, ainda avocaram o atributo de alterar o conceito semântico da palavra “raça”. Vejamos:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (...). O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenótipos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à doutrinação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes (...)

Frise-se que não se discute aqui a justiça da decisão. Embora louvável a intenção do Pretório Excelso em coibir atos discriminatórios, a criação de norma penal incriminadora através de Acórdão viola frontalmente o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, o qual dispõe o ensinamento fundamental de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, além de criar enorme insegurança ao cidadão ao abrir precedente para criação de crimes sem previsão legal, notadamente por ser inaceitável no âmbito penal invocar o desconhecimento da lei para furtar-se da aplicação da pena. Recai sobre todo cidadão

a presunção absoluta de conhecimento da lei, mas não é razoável exigir conhecimento do homem comum acerca da jurisprudência da Suprema Corte.

Nota-se que ao tentar corrigir distorções do sistema, o ativismo judicial termina por gerar mais controvérsias, porquanto se a legislação determina que é inescusável o desconhecimento da lei, por outro lado não há exigência alguma acerca da obrigatoriedade do conhecimento da jurisprudência (o que seria irrazoável). Neste diapasão, não há como atribuir a entendimentos jurisprudenciais o poder de coerção indireta conferido à legislação penal, obrigando aos comuns conhecer do entendimento pretoriano. Em sua obra, Lima apud Moraes (2011, p. 86) ressalta a importância da clareza que deve revestir as leis de natureza penal:

É norma basilar de um Estado Democrático de Direito que, no âmbito criminal (penal ou processual penal), somente poderá acontecer coerção da esfera de direitos individuais se houver lei anterior clara, estrita que a defina (*nulla coertio sine lege*). A legalidade, que deve obedecer a todos os ditames constitucionais de produção legislativa, confere a um só tempo (i) a segurança jurídica a todos os cidadãos para conhecerem em quais hipóteses e com que intensidade os agentes persecutórios podem agir e, também, (ii) a previsibilidade necessária para, de antemão, saber quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir os direitos fundamentais.

Ao outorgar às decisões do Pretório Excelso força vinculante é extremamente temerário admitirmos julgamentos que violem a legislação positivada, notadamente quando não se identifica indicativos de ofensa à Carta Magna, como é cediço no caso da execução provisória da pena, sob pena de submetermo-nos a decisões teratológicas como no caso supracitado.

Pois bem, o conceito de justiça é intrínseco a cada um, sendo algo demasiadamente subjetivo. Desta forma, incumbe ao Poder Legislativo a legitimidade para determinar as normas procedimentais e de conduta através de leis que detêm efeito *erga omnes*.

O processo legislativo é extremamente complexo, abarcando um extenso aparato formado por *lobby* político perante as bancadas representativas, exposição de motivos do Projeto de Lei, votação em Plenário por representantes eleitos pelo sufrágio universal, além do amplo debate nas comissões especializadas. Destarte, em que pese haver omissão em muitos casos, há outros meios democráticos para solução do impasse que não a preterição do processo legislativo com a simplória

atuação judicial para impor o que é ou deixa de ser justo, mormente por não ser a Corte Suprema a instituição legítima para representar a vontade soberana do povo.

Por fim, não se olvide que a mutação constitucional autoriza o julgador a interpretar a lei conforme o avanço social, todavia, esta atuação deve ser limitada a existência de lacunas ou invalidação de normas que ferem preceitos fundamentais, não incumbindo ao Poder Judiciário inovar no ordenamento jurídico quando dispor de normas já positivadas e que não violem a Constituição.

7.2 Da Instabilidade dos Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Não se deve olvidar que o fenômeno da mutação constitucional permite a alteração na interpretação de seus dispositivos conforme a evolução social, adequando seu conteúdo à realidade hodierna. Todavia, em se tratando do tema proposto no presente trabalho, nota-se que em pouco mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal houve enorme controvérsia acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que faz surtir nociva insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Rememorando a abordagem delineada na parte final do tópico 2, a Suprema Corte modificou por duas vezes seu entendimento sobre a (in)constitucionalidade da execução penal provisória, o que pragmaticamente causou um efeito repressivo da orientação jurisprudencial, uma vez que os fundamentos empregados foram basicamente os mesmos utilizados há duas décadas, os quais foram exarados no julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.964-RJ, de relatoria do Min. Ilmar Galvão, sendo ementado que “contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão”.

Contudo, o entendimento hodierno ainda carece de consolidação. Como se não bastasse a volatilidade inevitável decorrente da alteração da composição da Suprema Corte, ainda nos deparamos com entendimentos individuais contraditórios. Em seu voto proferido no *Habeas Corpus* 126.292 (2016, p. 6), o Min. Gilmar Mendes assentou:

Esgotadas as instâncias 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 sua **prisão necessária**. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. (Grifo nosso).

Não obstante, num lapso temporal inferior a dois anos o mesmo Ministro contrapôs seu próprio argumento de que a prisão em segunda instância era necessária, asseverando no seu voto proferido no *Habeas Corpus* 152.752 (2018, p. 22) que tal hipótese deveria ser excepcional. Vejamos:

Caberá a esta Corte e aos tribunais superiores delinear com precisão, reescrevendo-se conceitos e significados, **as hipóteses excepcionais em que a ordem pública autoriza a antecipação da execução da pena**, diante da regra da prevalência do princípio da presunção de inocência. (Grifo nosso)

Neste diapasão, neste último julgado a também Ministra da Suprema Corte, Rosa Weber, igualmente divergiu seu voto anterior, sob a alegação de fazer valer o princípio da Colegialidade. Todavia, já sinalizara que irá manter seu posicionamento alhures no sentido de que a prisão somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, excetuados os casos de prisão cautelar.

Pois bem, com o intuito de buscar uma solução para o impasse, o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, pautou para o dia 17 de outubro do corrente ano o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, as quais versam sobre a possibilidade da execução penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Contudo, o Plenário já sinalizara que há uma tendência a mais uma vez modificar o entendimento pretoriano. A orientação majoritária deverá vincular todo o Poder Judiciário, visto que as aludidas Ações são revestidas de efeito *erga omnes*.

De outra banda – e de forma mais acertada – o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, propôs em seu Projeto de Lei denominado “Pacote Anticrime” a inclusão da execução da pena após o Acórdão condenatório, derogando o artigo 283 do Código de Processo Penal e o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o que colocaria deveras um fim em todo o imbróglio que se estende desde a promulgação da atual Constituição Federal.

A insegurança jurídica decorrente da instabilidade das decisões emanadas pela Suprema Corte ainda macula a imagem do Brasil perante a comunidade internacional. A extensão dos efeitos da atual controvérsia vai além da

seara penal interna, atingindo também a economia ao provocar desconfiança em investidores que não se sentem seguros para injetar capital num país em que não há consolidação de regras. Este cenário está exposto na publicação de um artigo no site Nova-iorquino *Bloomberg*, cujo título é “*Brazil’s Supreme Court Is Out of Control. The economy is hurt by celebrity judges and an overtaxed court that can’t issue durable rulings*”⁴⁷. Vejamos a visão externa que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal proporciona:

*Laws ought not be set in stone, of course, any more than they should be used as weather vanes. Brazil’s Supreme Court has changed its position on the same jail-on-second-conviction rule twice in the last decade. If a majority of the judges flip again, which is likely, Lula may be sent home for now (he still faces trial in seven other cases) -- along with 4,895 other convicted criminals (...) The decision on when to send convicts to prison won’t directly affect business and investment. The mercurial rule at the top of the judiciary will. Of the many obstacles Brazilian companies face, the constantly shifting rules and laws that beget more laws are among the most harrowing (...) Brazilians don’t need celebrities in robes or a court so overtaxed it can’t render durable rulings. **They need judicial stability, circumspection and a bench that interprets, instead of reinvents, the nation’s highest laws***⁴⁸. (Grifo nosso)

Nota-se que deixar problema à revelia do Poder Legislativo para submetê-lo ao ativismo judicial causa enorme insegurança jurídica, porquanto até os próprios Ministros divergem em seus respectivos votos, sujeitando a matéria a uma infinita instabilidade sobre sua aplicação, o que afeta, inclusive, a economia do País.

Por fim, ante todos os elementos delineados no presente trabalho, compreende-se que a positivação da possibilidade de executar a pena após a condenação em Segunda Instância é a medida mais adequada para a pacificação do tema, elencando-a no ordenamento jurídico pátrio como uma espécie revestida de natureza cautelar cuja finalidade é assegurar a aplicação da lei penal.

⁴⁷ O Supremo Tribunal Federal está fora de controle. A economia é prejudicada por juízes de celebridades e um tribunal sobrecarregado que não pode emitir decisões duradouras (Tradução nossa)

⁴⁸ As leis não devem ser gravadas em pedra, é claro, mas também não devem ser como anemômetros. A Suprema Corte do Brasil mudou seu posicionamento sobre a mesma regra de prisão em segunda instância duas vezes na última década. Se a maioria dos juízes alterar de novo, o que é provável, Lula pode ser mandado para casa por enquanto (ele ainda enfrenta outros sete julgamentos) – junto com 4.895 outros criminosos condenados (...) A decisão sobre quando enviar condenados à prisão não afetará diretamente os negócios e os investimentos, mas a instabilidade das regras do topo do Judiciário. Dos muitos obstáculos que as empresas enfrentam, as regras e leis em constante mutação que geram mais leis estão entre as mais angustiantes (...) Os brasileiros não precisam de celebridades togadas ou de um tribunal tão sobrecarregado que não consiga tomar decisões duradouras. Eles precisam de estabilidade judicial, circunspeção e um tribunal que interprete ao invés de reinventar as mais altas leis do país (Tradução nossa)

8 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, vislumbra-se que a execução da pena antes do trânsito em julgado é medida de rigor para que a lei penal seja um mecanismo eficiente na prevenção de crimes, bem como um meio eficaz de tutelar os bens jurídicos do ofendido que necessita ver o peso da justiça recaindo sobre seu algoz, uma vez que o Estado monopoliza o direito de retribuir a conduta transgressora.

Como pontuado no presente trabalho, o sistema persecutório atual é extremamente benevolente com o acusado, haja vista o registro de excessos cometidos pelo Estado em tempos remotos. Todavia, a fim de se buscar a tão desejada paz social, torna-se necessário reescrever conceitos, buscando um equilíbrio entre o excesso de punitivismo do século passado com o demasiado garantismo negativo hodierno.

Tal equilíbrio pode ser encontrado na positivação da execução da pena após a condenação em segunda instância, visto que há a observância de todas as garantias de defesa ínsitas do duplo grau de jurisdição. Contudo, se após o amplo debate ainda sobrevier sentença condenatória, a pena deve ser imediatamente executada, a fim de assegurar a aplicação da lei penal, restando a subsistência da presunção de Não-Culpabilidade apenas no tocante aos outros efeitos da declaração de culpa.

O direito é uma ciência efêmera e em constante evolução, assim, se faz necessário sempre o exercício hermenêutico para identificar os problemas atuais e tentar solucioná-los através desta ferramenta. Se em tempos de outrora foi necessário atentar-se para a garantia de direitos individuais devido aos excessos praticados pelo Estado (*Übermassverbot*⁴⁹), atualmente nos deparamos com demasiadas garantias que atentam contra a tutela de direitos da coletividade, causando a proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Entende-se que a base Constitucional para a instituição da execução provisória da pena é extraída dos fundamentos da prisão preventiva, considerando a necessária urgência na aplicação da lei penal e seu proveito de forma justa e

⁴⁹ Termo da doutrina Alemã que se refere a vedação de excessos cometidos pelo Estado

equilibrada, buscando a redução da malfadada impunidade que beneficia malfeitores em detrimento à ordem pública.

Ademais, o Direito Comparado nos leciona que até mesmo os países que estão na vanguarda da proteção aos direitos e garantias fundamentais adotam a execução da pena quando exaurido o duplo grau de jurisdição, o que corrobora a tese firmada de que não há violação do princípio da Presunção de Inocência.

Por fim, em que pese a premente necessidade de instituir a execução penal após o Acórdão condenatório, não se deve fazê-la considerando unicamente precedente emanado pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente pela crise institucional instalada pela usurpação de Poderes da União e a instabilidade que acarreta enorme insegurança na ordem jurídica. Se por um lado não há violação a preceitos constitucionais, atualmente há dispositivos na legislação infraconstitucional que ainda impedem sua implantação, devendo ser derogados por normas positivadas pelo Poder competente.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Strafprozessordnung**. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> Acesso em: 13 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. 2.ª edição. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Império [1824]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Criminal do Império**. Rio de Janeiro, RJ: Império [1832]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Congresso. **Regulamento nº 120, de 1842**. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841. Rio de Janeiro, RJ: Império [1842]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm Acesso em: 27 de jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Site do Supremo Tribunal Federal. Vol. 64. Brasília, DF, 1973. Versão online. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/064_1.pdf. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Paciente Recolhido à prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Pretendido direito de recorrer em liberdade. Pedido subsidiário de progressão de regime. *Habeas-corpus* nº 69.964-2, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 18 de Dezembro de 1992.

Disponível em:

https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_69964_RJ_1278884951742.pdf?Signature=cbPmiW0w%2FOx%2BI25%2BVYIA51msMLU%3D&Expires=1571091067&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=026d7c36738ff45e909c928fa4f33027
Acesso em: 14 de out 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 9.996-RS 1999/0059784-2. Processo Penal. Habeas Corpus. Ação Penal. Homicídio duplamente qualificado. Prisão Preventiva. Fundamentação. Sumária de culpa. Excesso de prazo.

Ocorrência. Relator: Vicente Leal. Brasília, 14 de Setembro de 1999. **Jusbrasil**.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8367591/habeas-corpus-hc-9996-rs1999-0059784-2> Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Execução Provisória da Pena. Presunção de não-culpabilidade. *Habeas-corpus* nº 85.886-4, do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 6 de setembro de 2005. **Lex**-Jurisprudência do STF, p. 227.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366> Acesso em: 08 de jul 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *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. *Habeas-corpus* nº 84.078-7, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 05 de Fevereiro de 2009.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> Acesso em: 14 de out 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 795.677-SP. Penal. Agravo de instrumento – alegada violação a preceitos constitucionais (CF, art. 5º, incisos XXXVIII, “a” e “c”, emanado do E. Superior Tribunal de Justiça [...] Recurso improvido. Agravante: Antônio Marcos Pimenta Neves. Apelado. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Celso de Mello. Brasília, 24 de maio de 2011. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=62844> 6.

Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2018**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInforacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2018.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 168.955-SP. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Extinção da punibilidade. Não ocorrência. Réu que completou 70

anos após a sentença condenatória. Execução Provisória da Pena. Possibilidade. Esgotamento das instâncias ordinárias. Agravo a que se nega provimento. Agravante: Ricardo Mansur. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, 24 de março de 2019. **Lex**-Jurisprudência do STF, p. 14. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756479> Acesso em: 06 ago. 2019.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Escolha Racional e Criminalidade**: uma avaliação crítica do modelo. Revista da SJRJ, nº 22, 2008. Rio de Janeiro: Justiça Federal. Disponível em: https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos_escolha_racional_e_criminalidade.pdf Acesso em 22 ago. 2019.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 3ª ed. Vol VI. Rio de Janeiro: Editor Borso I, 1955.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **US Code**. *Legal Information Institute*:1992. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text> Acesso em: 13 jul. 2019.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 26 ago. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 16 jul. 2019.

FRANÇA. **Le Conseil constitutionnel**. Décision nº 2005-527 DC. Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales. Paris, 8 dez. 2005. Publicado em 13, dez. 2005, p. 19162. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005527DC.htm> Acesso em: 16 jul. 2019.

FRANÇA. Loi nº 2005-1549, du 12 décembre 2005. **Relative au traitement de la récidive des infractions pénales**. Diário Oficial da República Francesa, 13 dez. 2005, Seção 1, p. 19152. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000786845&categorieLien=id> Acesso em: 20 jul. 2019.

FRISCHEISEN, L.C.F.; GARCIA, M.N.; GUSMAN, F. **Execução Provisória da Pena**: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Revista ANPR Online, nº 7, jul-dez/2008. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores de República, 2008. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf Acesso em: 13 jul. 2019.

HENRIQUE, Alfredo. **Documentos comprovam como funcionam os tribunais do PCC**. Vice, 10 out. 2016. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/kbe9de/pcc-tribunal-do-crime Acesso em: 30 jul. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol I. Niterói, RJ: Impetus, 2011

LOCKE, John, **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Traduzido por Anoar Aiex. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. E-book. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/Ensaio-Acerca-do-Entendimento-Humano.pdf> Acesso em 02 dez. 2019.

MARGOLIS, Mac. Brazil's Supreme Court Is Out Of Control. **Bloomberg**. Nova Iorque, 21 out 2019. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2019-10-21/brazil-supreme-court-is-caving-to-lula-or-is-it> Acesso em: 27 out 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução, prefácio e notas por Cristina Murachco e Renato J. Ribeiro. 2ª Edição. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf Acesso em 10 out 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Organização dos textos por Ivone Susana Cortesão Heitor, Anabela Maia, Liliana Ventura, José Carlos Marques e Duarte Freitas. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg54.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

REINO UNIDO. **Supreme Court Act 1981**. Londres: 1981, c. 54. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/pdfs/ukpga_19810054_en.pdf Acesso em 08 jul. 2019.

REINO UNIDO. Palácio de Westminster. **Criminal Justice Act 2003**. Londres: 2003. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents> Acesso em: 08 jul 2019.

REIS, Deyvison Heberth dos; SANTIN, Valter Foletto. **Encarceramento ou Criminalidade em Massa?** Jacarezinho, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardisson. **Prescrição e Decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. *E-book*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Rolando Roque da Silva. E-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf> Acesso em 20 mai. 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos.** La estructura de la teoría del delito. Tradução, prefácio e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Edição. Madrid, ESP: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho Penal.** Tradução, prefácio e notas por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. 2008. Buenos Aires, ARG: Hammurabi, 2008.

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822 – 1940.** São Paulo: Annablume, 1999. E-book. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=q4vlg2cwzTwC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Acesso em: 21 jun. 2019.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Antônio Julião. O Direito Penal e sua execução no Brasil Colonial: a influência portuguesa e o papel do clero. **Empório do Direito.** São Paulo, 04 mar. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-direito-penal-e-sua-execucao-no-brasil-colonial-a-influencia-portuguesa-e-o-papel-do-clero-1508704569>. Acesso em: 21 jun. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade:** da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção insuficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/22284459/a-dupla-face-do-principio-daproporcionalidade-lenio-streck> Acesso em: 20 maio. 2019.

TOMAZ, Kleber; ARAÚJO, Glauco; REIS, Thiago. Polícia Investiga Mais de 40 Mortes Suspeitas de Execução em 'Tribunais do Crime' Neste Ano em SP. **G1.** São Paulo, 29 dez 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/policia-investiga-mais-de-40-mortes-suspeitas-de-execucao-em-tribunais-do-crime-neste-ano-em-sp.ghtml> Acesso em 14 out. 2019.