



UNIVERSIDADE
DO ESTADO DA BAHIA

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS
CAMPUS IV
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA CAROLINA OLIVEIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O REAL PROBLEMA
DA PENA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE SOBRE O
PANORAMA DOS PRESOS PROVISÓRIOS E A DISCUSSÃO
SOBRE A EXECUÇÃO DE PENA ANTES DO TRÂNSITO EM
JULGADO NO BRASIL.**

Jacobina
2018

ANA CAROLINA OLIVEIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O REAL PROBLEMA
DA PENA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE SOBRE O
PANORAMA DOS PRESOS PROVISÓRIOS E A DISCUSSÃO
SOBRE A EXECUÇÃO DE PENA ANTES DO TRÂNSITO EM
JULGADO NO BRASIL.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Universidade do Estado da Bahia, como
requisito parcial para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Ribeiro Guerra

Jacobina
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CAROLINA OLIVEIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O REAL PROBLEMA
DA PENA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE SOBRE O
PANORAMA DOS PRESOS PROVISÓRIOS E A DISCUSSÃO
SOBRE A EXECUÇÃO DE PENA ANTES DO TRÂNSITO EM
JULGADO NO BRASIL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Universidade do Estado da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, não poderia deixar de agradecer à força maior que permitiu a minha chegada até aqui, por ter me mantido firme durante todos esses anos. Obrigada, meu Deus, por permitir a concretização desse sonho.

À Instituição pela minha formação e pela oportunidade de conviver com uma turma querida e amiga.

Aos mestres que passaram seus conhecimentos em sala de aula e fora dela, em especial, agradeço em nome do meu orientador Rodrigo Guerra, pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

Aos meus pais que não mediram esforços para me ver chegar até aqui, sempre me incentivaram a seguir em frente nessa caminhada árdua de viver longe de casa para se dedicar a vida acadêmica. Após anos de muita saudade, estou voltando com o coração repleto de alegria e gratidão.

Aos meus irmãos pelo apoio e incentivo.

Ao meu noivo pela paciência e dedicação. Obrigada por ter sido minha fortaleza a cada vez que pensei em desistir.

A toda a minha família amada que sempre torceu por mim, obrigada por cada abraço de conforto e por entender os momentos em que não pude estar presente. Em especial, agradeço ao meu padrinho Rubens pelas palavras de coragem e determinação nos momentos que precisei.

Aos meus amigos de toda a vida por todo apoio, força e torcida.

Aos amigos que a UNEB me proporcionou, fizeram com que fosse possível sobreviver naqueles dias mais difíceis de vida acadêmica, sempre com sorrisos e abraços.

À minha duplinha durante a faculdade, obrigada Bi pela parceria, compreensão e paciência.

Agradeço a todos com o coração repleto de alegria e gratidão por tudo!

RESUMO

O presente trabalho busca delinear uma análise acerca da execução provisória da pena na prática jurídico-penal brasileira, além de verificar seus impactos diante das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal a partir do ano de 2009. Depreende-se da análise, o crescimento de abrangência do Direito Penal, desejado até mesmo pela sociedade que clama por ordem diante dos quadros de violência vivenciados, ratificando o poder estatal de punir, especificamente os menos favorecidos, maioria na população carcerária. Desse modo, este estudo aspira examinar o cenário jurídico que permite a execução provisória da pena, visando elucidar suas consequências no sistema carcerário atual. Entrementes, tal análise não se dará apenas em termos legais, mas, também, sob o ponto de vista sociológico e criminológico do controle social imposto. Para tanto, utilizou-se o método descritivo, qualitativo e dialético através de leitura bibliográfica, análises de jurisprudência da Suprema Corte e de dados coletados por institutos como IPEA e INFOPEN. Por fim, demonstra-se que o sistema carcerário não suporta o inchaço ocasionado pela execução provisória da pena, bem como a política punitivista imposta não é a solução para a violência.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena. Presos provisórios. Cumprimento antecipado da pena.

ABSTRACT

The present work seeks to delineate an analysis about the provisional execution of the criminal sentence in the Brazilian juridical and criminal practice, besides verifying its impacts before the decisions pronounced by the Federal Supreme Court, from the year of 2009. It infers from the analysis, the range increase of the Criminal Law, wanted even by the society that claims for order before the situations of violence experienced, ratifying the state power to punish, specifically those less favored, majority in prison population. Thus, this study aims to examine the legal scenario that allows the provisional execution of the criminal sentence, in order to elucidate its consequences in the current prison system. Nevertheless, such analysis will not only take place in legal terms, but also under the sociological and criminological of imposed social control point of view. For that, the descriptive, qualitative and dialectical method was used through bibliographical reading, Supreme Court jurisprudence analysis and data collected by institutes such as IPEA and INFOPEN. Lastly, it is demonstrated that the prison system does not support the swelling occasionated by the provisional execution of the criminal sentence, as well as the punitive politics imposed is not the solution to the violence.

KEYWORDS: Provisional execution of the penal sentence. Provisional prisoners. Early fulfillment of the penal sentence.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E CONTROLE SOCIAL | 10 |
| 2.1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA | 10 |
| 2.1.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO | 10 |
| 2.1.2. CONCEITO | 12 |
| 2.1.3. POSSIBILIDADES DE CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA..... | 13 |
| 2.2. PRESOS PROVISÓRIOS | 15 |
| 2.3. CONTROLE SOCIAL | 19 |
| 3. CONDENAÇÃO EM 2º GRAU | 26 |
| 3.1. JULGAMENTO DO STF ANTES DE 2016 | 26 |
| 3.2. JULGAMENTO DO STF EM 2016..... | 29 |
| 3.3. JULGAMENTO DO STF APÓS 2016 | 36 |
| 3.4. ADCS Nº 43 E Nº 44..... | 38 |
| 3.5. ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA..... | 39 |
| 4. ANÁLISE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA | 42 |
| 4.1. DADOS DO INFOPEN..... | 42 |
| 4.2. DADOS DO IPEA..... | 46 |
| 4.3. DADOS DO FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA | 48 |
| 4.4. BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES | 49 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 51 |
| REFERÊNCIAS | 53 |

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca delinear uma análise acerca da execução provisória da pena na prática jurídico-penal brasileira, além de verificar seus impactos diante das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal a partir do ano de 2009 com o Habeas Corpus nº 84.078, passando pelo entendimento atual julgado no Habeas Corpus nº 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44.

Depreende-se da análise o crescimento de abrangência do Direito Penal, desejado até mesmo pela sociedade que clama por ordem diante dos quadros de violência vivenciados, ratificando o poder estatal de punir, especificamente os menos favorecidos, maioria na população carcerária. Nesse contexto, verifica-se o controle social estabelecido na sociedade desde a década de 1970.

O número de presos no Brasil tem aumentado de forma assustadora, sendo que 40% destes são presos provisórios, pessoas segregadas do convívio social, em locais de condições precárias na maioria deles, sem ao menos ter a sua condenação definitiva. Tal premissa é possível através da execução provisória da pena quando o indivíduo preso, sem sentença condenatória transitada em julgado, começa a cumprir pena sob a justificativa do magistrado de estarem presentes os pressupostos ensejadores da segregação cautelar.

Assim, revela-se a importância do presente estudo, alertar a sociedade para entender o contexto ao qual está inserida, de modo a perceber que as prisões têm funcionado como campos de concentração para pobres. Ademais, a forma de política tal qual é imposta, não expressa compromisso em acabar com a violência.

Apesar de não ter Execução Penal na grade da universidade, a aproximação com o tema surgiu com a experiência de ter estagiado na Vara Crime de Jacobina/BA, a partir da vivência com execuções provisórias. Desse modo, foram surgindo diversas dúvidas a respeito do instituto, uma vez que se expede guia provisória dos réus presos que foram condenados em 1º grau, sem o devido trânsito em julgado. São casos em que ocorre diminuição da pena, ocasionando assim em regime mais brando, desclassificação do crime ou até mesmo a absolvição.

Este trabalho foi dividido em três capítulos, se inicia com as hipóteses de cabimento da prisão até o cumprimento antecipado da pena, perpassando pelos fundamentos da prisão preventiva. Em seguida, traz o conceito de execução provisória da pena e as possibilidades de seu cumprimento antecipado segundo o ordenamento jurídico penal brasileiro. Ainda nesse capítulo, trabalharam-se os conceitos de presos provisórios e controle social com a finalidade de analisar o que está por trás do sistema posto nos dias de hoje.

No segundo capítulo, é abordada uma análise jurisprudencial acerca da execução provisória da pena diante do entendimento da Suprema Corte, de modo a analisar os argumentos utilizados pelos ministros para justificar seus respectivos votos nos habeas corpus trabalhados. Na sequência, intercalou-se com o ponto de vista de alguns doutrinadores do processo penal em relação ao referido instituto.

No terceiro e último capítulo, buscou-se analisar os dados disponibilizados por instituições como o INFOPEN e o IPEA acerca da população carcerária brasileira, a fim de entender o contexto no qual essas pessoas estão inseridas. Ademais, buscou-se demonstrar a banalização das prisões nos dias de hoje.

O problema da presente pesquisa está nos seguintes questionamentos: qual a função da execução provisória da pena na prática jurídico-penal brasileira? Para além do texto constitucional, as decisões do Supremo Tribunal Federal violaram dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal? O sistema penitenciário brasileiro dispõe de capacidade para arcar com o aumento de encarceramentos resultante de execuções provisórias?

Desse modo, este estudo aspira examinar o cenário jurídico que permite a execução provisória da pena, visando elucidar suas consequências no sistema carcerário atual. Entrementes, tal análise não se dará apenas em termos legais, mas, também, sob o ponto de vista sociológico e criminológico do controle social imposto. Para tanto, utilizou-se o método descritivo, qualitativo e dialético através de leitura bibliográfica, análises de jurisprudência da Suprema Corte e de dados coletados por institutos como IPEA e INFOPEN.

2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E CONTROLE SOCIAL

2.1. Execução provisória da pena

2.1.1 Hipóteses de cabimento

No ordenamento jurídico processual penal a prisão pode ser cautelar, antes do trânsito em julgado, ou prisão-pena, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. As prisões de natureza cautelar estão dispostas no Código de Processo Penal, mais precisamente no artigo 283¹, no qual se extrai a prisão em flagrante, a prisão-pena, a prisão temporária e a prisão preventiva. Para além disso, o Poder Judiciário aplica a execução provisória da pena, como instrumento de antecipar o seu cumprimento antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos e fundamentos da prisão preventiva.

A primeira hipótese de prisão é considerada como medida precária e de caráter pré-cautelar, consiste na prisão em flagrante delito, prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal², bem como no artigo 5º, LXI da Constituição Federal. Nessa modalidade, existe apenas a visibilidade do delito, oportunidade em que essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h, conforme disciplina o artigo 306 do CPP. Ato contínuo, o juiz deverá decidir pelo relaxamento da prisão ilegal, pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou pela concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.³

A segunda modalidade consiste na prisão pena em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado, através do qual poderá ser iniciado o cumprimento definitivo da pena. Nesse momento, supera-se o princípio da presunção de inocência para desencadear a satisfação da pretensão executória do Estado, considerando o indivíduo como culpado e carecedor da medida extrema, como forma de ressocializá-lo antes de voltar ao convívio social.

A terceira hipótese esteia-se na prisão temporária prevista na Lei nº 7.960/89, cuja finalidade é assegurar uma investigação policial eficaz quando se tratar de infração de natureza grave; quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos

¹ **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.

² **Art. 301.** Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

³ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 489-90

necessários ao esclarecimento de sua identidade; ou quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes, conforme disciplina o artigo 1º da referida lei. Essa modalidade é possível a partir de autorização judicial fundamentada a fim de evitar que o sujeito prejudique o andamento do processo.

A quarta e última modalidade consiste na prisão preventiva e está prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal⁴, por meio do qual deverá ser “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, de acordo com o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal. Sua finalidade é a tutela da persecução penal, possível quando as demais medidas cautelares diversas da prisão não são suficientes para alcançar o objetivo, ou quando há descumprimento injustificado de medida cautelar anteriormente imposta.⁵

Nessa modalidade, necessário se faz preencher os requisitos e fundamentos do artigo 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Importa consignar que a prisão em decorrência da decisão de pronúncia não é mais obrigatória e foi revogada pela Lei nº 12.403/2011. Hodiernamente, a questão é tratada no artigo 413, §3º, do Código de Processo Penal, de modo que o juiz decidirá fundamentadamente acerca da necessidade de manutenção, revogação ou substituição de medida cautelar, “pouco importando se primário ou reincidente, portador de bons ou maus antecedentes, autor de crime hediondo ou não”.⁶

Segundo entendimento de Aury⁷, são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência. São eles a motivação, no qual toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada; o contraditório, garantia constitucional que

⁴ **Art. 311.** Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 261.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1.161.

⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 479-87.

dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida; a provisionalidade, uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida, deve cessar a prisão; a provisoriedade, no qual toda prisão deve ser temporária, embora não haja um prazo fixo determinado por lei; a excepcionalidade, considera a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado; e, por fim, a proporcionalidade, na qual o juiz deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida.

2.1.2. Conceito

A execução provisória da pena ocorre quando o indivíduo preso, sem sentença condenatória transitado em julgado, começa a cumprir pena sob a justificativa do magistrado de estarem presentes os pressupostos ensejadores da segregação cautelar. Em que pese a Constituição Federal dispor em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”, o Poder Judiciário relativizou essa premissa. O Supremo Tribunal Federal permuta entre admitir a prisão somente após o trânsito em julgado ou permitir a execução provisória da pena, como veremos no próximo capítulo.

Ao proferir a sentença condenatória, o juiz observará o artigo 387 do CPP⁸, a fim de verificar se há a necessidade da medida extrema ou de outra cautelar diversa da prisão, observando as premissas do artigo 312 do CPP. De acordo com Aury Lopes, nesse momento em que o *fumus commissi delicti* restou comprovado, é imprescindível a demonstração do *periculum libertatis* e o risco de fuga do condenado, não tendo relevância o fato de ser o réu reincidente ou primário.⁹

⁸ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação

⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 547.

2.1.3. Possibilidades de cumprimento antecipado da pena

Ao julgar o HC 126292, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de executar provisoriamente a pena a partir de acórdão proferido em segundo grau de jurisdição, ainda que pendente de julgamento de recurso. Se não, vejamos:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Nesse ínterim, o STF decidiu que a execução provisória após o recurso em segunda instância não fere garantias constitucionais, tampouco a presunção de inocência, considerando que a matéria já foi discutida desde a primeira instância, esgotando a discussão acerca do fato e da prova. Ato contínuo, após o acórdão do órgão colegiado, não é mais possível invocar o princípio da presunção de inocência para afastar a execução provisória.

Nesse sentido, Ayres Britto traz a seguinte ressalva:

A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito a presunção de não culpabilidade e situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.¹⁰

[HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2a T, *DJE* de 19-6-2012.]

No mesmo sentido, Marco Aurélio afirma que:

O princípio da não culpabilidade exclui a execução da pena quando pendente recurso, muito embora sem eficácia suspensiva.¹¹

[HC 88.276, rel. min. Marco Aurélio, j. 7-11-2006, 1a T, *DJ* de 16-3-2007.]

Entretantes, é possível na prática jurídica criminal o cumprimento antecipado da pena após a sentença condenatória de primeira instância, momento em que, como visto alhures, o juiz decidirá fundamentadamente acerca da necessidade da manutenção, substituição ou revogação de medida cautelar. Nessa mesma oportunidade, o réu tem o direito de recorrer da decisão a fim de modificar ou anular a decisão que foi contrária a seus interesses, bem como de recorrer em liberdade, conforme artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

A fim de justificar a possibilidade de execução provisória no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 669, I, do Código de Processo Penal permite a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, salvo quando o crime for afiançável e o réu prestar fiança, adiando assim o começo de sua execução até o julgamento do recurso. Nesse contexto, o artigo 637 do mesmo diploma legal, dispõe que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, autorizando, assim, a execução da sentença.

Insta salutar a fala do ministro Eros Grau nesse sentido:

O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais

¹⁰ COLETÂNEA TEMÁTICA DE JURISPRUDÊNCIA: Direito Penal e Processual Penal [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 2. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, Supremo Tribunal Federal, 2016. p. 79.

¹¹ *Ibid.*, p. 85.

baixarão a primeira instancia para a execução da sentença”. A LEP condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao transito em julgado da sentença condenatória. A CB de 1988 definiu, em seu art. 5o, LVII, que “ninguém será considerado culpado ate o transito em julgado de sentença penal condenatória”. Dai que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, alem de adequados a ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. A prisão antes do transito em julgado da condenação somente pode ser decretada a titulo cautelar.¹²

[HC 84.078, rel. min. Eros Grau, j. 5-2-2009, P, *DJE* de 26-2-2010.]

Nesse diapasão, as súmulas 716¹³ e 717¹⁴ do Supremo Tribunal Federal suscitam a viabilidade de progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Seguindo esse entendimento, extrai-se que é possível a execução da pena aplicada pelo juízo de 1º grau ainda que pendente de recursos. Nessa mesma linha o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 267 dispondo que “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”

2.2. Presos provisórios

Conforme entendimento do TJDFT, “preso provisório é aquele cuja prisão foi decretada com o intuito de garantir que o acusado passe por um processo penal, com direito a ampla defesa e contraditório, para que o juiz, ou conselho de sentença, no caso do Tribunal do Júri, possa chegar a uma decisão e, conseqüentemente, aplicar uma pena que pode ser a de prisão.”¹⁵ Em regra, o acusado deve responder o processo em liberdade, entretanto, caso estejam presentes os requisitos legais, pode ser decretada a prisão cautelar, desde que os

¹² Ibid. p. 81.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em 23/10/2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acesso em 23/10/2018.

¹⁵ TJDFT. **Presos provisórios**. Disponível em < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/edicao-semanal/preso-provisorio>>. Acesso em 23/10/2018.

presos provisórios fiquem separados dos presos definitivos, conforme prevê a lei de execução penal.

A súmula vinculante nº 56 diz que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” Aqui, importa traçar algumas considerações, a começar pelos regimes prisionais de cumprimento de pena fixados pelo Código Penal. No regime fechado, a pena é cumprida dentro da própria penitenciária, o condenado fica sujeito a trabalho durante o dia e isolamento durante o período noturno.

Conforme o Art. 102 da LEP, a cadeia pública destina-se apenas ao recolhimento de presos provisórios, enquanto que o CPP disciplina em seu Art. 300 que as pessoas presas provisoriamente devem ficar separadas daquelas que já foram condenadas. Na prática o que se vê é a mistura desses presos de regimes diferenciados nas cadeias públicas, basta ir até a delegacia mais próxima e se deparar com essa situação.

No regime semiaberto, a pena é cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, §1º, b, CP), de modo que o condenado fica sujeito a trabalho durante o dia dentro da colônia. Por fim, no regime aberto, a pena é cumprida na casa de albergado ou no estabelecimento adequado (art. 33, §1º, c, CP), nessa categoria, o condenado trabalha, frequenta cursos ou realiza outras atividades autorizadas, durante o dia, fora do estabelecimento e sem vigilância; à noite e nos dias de folga, permanece recolhido na casa de albergado. A intenção consiste em oportunizar ao indivíduo o senso de responsabilidade e autodisciplina.

Entrementes, a prática desses regimes são bem diferentes e peculiares, é comum que não existam colônias agrícolas e industriais e casas de albergado conforme descrito no Código Penal, os quais são substituídos pelo estabelecimento similar e pelo estabelecimento adequado, respectivamente. O STF, então, decidiu no RE 641.320/RS a fixação de alguns parâmetros para tentar dirimir os questionamentos decorrentes da falta de estabelecimento penal adequado.

O primeiro deles é que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, dessa forma, a falta de vaga nos

regimes semiaberto e aberto não justifica a permanência do indivíduo em regime fechado, sob pena de violar as garantias constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX), resultando no excesso de execução.¹⁶

O segundo parâmetro trata do que vêm a ser estabelecimento similar e estabelecimento adequado. O STF decidiu que os juízes da execução penal podem avaliar se os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto são adequados, considerando que podem substituir as colônias agrícolas e industriais, bem como as casas de albergado. Com a ressalva de que não pode existir alojamento conjunto de presos desses regimes com o regime fechado.

Em relação ao déficit de vagas, foi estabelecido outro parâmetro, com o objetivo de surgir novas vagas nos regimes semiaberto e aberto para aqueles que acabaram de progredir, sendo assim, deve ser determinada a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; bem como, o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progrida ao regime aberto. Ademais, decidiu a Suprema Corte no sentido de que enquanto não forem estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Nesta senda, Cezar Bitencourt afirma que tem aumentado assustadoramente as prisões cautelares, que nem sempre têm observado o limite legal de duração (81 dias). A longa demora dos trâmites processuais-recursais tem levado inúmeros recorrentes a cumprirem grande parte de suas sanções em regimes mais graves que aquele aplicado na sentença ou mesmo que aquele previsto em lei para o caso concreto.¹⁷ Por isso, o STF editou a súmula 716 cujo teor confere direito ao benefício da progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. A jurisprudência tem entendido que o processo de execução criminal

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320** – Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido Luciano da Silva Moraes. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJE 11/05/2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 23/10/2018.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Análise crítica de algumas das últimas súmulas do STF**.

Disponível em < <http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/40-analise-critica-de-algumas-das-ultimas-sumulas-do-stf>>. Acesso em 23/10/2018

provisória pode ser formado ainda que haja recurso pendente de julgamento, sem prejuízo dos benefícios provisórios na execução da pena.¹⁸

De acordo com dados disponibilizados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)¹⁹, em 2016 a população carcerária brasileira contava com mais de 726 mil presos, sendo 40% presos provisórios. Isso significa um aumento constante no percentual desde os anos 2000 quando o registro foi de 35% e em 2003 de 22%, ressalte-se que essa diminuição no ano 2003 ocorreu porque os dados só foram contabilizados na metade do ano, o que consagra o aumento desde então.

Ainda de acordo com esses dados, o Brasil possui a terceira maior população carcerária, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (2,14 milhões) e da China (1,65 milhão). Esses números consagram a importância dada ao cárcere como solução para a violência e a garantia da segurança pública. Louk Hulsman faz uma alerta:

Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Vemo-nos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.²⁰

Depreende-se assim, o ciclo de segregação daquelas que vivem às margens da sociedade, ocasionado pelo aumento da violência e do encarceramento em massa, em um sistema institucionalizado por políticas populistas e emergenciais.

Foi implantado no Brasil, no ano de 2018, o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP2), a fim de efetuar o cadastramento individual das pessoas presas no País.

¹⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto**- 2. ed., rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPodivm, 2017. p. 217.

¹⁹ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016/ Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 24/10/2018

²⁰ HULSMAN, Louk. **Penas perdidas – O Sistema Penal em Questão**. Niterói: Luam, 1997, p. 69.

Cada preso terá um número de identidade no sistema, o Registro Judicial Individual – RJI, através dele será feita toda movimentação em qualquer processo penal que possua, a nível nacional, inclusive a expedição de alvará de soltura. A ministra Cármen Lúcia, idealizadora do projeto, ressaltou a importância do sistema que fornece informações seguras e confiáveis sobre todos os cidadãos encarcerados sob responsabilidade da justiça.²¹

Até o mês de agosto do corrente ano, já foram cadastrados 602 mil presos, quase a totalidade do país, em que pese não ter sido concluído o cadastramento, o sistema já traz estatísticas do tipo de crime que mais levam pessoas à prisão, sendo que mais da metade da totalidade praticam roubo (27%) e o tráfico (24%). Outros dados importantes obtidos com o sistema são a faixa etária dos presos e o tempo da prisão provisória, sem condenação²².

Outro programa implantado pelo CNJ foi a Audiência de Custódia em 2015, com a finalidade de apresentar o preso a um juiz de forma mais rápida quando consistir em prisão em flagrante, conforme veremos adiante.

2.3. Controle social

Ao passar para uma análise criminológica do contexto social e das causas de explosão das taxas de criminalidade, nos deparamos com David Garland e sua obra *A Cultura do Controle*, no qual o autor considera o crime como uma construção política, um fenômeno que surge como consequência das interações sociais marcadas pelas relações de poder preexistentes e pela desigualdade de recursos de poder. Sentenças condenatórias, direitos das vítimas, leis de vigilância comunitária, policiamento privado, políticas de “lei e ordem” e a crença de que “a prisão funciona” são elementos comuns no campo do controle do crime.

Extraí-se da obra citada que o Estado penal-previdenciário vigente até meados do século XX considerava o crime como uma “consequência natural da tentação, largamente disseminada em todas as classes mais baixas e intimamente relacionada com a ociosidade e a

²¹ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira**. CNJ, Agosto de 2018. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>> Acessado em 24/10/2018

²² Ibid., mesma página.

indigência.”²³ A solução encontrada foi prevenir as oportunidades de prática do crime e vigiar as situações de vulnerabilidade. O previdenciário penal se voltava aos problemas do desajustamento individual, concentrados nos setores mais pobres da população, atribuídos à pobreza, à socialização deficiente e à privação social.

Entretanto, esse sistema não vigeu por muito tempo, a sociedade foi evoluindo de modo desordenado, seja nas mudanças demográficas, seja na estratificação social, e a população mudou seu modo de pensar em relação às políticas impostas. Nesse contexto, segundo o autor, a sociedade passou a enxergar as políticas previdenciárias como opulências onerosas, de modo que os contribuintes trabalhadores não podiam mais sustentar.²⁴

O autor atribui o processo de mudança ao habitus, de modo que “uma nova configuração não emerge completamente até que esteja arraigada nas mentes e nos hábitos daqueles que operam no sistema”.²⁵ Desse modo, as transformações decorrentes da dinâmica da produção capitalista e das trocas no mercado e os correspondentes avanços na tecnologia, no transporte e nas comunicações, a reestruturação da família e da vida familiar, as mudanças na ecologia social das cidades e nos subúrbios, o surgimento dos meios eletrônicos de comunicação e a democratização da vida social na segunda metade do século XX trouxe a mudança de paradigma. Nesse sentido, Garland afirma:

A criminologia contemporânea vê o crime como um aspecto normal, rotineiro, lugar-comum da sociedade moderna, sendo tais crimes praticados por indivíduos normais em seus intentos e propósitos. No ambiente penal, este modo de pensar tem ensejado o recrudescimento de políticas de retribuição e de intimidação, na medida em que afirma que delinquentes são atores racionais, refratários aos mecanismos de inibição e totalmente responsáveis por seus atos criminosos.²⁶

Nesse contexto, não se considera mais que indivíduos se tornavam delinquentes porque eram privados de educação adequada, do seio familiar ou de oportunidades de empregos, perspectiva essa que acreditava no tratamento correccional individualizado, em oportunizar

²³ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 99.

²⁴ *Ibid.*, p. 182.

²⁵ *Ibid.*, p. 74.

²⁶ *Ibid.*, p. 61.

educação e emprego para o sujeito, visando medidas de reforma social que viabilizassem o bem-estar.

A solução encontrada foi através de promoção do envolvimento das comunidades e da disseminação de ideias e práticas ligadas à prevenção do crime para além das organizações estatais, seja por meio da expansão da indústria de segurança privada, seja pelos novos estilos de gerência e de rotinas de trabalho, mediante medidas preventivas, multas e penas alternativas fixas. O resultado foi uma perpétua sensação de crise diante das altas taxas de criminalidade, “antes atribuídas a *falhas na execução*, que ensejavam a demanda por mais empenho por parte do sistema existente, com mais recursos e poderes para os agentes do sistema, agora são interpretadas como prova de *falha na teoria*”.²⁷

Diante das altas taxas de criminalidade consideradas como fato social normal, a solução encontrada foi se concentrar nos efeitos do crime, ao invés das suas causas. A partir de então, surgiram novos programas e iniciativas políticas, como “novos objetivos institucionais, novos regimes penitenciários e de policiamento e novas concepções sobre o problema do crime e sua solução.”²⁸ Nesse contexto, a população passou a viver com a constante ameaça do crime, uma possibilidade sempre presente.

Não há mais confiança na capacidade do Estado de justiça criminal de controlar o crime e de assegurar lei e ordem. Nessa perspectiva, os novos objetivos políticos, na medida em que analistas políticos consideram mais realista cuidar dos efeitos do crime do que do próprio crime, foram melhorias superficiais, “a melhor administração de riscos e recursos, a redução do medo do crime, a redução dos gastos da justiça criminal, maior apoio para as vítimas, medidas penais mais expressivas”.²⁹ Desse modo, o Estado pós-moderno se encontra diante de sua própria ineficiência de proporcionar níveis esperados de controle do crime.

Segundo o autor, as respostas de adaptação encontradas pelo Estado foram a profissionalização e racionalização da justiça através de iniciativas governamentais implementadas para substituir as condenações, tais como livramento condicional intensivo, as casas de albergado e as colônias de tratamento. A comercialização da justiça, a partir da

²⁷ Ibid., p. 67.

²⁸ Ibid., p. 241.

²⁹ Ibid., p. 247-48

delegação às empresas privadas das funções exercidas exclusivamente pelo Estado. A restrição da criminalização seja pela filtragem das ocorrências e dos casos feita fora do sistema, seja pela diminuição do grau de criminalização e punição de certas condutas. Desse modo, “a promessa de assegurar a “lei e ordem” e a segurança para todos os cidadãos é agora substituída por uma promessa de processar as ocorrências ou de aplicar punições de modo justo, eficiente e econômico.”³⁰

Nesse diapasão, no novo cenário de política criminal, verificou-se uma nova ênfase em enfrentar os efeitos do crime ao invés do enfrentamento do próprio crime. Isso foi possível a partir do apoio às vítimas, “o sistema penal buscou se reinventar na forma de prestador de serviços para as vítimas, em detrimento de ser um serviço público de aplicação da lei”.³¹ Bem como, passou a mitigar os custos do crime, lidando com o medo público e reduzindo a insegurança, ao passo que a polícia reintroduziu o patrulhamento nas ruas e patrocinou os mecanismos de vigilância comunitária, vez que tais medidas eram mais eficazes em tranquilizar o público do que propriamente em reduzir as taxas de criminalidade.

Segundo o autor, o objetivo principal consistia em disseminar a responsabilidade pelo controle do crime entre as demais categorias da sociedade, a fim de induzi-los a agir convenientemente.³² Nesse cenário, a tarefa do Estado é pulverizar e apoiar estes inúmeros atores, em vez de atribuir o controle do crime a ele próprio.

Conforme a obra citada, a preocupação política atual consiste no novo ideal penal, qual seja que o público seja protegido por meio de medidas populistas e politizadas, aprovadas com pouca pesquisa prévia, sem o planejamento de custos e das projeções estatísticas próprias de outras áreas políticas. Sendo assim, hodiernamente, a necessidade de reduzir o sofrimento presente ou futuro da vítima funciona como uma justificção geral para medidas de repressão penal, bem como a imagem santificada da vítima sofredora se tornou um bem valioso nos circuitos políticos e midiáticos.³³

Nesse sentido, Garland afirma que:

³⁰ Ibid., p. 264

³¹ Ibid., p. 266

³² Ibid., p. 270.

³³ Ibid., p. 316-7

Em vez de perseguir, processar e punir os indivíduos, o novo aparato de prevenção e segurança visa reduzir a oferta de eventos criminosos através da minimização de oportunidades, da intensificação de controles situacionais e da evitação de situações criminogênicas.”³⁴ (...) Se o objetivo oficial do previdenciarismo penal era a promoção do bem-estar social, o desiderato principal, agora, é lastimavelmente o aumento eficiente do controle social.³⁵

Nesse contexto, a prisão é vista como mecanismo de exclusão e controle, na medida em que o encarceramento em larga escala passou a funcionar como uma estratégia de segregação, afastando aquelas populações rejeitadas, colocando-as nos bastidores da vida social. De modo que, os interesses dos criminosos condenados, quando levados em consideração, são vistos como opostos aos do interesse público.

O controle do crime é constituído a partir das respostas de adaptação às condições culturais e criminológicas do campo como o “complexo do crime”, as políticas reacionárias e as novas relações sociais emergentes das estruturas do trabalho, da previdência e do mercado. Sobre o crime, assevera Garland que “é considerado um ato livremente escolhido, uma decisão racional, salvo naqueles casos em que realmente tenha sido determinado por alguma patologia.”³⁶ Desse modo, o controle do crime e a justiça criminal se distancia da justiça e da reconstrução social.

O referido autor afirma que a prisão reinventada da atualidade é utilizada e propagada como uma solução pronta e acabada para um novo problema de exclusão social e econômica. Se não vejamos:

A opinião dominante agora é a de que “a prisão funciona” – não como um mecanismo de reforma ou de reabilitação, mas como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras.³⁷ (...) Soluções penais são imediatas, fáceis de serem implementadas e podem alegar que “funcionam” como instrumento punitivo ainda que fracassem em todos os outros objetivos. Porque elas possuem poucos oponentes políticos e relativo baixo custo, assim como se harmonizam com o senso comum no que concerne às fontes de desordem social e à adequada atribuição de culpa.³⁸

³⁴ Ibid., p. 370

³⁵ Ibid., p. 379

³⁶ Ibid., p. 421.

³⁷ Ibid., p. 59.

³⁸ Ibid., p. 423.

O público clama por uma solução imediata para o crime, pela proteção do seu patrimônio, bem como pela punição e controle dos criminosos, a fim de propagar segurança e eficiência. Ao passo que, os políticos optam pelo caminho mais curto, da segregação, ao invés de regular a vida econômica e de desenvolver políticas que propiciem a inclusão e integração sociais.³⁹ A atitude preponderante consiste em que é melhor manter um criminoso trancafiado para sempre do que arriscar a vida ou a propriedade de outra vítima inocente.

Assim, essa noção de crime, violência, justiça e desigualdade foram difundidas pelos Estados Unidos e Europa, propagando os ideais de criminalização dos pobres, segregação e tratamento de consequências em detrimento das causas. Nessa perspectiva, a justiça criminal brasileira utiliza-se da execução provisória da pena como solução, tendo o respaldo da população que aceita a violência como punição.

Na obra *A Ralé Brasileira* de Jessé Souza, Priscila Coutinho⁴⁰ relata acerca da desigualdade de classe entre o aplicador do Direito e o réu da ralé, descrevendo em alguns momentos a insensibilidade dos aplicadores mais conservadores, bem como a dificuldade perpetrada pelos aplicadores críticos diante dos limites da lei. A sociedade clama pela postura conservadora na sede de alcançar níveis de segurança, mas não leva em consideração o fato da desestruturação familiar, da renda e do *habitus*.

A autora também trata do *habitus* como fator criminógeno, de modo que, quando um indivíduo vive submetido a determinadas condições, seu comportamento tende a ser diferente daqueles que são privilegiados por condições de vida mais favorável.⁴¹ Desse modo, não é simplesmente uma questão de escolha, mas sim, determinada pela posição e condição da classe, marcada pela falta de políticas que interferissem nos processos de socialização desde o estatuto colonial até os dias de hoje.

Quanto à prisão, Priscila Coutinho defende que:

“A prisão exerce, quase imperceptivamente, uma importante função do controle social: organiza de forma seletiva a criminalidade. Não se trata apenas da punição de

³⁹ Ibid., p. 427.

⁴⁰ SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive** / colaboradora Priscila Coutinho – **A má-fé da justiça**. [et al.] — Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

⁴¹ Ibid. p. 343.

atos infratores, mas de uma reação institucional, não apenas consentida socialmente, mas socialmente desejada, contra um ser humano considerado nocivo à vida coletiva.”⁴²

Conforme esse entendimento, diante da ausência de políticas institucionais perante os processos de socialização primária, remanesce para o sistema penal a função de proteger a “sociedade de bem” daqueles que podem ameaçá-la. Por conta disso, o princípio da segurança jurídica e a consideração da função de uma decisão condenatória, juntamente com a aplicação da pena de prisão, tendem a superar princípios como o da dignidade da pessoa humana.

Já dizia Garland, “no clima político atual, um registro de antecedente criminal afeta mais o *status* moral do indivíduo do que altera seu risco atuarial.”⁴³ Seguindo essa perspectiva, Priscila Coutinho assinala que o Estado age de modo a legitimar o esquecimento da ralé enquanto classe, na medida em que pune seus membros como indivíduos.⁴⁴

Como se sabe, o processo de marginalização dos vulneráveis, em especial o pobre, não é recente. Estigmatizar tornou-se algo comum em toda sociedade e perdura há tempos. O pobre é estigmatizado, rotulado, na grande maioria, por marginal, assim como criminalizado a todo instante, tem-se um Estado que força a criminalização da pobreza.

⁴² Ibid. p. 347.

⁴³ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 401.

⁴⁴ SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive** / colaboradora Priscila Coutinho – **A má-fé da justiça**. [et al.] — Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 350.

3. CONDENAÇÃO EM 2º GRAU

O Supremo Tribunal Federal tem oscilado o entendimento acerca da execução provisória da pena, ora entende ser possível, ora decide pela sua impossibilidade. No presente capítulo, a análise será feita ante o entendimento da Corte a partir do ano de 2009 até os dias de hoje. Importa consignar que a execução discutida no âmbito do STF é dada no momento após a decisão de segunda instância, quando há o recurso especial ou o recurso extraordinário.

3.1. Julgamento do STF antes de 2016

Em 2009 o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 84.078/MG, por 7 votos a 4, decidiu pela impossibilidade da execução antecipada da pena, alterando o entendimento anterior instituído no HC 68.726 em 1991. Os ministros vencedores foram Eros Graus, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski. Os vencidos: Menezes Direito, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

Conforme voto do ministro relator, em que pese o art. 637 do Código de Processo Penal estabelecer, *in verbis*: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.” A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Nessa mesma linha de pensamento, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, instituiu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Nesse diapasão, o ministro Celso de Mello afirmou:

Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção

de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.⁴⁵

Depreende-se do voto do Ministro Relator Eros Grau que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, caso contrário, o encarceramento do acusado após o julgamento do recurso de apelação transforma-se em execução antecipada da pena. Para ele, os preceitos veiculados pela Lei de Execução Penal estão de acordo com a ordem constitucional vigente, outrossim, preferem, temporal e materialmente, ao que dispõe o art. 637 do Código de Processo Penal editado em 1941.

O ministro faz alusão ao art. 147 da LEP que trata da pena restritiva de direitos, no qual ambas as Turmas acordam que o artigo está em conformidade com o texto constitucional, afastando a possibilidade de execução da sentença antes do trânsito em julgado. Reputa, ainda, que a ampla defesa abrange todas as fases processuais, inclusive as fases recursais de natureza extraordinária, caso contrário, caracterizaria restrição do direito de defesa e desequilíbrio na relação processual.

Extrai-se dos votos vencedores que a custódia cautelar é possível como medida extrema quando preenchidos os requisitos assinalados pela lei durante a investigação criminal ou o processo penal. O ministro Celso de Mello ressaltou essa possibilidade, se não, vejamos:

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado decrete, arbitrariamente, por antecipação, a prisão cautelar de qualquer pessoa, sem base empírica idônea justificadora da real necessidade dessa medida constritiva, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.⁴⁶

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, chama atenção para o fato de o indivíduo ter a sua sentença reformada mediante recurso, na esfera penal, trata-se da liberdade, não sendo

⁴⁵ Trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009. p. 14.

⁴⁶ Trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009. p. 9-10.

possível o retorno ao *statu quo ante*. Ademais, assevera que a súmula nº 267⁴⁷ do Superior Tribunal de Justiça se encontra em dissonância com a Constituição Cidadã.

Dessa análise, conclui-se que ninguém será preso após decisão condenatória recorrível de 1ª ou 2ª instância, salvo por decisão motivada e fundamentada pela necessidade de prisão cautelar. Nesse sentido, Guilherme Madeira afirma que:

Ora, a antecipação da execução da pena mostra-se violadora da presunção de inocência na medida em que o acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Qualquer prisão antes do trânsito em julgado é prisão processual e, como tal, demanda motivação adequada.⁴⁸

Para o referido autor, a antecipação do cumprimento de pena se revela inconstitucional na medida em que viola a presunção de inocência, além de ser inconveniente por ofender o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8, 2, caput⁴⁹.

No que se referem aos ministros vencidos, estes argumentaram que o recurso extraordinário e especial dispõe apenas de efeito devolutivo e não suspensivo, desse modo, não obsta a execução provisória da pena, mesmo que pendente desses recursos. Para eles, não há incompatibilidade com o preceito constitucional expressado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Nesse sentido, o Ministro Menezes Direito asseverou que o preceito constitucional não pode ser utilizado como vedação da execução provisória antes dos recursos extraordinários, uma vez que nessa fase não se analisa mais matéria de fato.

O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservadas às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados.⁵⁰

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 267**. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-267,2650.html>. Acesso em 23/10/2018.

⁴⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal** / Guilherme Madeira Dezem; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 431.

⁴⁹ **Artigo 8, 2, caput**: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

⁵⁰ Trecho do voto proferido pelo Ministro Menezes Direito no julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009. p. 05.

Outro argumento referido pelos ministros vencidos foi a consequente prescrição ocasionada pelos reiterados recursos, visto que o último marco prescricional foi a sentença condenatória, sendo assim até o trânsito em julgado. Em que pese a explanação desses argumentos, a maioria decidiu pela inconstitucionalidade da antecipação do cumprimento de pena.

Importa consignar que desde o julgamento do referido HC, percebeu-se uma dissonância de entendimento entre as Turmas do STF, conforme assenta o ministro Ayres Britto por ocasião do seu voto. Se não, vejamos:

Há decisões proferidas por esta Colenda Primeira Turma no sentido de que a prisão do réu só é possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, assim como há julgados provenientes da Colenda Segunda Turma que entendem que os recursos especial e extraordinário nem por se privarem de efeito suspensivo, deixam de viabilizar a imediata prisão do condenado. Ou seja, as duas Turmas dissentem quanto à interpretação do art. 312 do CPP.⁵¹

Depreende-se do teor dos julgamentos que a ausência de uniformidade persiste até os dias de hoje, mesmo com nova composição da Suprema Corte, conforme vai ser discutido nos próximos tópicos.

Salienta-se que a atual redação do artigo 283 do CPP⁵² foi editada em 2011, após o julgamento do HC 84.078/MG, a fim de reafirmar que só ocorrerá a prisão após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

3.2. Julgamento do STF em 2016

No ano de 2016, o assunto voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal, este com nova composição, dessa vez, o entendimento da maioria mudou e retornou àquele adotado entre 1991 e 2009. A Corte julgou o HC 126.292/SP e decidiu, por 7 votos a 4, que a execução

⁵¹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009. p. 01-02.

⁵² **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.

provisória de acórdão penal condenatório em grau de apelação não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, ainda que pendente de recurso especial ou extraordinário.

Os Ministros vencidos foram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. O Relator foi o ministro Teori Zavascki, o qual foi seguido pelos demais Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, este último mudou o seu posicionamento da decisão anterior, cujo entendimento foi o contrário.

O Ministro Relator Teori Zavascki citou a sutileza entre o princípio da presunção da inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, esclarecendo a necessidade de equilíbrio entre ambos, a fim de atender aos valores do acusado e da sociedade. Para o ministro, após a prolação da sentença condenatória fica superada a presunção de inocência em razão do juízo de culpabilidade extraído dos elementos de prova produzidos no decorrer da instrução processual. Do mesmo modo, após a análise de apelação, não há mais como examinar os fatos e provas do caso concreto, ficando na órbita dos recursos extraordinários, apenas, a matéria de direito. Vejamos:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.⁵³

Ainda em seu voto, o Relator trouxe estudos acerca da execução provisória em outros países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, no sentido de que a execução de uma condenação não fica suspensa aguardando decisão da Corte Superior após a análise do duplo grau de jurisdição. Ademais, asseverou que os recursos perante o STF e o STJ resultam como artifícios diante da prescrição da pretensão punitiva, inibindo a efetividade da justiça criminal.

⁵³ Trecho do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 06.

O Ministro Edson Fachin alegou que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal não pode ser interpretado com caráter absoluto, a fim de considerá-lo juntamente com outros princípios e regras constitucionais. Acrescentou que às instâncias superiores cabe apenas nova definição jurídica, mas não, nova versão fática, portanto, as instâncias ordinárias são soberanas na análise das provas e dos fatos. Ademais, asseverou que as regras da Lei de Execução Penal foram revogadas pela Lei nº 8.038/90, deixando, assim, de ser argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias.

Por fim, o ministro fez uma crítica ao processo criminal e as inúmeras possibilidades de recursos, o que dificulta o trânsito em julgado da sentença condenatória. É o que se extrai do trecho:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes⁵⁴

O Ministro Luís Roberto Barroso emitiu seu voto no mesmo sentido, levando em consideração o uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer. Vejamos:

O início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade.⁵⁵

Para Barroso, a Constituição não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim a culpabilidade, conforme se depreende dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal. Ademais, a presunção de inocência é princípio, podendo ser aplicado em maior ou menor intensidade, a depender da ponderação com

⁵⁴ Trecho do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 05

⁵⁵ Trecho do voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 22

outros princípios de acordo com o caso concreto. Barroso defende que ocorreu o fenômeno da mutação constitucional, vejamos:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou.⁵⁶

Por fim, afirma o Ministro que a finalidade consiste em tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado; diminuir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro; e promover a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal.

O Ministro Luiz Fux em seu voto reiterou os aspectos já mencionados. Argumentou que o STF admite a coisa julgada em capítulos, dessa forma, a parte relativa ao mérito da acusação e às provas transita em julgado no momento em que se encerram os recursos ordinários, não restando discussão no âmbito dos recursos extraordinários. O Ministro completou afirmando que a interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social, visto que a sociedade não aceita mais a presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer. Por fim, acrescentou que esse cenário não decorre de nenhuma inércia do Ministério Público, trata-se de uma situação teratológica.

A Ministra Carmen Lúcia se manteve na mesma linha dos votos por ela proferidos em outros julgamentos, bem como asseverou que “a Constituição determina a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação”⁵⁷. O Ministro Dias Tóffoli, por sua vez, acompanhou o voto do relator com a ressalva de que a execução da pena fica suspensa apenas se pendente de julgamento de recurso especial perante o STJ, mas não em caso de recurso extraordinário no STF.

O ministro Gilmar Mendes mudou seu posicionamento e votou acompanhando o Relator, asseverando que tem ocorridos casos graves comprometendo a efetividade da justiça a partir das delongas que o sistema permite e resultam nas prescrições, criando,

⁵⁶ Trecho do voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 09

⁵⁷ Trecho do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 02

assim, um quadro angustiante de impunidade. Argumentou que “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 a sua prisão necessária.”⁵⁸ Desse modo, a presunção de não culpabilidade não impede o início do cumprimento das penas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ao finalizar seu voto, considerou:

E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.⁵⁹

No que se refere aos votos vencidos, a Ministra Rosa Weber explicitou que aquele não era ainda o momento de votar pela mudança da jurisprudência. Para ela, a revisão não poderia ser feita apenas pela alteração dos integrantes da Corte, visto que para a sociedade o que existe é a instituição e não cada membro individualmente. Acrescentou, ainda, que há questões pragmáticas envolvidas, entretanto uma interpretação que altere o texto constitucional não é o melhor caminho para solucioná-las.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou a divergência revelada pela ministra Rosa Weber e continuou com seu entendimento expressado em 2009. O ministro asseverou que seria um esvaziamento do modelo garantista, decorrente da Constituição de 1988, caso fosse admitido o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Completou seu voto afirmando que o preceito constitucional não permite interpretações e a alteração consistiria numa “verdadeira promulgação de emenda constitucional”⁶⁰.

O Ministro Celso de Mello iniciou seu voto enaltecendo a presunção de inocência, descrevendo toda a história desse princípio e engrandecendo a sua importância, deixando claro que ninguém pode ser considerado culpado antes de condenação penal transitada em

⁵⁸ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 06.

⁵⁹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 10.

⁶⁰ Trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 03

julgado. Ademais, o ministro ressalta a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, considerando que estabelece limites que não podem ser transpostos pelo Estado.

Para o Ministro, não há como fazer comparações com países que não exigem o trânsito em julgado da condenação criminal, vejamos:

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.⁶¹

Além disso, segundo o ministro, o STF não impede a prisão cautelar nos casos em que a medida extrema se mostra necessária para preservar e proteger os interesses de todos os cidadãos. Por fim, assevera que num cenário democrático não há como sustentar, seja por antecipação ou por presunção, um juízo condenatório sem que ocorra o trânsito em julgado e a respectiva certeza capaz de sanar todas as dúvidas em torno da culpabilidade do acusado.

O Ministro Ricardo Lewandowski manteve a sua posição externada no HC 84.078, suscitando que não consegue ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional constante no art. 5º, LVII, da Carta de 1988. O ministro ressaltou o fato de ter sido assentado na ADPF 347 e no RE 592.581 que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido, não sendo esse o momento de facilitar a entrada de outras pessoas nesse grupo. Assim explica o ministro:

O sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia.⁶²

⁶¹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 09

⁶² Trecho do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016. p. 02

Por fim, o ministro destacou a fala do Ministro Marco Aurélio quando mencionou a disparidade de tratamento que é dispensado pelo sistema jurídico diante da execução provisória, da propriedade e da liberdade.

Depreende-se dos votos supra que o embate entre os ministros ficou entre a supremacia da Constituição e o princípio da presunção de inocência, contra os efeitos protelatórios dos recursos e a consequente prescrição, sendo essa última corrente a vencedora. Nesta senda, após decisão condenatória revisada em grau de apelação, encerrando os recursos ordinários, fica permitida a execução antecipada da pena mesmo que pendente recurso extraordinário perante o STJ ou STF, foi o que decidiu a Corte Suprema em fevereiro de 2016.

Desse modo, tem-se um novo entendimento quanto à execução provisória, ainda que, sem alterar o texto do artigo 283 do CPP. Permitir que o sentimento de impunidade e a falta de um controle social fale mais alto que preceitos constitucionalmente consagradas não parece ser a solução. Eros Grau ao julgar o HC 84.078/MG expôs o seu receio:

A prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora - -- digo eu agora - -- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...⁶³

Dito isso, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal retraiu para si o papel de legislar. Insta salientar nesse ponto, algumas considerações a partir do novo entendimento, a começar pelas decisões de tribunais que deixam de aplicar orientações sumuladas do STF, como, por exemplo, a possibilidade de substituição da prisão por penas alternativas em crimes como tráfico de drogas. Da mesma forma, nas ações penais originárias de tribunais, por

⁶³ Trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009. p. 11-12.

prerrogativa de função, não existirá o duplo grau de jurisdição, ocasionando em aplicação imediata da pena e tratamento desigual entre os réus.⁶⁴

Ademais, ao pensar numa análise comparativa com o processo civil, este admite a execução provisória até mesmo com medidas assecuratórias, entretanto, está lidando com matéria patrimonial, enquanto que o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não sendo possível retornar ao *status quo ante* após uma possível revisão dos tribunais superiores. Por fim, no que se refere à prescrição da pretensão executória, tem-se uma antecipação do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, enquanto que a contagem da prescrição só inicia após o trânsito em julgado.⁶⁵

Nesse diapasão, é possível perceber o quanto está descontextualizada da ordem constitucional vigente o entendimento do STF no HC 126.292. Executar imediatamente os julgados proferidos pelos tribunais de 2ª instância sem o devido trânsito em julgado, além de mudar o sistema, ocasiona apenas um falso sentimento de eficiência. Nesse sentido, Guilherme Madeira explica:

Apresenta-se como a manifestação mais pura do punitivismo penal e de como muitas vezes achamos que estamos trabalhando contra a impunidade quando, na verdade, trabalha-se apenas com o mais puro sentimento de vingança e de ilusão de eficiência.⁶⁶

Desse modo, tem-se uma decisão que tende a inchar ainda mais a população carcerária que, como vimos, são 40% de presos provisórios que sequer foram julgados pelo juízo de primeiro grau, a quantidade é ainda maior ao pensar que muitos foram condenados, mas ainda estão recorrendo.

3.3. Julgamento do STF após 2016

⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>> . Acesso em 17/11/2018.

⁶⁵ Ibid., mesma página.

⁶⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal** / Guilherme Madeira Dezem; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 432.

O ministro Gilmar Mendes em duas oportunidades já demonstrou estar mudando de entendimento novamente, apesar do voto favorável à execução antecipada da pena em 2016, um ano depois Gilmar afirma: “Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.”⁶⁷ Ao proferir seu voto no HC 142.173/SP, o ministro Relator afirma que para refutar a custódia preventiva é necessário o preenchimento delineado e fundamentado dos requisitos, embasando-os em elementos concretos.

Nesta senda, asseverou que é possível o imediato cumprimento da sentença condenatória, desde que a fundamentação do decreto prisional atenda os requisitos do art. 312 do CPP. Ao concluir seu voto o ministro manifestou a sua tendência em acompanhar o voto do ministro Dias Tóffoli no HC 126.292/SP, no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve ficar suspensa até o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Nesse mesmo sentido, ao analisar o pedido liminar no HC 146.818/ES, o ministro Gilmar Mendes deferiu, em parte, o pedido liminar, para suspender o feito até o julgamento do mérito do HC. Para o ministro, a execução da pena mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de evitar flagrante constrangimento ilegal, decidindo nesse sentido:

Em atenção ao princípio da duração razoável do processo (agravo em recurso especial pendente de apreciação) e considerando a plausibilidade de acolhimento das alegações sustentadas pela defesa no recurso especial (dosimetria da pena e consequente mudança de regime inicial de cumprimento da reprimenda), entendo que a concessão do pedido liminar é medida que se impõe.⁶⁸

Extrai-se da decisão supra que após explanar sua tendência em acompanhar o voto ministro Dias Tóffoli no HC 126.292/SP, o ministro Gilmar decidiu nesse mesmo sentido no HC 146.818/ES. Ressalte-se que o paciente desse *writ* é ex-Chefe de Gabinete do Governador do Estado do Espírito Santo, o que denota a mudança de entendimento conforme o paciente.

⁶⁷ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 142.173/SP, em 23/05/2017. p. 06

⁶⁸ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 146.818/ES, em 18/09/2017. p. 08

3.4. ADCs nº 43 e nº 44

Após o julgamento do HC 126.292, o assunto voltou à pauta do STF em setembro de 2016 através de duas ações declaratórias de constitucionalidade ajuizadas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ADC 43 e ADC 44, com o intuito de reverter o entendimento da Corte. Postularam a concessão de medida cautelar a fim de suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, o que foi prontamente negado pelo Supremo por ocasião da análise da liminar.

Os autores almejam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal⁶⁹, o qual condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Argumentam que após o julgamento do HC 126.292, instaurou-se um cenário de instabilidade jurisprudencial a respeito do princípio constitucional da presunção de inocência, no momento em que os tribunais violam o dispositivo do art. 283 do CPP, aplicando o entendimento expressado no HC 126.292.

Por ocasião do exame do pedido liminar, a maioria do Plenário do Supremo entendeu que o dispositivo é constitucional e não entrava o início da execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias, salvo quando for conferido efeito suspensivo ao recurso cabível, indeferindo as liminares pretendidas.

O ministro relator Marco Aurélio iniciou seu voto fazendo o juízo de admissibilidade da via eleita pelos autores. Em seguida, analisou o pedido, admitindo a constitucionalidade do dispositivo em consonância com a Constituição Federal, lamentando o quanto decidido no HC 126.292, tendo em vista que teve seu voto vencido no respectivo julgamento. Para o ministro, “O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos.”⁷⁰

⁶⁹ **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.

⁷⁰ Trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da medida cautelar das ADCs 43 e 44, em 01/09/2016. p. 05

O Ministro Edson Fachin votou pela divergência, afirmando:

A solução proposta, de retornar ao entendimento anterior, que conferia efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas de segunda instância, transformando as Cortes Superiores em terceiro e quarto graus de jurisdição, não é a solução adequada e não se coaduna, ao meu ver, com as competências atribuídas pela Constituição às Cortes Superiores.⁷¹

Para o ministro, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao STJ exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

O ministro Gilmar Mendes votou juntamente com a maioria. Argumentou que a execução da pena após o duplo grau de jurisdição não deve ser entendida como violadora da presunção de inocência, uma vez que os tribunais podem sustar a execução antecipada em caso de abuso na decisão condenatória, e a defesa, por sua vez, dispõe de instrumentos como o habeas corpus e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo. Por fim, ressaltou o fato de outros países extremamente rígidos e respeitosos com os direitos fundamentais aceitarem a prisão após a decisão de segundo grau.

Na análise das medidas cautelares, os ministros que votaram a favor da execução provisória da pena foram Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Votaram contra e tiveram seus votos vencidos, os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Até o momento de finalização do presente trabalho, a análise do mérito das ADCs 43 e 44 ainda não foi realizada.

3.5. Análise doutrinária acerca da execução provisória

Autores como Renato Marcão defende que a pendência de recurso especial ou extraordinário sem efeito suspensivo não obsta à execução provisória da decisão condenatória. Para ele, “se a situação não pode ser agravada, podendo, ao contrário, ser

⁷¹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento da medida cautelar das ADCs 43 e 44, em 01/09/2016. p. 18

minorada caso seja acolhida alguma pretensão defensiva, não há como negar a possibilidade de execução provisória do julgado”.⁷² Insta salientar que esse posicionamento advoga que, desse modo, o réu poderá ter acesso a direitos como o da progressão de regime.

Entretanto, a realidade do ordenamento jurídico penal brasileiro não permite, muitas das vezes, que os réus presos tenham seus direitos no âmbito da execução analisados, isso porque, como veremos no próximo capítulo, a dificuldade nas informações acerca dos presos entre as varas criminais e as varas de execução são rotina nas instituições devida à morosidade da Justiça brasileira. Por conta disso, os próprios réus que permaneceram presos durante a instrução, pedem a execução provisória da pena para ter acesso aos seus direitos, caso contrário, correm o risco de cumprir toda a pena em regime fechado.

Nesse diapasão, Alexandre Wunderlich assevera que o argumento de que o recurso não dispõe de efeito suspensivo não basta para justificar o recolhimento à prisão, mas sim, se fazem necessárias a devida motivação e fundamentação da decisão a fim de justificar a prisão cautelar. Nesse sentido, o autor afirma:

A verdade é que a política criminal repressivista implantada na década de noventa veio antecedida por uma política de limitação e restrição dos instrumentos que servem de acesso do indivíduo à Justiça. Veja-se a aberração legislativa que institui, logo após a Constituição Federal, a hipótese de prisão temporária. E mais. Na mesma senda e com o mesmo raciocínio surge a já citada Lei nº 8.038/90 estabelecendo uma limitação quanto à interposição dos recursos em matéria criminal, (mal)tratando os postulados básicos do direito penal e processual penal.⁷³

Desse modo, a imposição do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória macula princípios básicos do Estado Democrático de Direito, vigente desde a Constituição Federal de 1988. Conforme defende Wunderlich: “em matéria criminal a reprimenda só será imposta ao indivíduo após a comprovação da culpa e proporcionalmente à lesão ao bem jurídico”.⁷⁴

⁷² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal** / Renato Marcão. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2015. p. 148-149.

⁷³ WUNDERLICH, Alexandre. **Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada**. In: Salo de Carvalho (org.). *Crítica à execução penal*. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

⁷⁴ *Ibid.* p. 513.

Tal premissa deriva de princípios constitucionalmente consagrados, como a presunção de inocência, desse modo, diante de um sistema repleto de falhas operacionais, não há como fundamentar argumentos que vão de encontro à ordem constitucional. O referido autor assevera que:

O recurso é instrumento de garantias, é o remédio contra a arbitrariedade e o abuso judicial. Nessa perspectiva, não se há de, em busca de uma celeridade exigida nos dias atuais (sociedade da pressa), violar garantias do cidadão e o seu direito processual público e subjetivo de ver a prestação jurisdicional se dar às inteiras.⁷⁵

Nesta senda, o recurso funciona como instrumento de garantias, a fim de tratar possível arbitrariedade e abuso judicial. Portanto, se houver razões para que o réu preso permaneça custodiado após decisão de 1ª ou 2ª instância, ele tem o direito à execução provisória, a fim de usufruir os institutos da Lei de Execução Penal, bem como, não agravar ainda mais a sua situação diante da morosidade do sistema.

⁷⁵ Ibid. p. 515.

4. ANÁLISE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

4.1. Dados do INFOPEN

Segundo levantamento realizado pelo Infopen no período de dezembro de 2015 a junho de 2016 foi coletado dados acerca do sistema penitenciário brasileiro. Como exposto no Cap. 1 do presente trabalho, esse estudo constatou que a população carcerária no Brasil conta com 726.712 pessoas privadas de liberdade, isso significa um déficit na quantidade de vagas, considerando que são disponibilizadas 368.049 vagas, quer dizer, na prática, são 2 pessoas por cada vaga.⁷⁶

Numa análise da população prisional brasileira, constatou-se que houve um aumento de 707% desde a quantidade registrada no início da década de 90. Não se sabe onde esse número vai parar, nada obstante, o CNJ tem criado programas com a finalidade de ter um maior controle das prisões, nos últimos anos o primeiro deles foi a Audiência de Custódia. O projeto foi lançado em fevereiro de 2015 com o objetivo de reduzir a população carcerária, analisando a legalidade e a necessidade de continuidade da prisão ou a possibilidade de conceder a liberdade adotando medidas alternativas, além de averiguar se as prisões são realizadas sem abusos ou violência por parte da polícia.⁷⁷

O estado de São Paulo, pioneiro na implementação do projeto, em que pese contar com a maior população carcerária do país, apresentou um declínio no crescimento após a efetivação do projeto, o que representa dados positivos em relação ao programa. Constatou-se que “as liberdades concedidas nas audiências de custódia evitaram que 2,6 mil pessoas presas na capital paulista entrassem no sistema carcerário, onde cerca de 220 mil pessoas cumprem pena ou aguardam julgamento.”⁷⁸

⁷⁶ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016/ Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 24/10/2018

⁷⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 29/10/2018.

⁷⁸ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia**. CNJ, Outubro de 2015. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>>. Acesso em 30/10/2018

Em que pese o número elevado de presos provisórios no Brasil, essa quantidade diminuiu após a adoção do programa. Um balanço realizado pelo CNJ constatou que em dois anos, foram analisadas 200,8 mil detenções, dessas 54,4% resultou em prisão preventiva e 45,6% em liberdade.⁷⁹

Importa ressaltar que esse programa foi instaurado pelo CNJ em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, dando efetividade aos dispositivos constantes dos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, no que se refere à apresentação do preso perante a autoridade judiciária. Entretanto, essa obrigatoriedade de audiência de custódia ainda não foi legislada no Código de Processo Penal.

Outro fator positivo do programa consiste no contato do juiz com a realidade social dos presos, através das custódias é possível identificar pessoas que precisam de uma intervenção para tratar de vícios, mulheres grávidas ou que tem filho menor de 12 anos, além das outras situações elencadas no rol do art. 318 do CPP⁸⁰.

Apesar do avanço, o programa Audiência de Custódia não é suficiente para resolver o problema institucionalizado no sistema carcerário brasileiro, outro instrumento foi desenvolvido pelo CNJ, o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP2). A partir de setembro de 2018, a consulta pública de mandados de prisão passa a ser feita por esse novo sistema, a finalidade consiste em compor num mesmo programa em âmbito nacional todos os mandados de prisão, a fim de torná-lo integrado e dinâmico.⁸¹

⁷⁹ MONTEIRO, Isaias. **Audiência de custódia analisa a legalidade de 200 mil prisões feitas nos últimos dois anos**. CNJ, Abril de 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84563-com-audiencias-de-custodia-45-6-dos-que-foram-presos-respodem-em-liberdade-2>>. Acesso em 30/10/2018

⁸⁰ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

⁸¹ BANDEIRA, Regina. **Consultas públicas de prisões passam a ser feitas pelo BNMP 2.0**. CNJ, Setembro de 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87601-consulta-publica-de-prisoos-passam-a-ser-feitas-pelo-bnmp-2-0>>. Acesso em 30/10/2018

Desse modo, qualquer agente policial poderá efetuar a prisão em todo território nacional, assim como o acesso às informações públicas poderá ser acessado por qualquer cidadão através do sistema online.

Em que pese o desenvolvimento desses programas por parte do CNJ, as melhorias são tímidas, principalmente no que se refere a um trabalho eficaz e eficiente, uma vez que a instituição cria programas dissociados entre si, o que dificulta o trabalho cartorário. Desse modo, a falta de um sistema unificado a nível nacional dificulta os avanços, considerando que as diversas instituições do Poder Judiciário utilizam programas variados, como o Projudi e o E-Saj.

No que se refere aos presos por natureza da prisão, a partir dos dados coletados pelo Infopen, tem-se que 40% das pessoas presas em Junho de 2016 ainda não foram julgadas, sendo considerados como presos provisórios. Desses, os maiores índices estão concentrados nos estados do Ceará, Sergipe e Amazonas com 66%, 65% e 64%, respectivamente, dos presos que estão sem condenação.⁸²

Ao analisar o percentual de presos sem condenação com mais de 90 dias de encarceramento, constatou-se que apenas 45% das unidades prisionais do país detinham informações acerca do tempo de prisão dos enclausurados. Nesse contexto, um destaque para os estados de Sergipe, Alagoas e Paraná 100%, 91% e 84%, respectivamente, dos presos estão com mais de 90 dias de encarceramento.⁸³ De acordo com esses dados, percebe-se que a maioria das unidades prisionais não dispõe de um sistema eficiente que contemple as informações dos presos.

Como sabido, não há prazo para duração do processo nem da prisão preventiva, ocasionando assim diversos excessos de prazo na prática brasileira. O documentário “Sem Pena” lançado em 2014 sob a direção de Eugenio Puppo retrata a realidade do sistema de justiça criminal, além dos obstáculos encontrados pelos presos ao tentar alcançar seus direitos,

⁸² LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016/ Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 24/10/2018

⁸³ Ibid.

“demonstrando como morosidade, preconceito e a cultura do medo só fazem ampliar a violência e o abismo social existente”.⁸⁴

O presente documentário cita a ineficiência das varas de execução responsáveis pelo processo após a decisão condenatória e emissão da respectiva guia de recolhimento, ocasionando na falta de comunicação entre as varas de execução e as varas criminais, no qual não compartilham acerca do cumprimento de pena. Tal fato, não raras as vezes, resulta na prisão de indivíduos que já cumpriram pena ou que já progrediram de regime. Além do fato de que a progressão de regime não alcança a maior parte da população carcerária que é pobre, jovem, com baixo nível de escolaridade e negra em sua maioria, uma vez que o requerimento da progressão demora mais que a própria pena.

Voltando à análise dos dados coletados pelo Infopen, têm-se, no que se refere aos estabelecimentos penais, que 49% foram concebidos para o encarceramento de presos provisórios, 24% para o regime fechado, 8% regime semiaberto, 2% regime aberto e 13% destinados a diversos tipos de regime. Quanto ao regime aberto, nem todos os estados brasileiros disponibilizam estabelecimento criado originariamente para tal fim, o que reforça a ideia de que o regime não funciona na prática. Como visto alhures, o regime aberto consiste em dar oportunidade para o preso ter autodisciplina e senso de responsabilidade, é mais um dado que comprova a inexistência de ressocialização no sistema carcerário brasileiro.

No que se refere à quantidade de vagas por tipo de regime ou natureza da prisão, constata-se que os estados de Amazonas e Sergipe contam com 77% e 73% das vagas, respectivamente, para os presos sem condenação, ou seja, a maior parte de suas vagas não são destinadas para os respectivos regimes de cumprimento de pena. Além do déficit de vagas cujos 78% dos estabelecimentos penais no Brasil estão superlotados.⁸⁵

São números que refletem as ilegalidades das prisões diante do quanto posto pela LEP, são presos em regime fechado junto com preso provisório, bem como preso provisório em

⁸⁴ SEM PENA. Direção: Eugenio Puppó. Produção: Heco Produções. São Paulo, 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>>. Acesso em 30/10/2018.

⁸⁵ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Atualização – Junho de 2016/ Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 24/10/2018.

regime análogo ao fechado, em condições precárias, cumprindo pena antecipadamente sem ter reconhecido seus direitos. Parte dos estabelecimentos penais sequer fornece alimentação e produtos de higiene pessoal, consegue apenas aqueles que têm família para levar nas visitas.

Quanto aos tipos penais que mais levam pessoas ao cárcere⁸⁶, os crimes de tráfico correspondem a 28%, juntamente com os crimes de roubo e furto cujo percentual soma 37%, ou seja, é 68% da população carcerária brasileira, a maior parte dos presos. São assaltantes, traficantes, pessoas que no geral não sofrem distúrbios, são pessoas cujos conflitos se dão na relação com a sociedade, são crimes justificados pela desigualdade social.

Dentre os direitos dos presos, o trabalho tem a finalidade educativa e produtiva, pode ocorrer dentro ou fora dos estabelecimentos penais, a depender do tempo de cumprimento da pena. O percentual de pessoas presas trabalhando corresponde a apenas 15% da população carcerária⁸⁷, um número bastante baixo ocasionado pelas condições precárias da maioria dos estabelecimentos penais brasileiros. A consequência disso consiste em presídios considerados como faculdade do crime em meio ao encarceramento em massa.

4.2. Dados do IPEA

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, realizou uma pesquisa acerca dos níveis de reincidência criminal no Brasil utilizando o critério legal, considerando como reincidente aquele descrito nos artigos 63 e 64 do Código Penal⁸⁸. Buscou-se, ainda, traçar um estudo acerca dos programas de ressocialização a partir da análise de três estabelecimentos prisionais, quais sejam Unidade de Gestão Público-Privada, Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac) e Módulo de Respeito.

Os estudos acerca da reincidência são escassos e devido ao seu significado possuir diversas vertentes, é possível que surja dados altos do nível de reincidência, mas isso não quer

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ **Art. 63** - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

dizer que se refere a reincidência em seu sentido legal conforme disposto no Código Penal. Tal fato acaba disseminando a ideia de que é necessária a construção de novos presídios e mais vaga, por conta disso o estudo teve como objetivo obter dados no que se refere à reincidência em seu sentido legal.

A taxa de reincidência identificada na pesquisa foi de 24,4%, desses, 34,7% estão numa faixa etária de 18 a 24 anos, o que significa um número alto considerando que só pode ser preso o maior de 18 anos. Ademais, extrai-se que 57,1% dos entrevistados têm até 29 anos de idade, reforçando a ideia de que a maior parte da população carcerária é jovem. Além disso, tem-se que a maioria é jovem, do sexo masculino, com baixo nível de escolaridade e com uma ocupação.⁸⁹

Constatou-se que o crime mais freqüente entre os reincidentes é o delito de furto, seguido de roubo e tráfico de drogas, esse mesmo dado foi obtido pelo Infopen no estudo da população carcerária em geral. Mais um dado que reforça o caráter patrimonial desses crimes praticados por pessoas pobres e amparado pelo Código Penal. Em sua obra “As prisões da Miséria, o autor Loic Wacquant chama atenção para essa desigualdade.⁹⁰

Segundo o autor, na ineficácia e ausência de um Estado-social, por gerar altos custos ao Estado, e por desinteresse em formar-se assim, é mais conveniente recorrer a um processo mais rápido e prático (ao passo que, o Estado-social é lento e complexo), o do Estado-penal. Então ele pune e encarcera para não precisar dar o amparo necessário, dessa forma, traz menos gastos aos cofres do Estado e ainda gera altos lucros com as privatizações das prisões. E é nesse sistema que o menos favorecido economicamente se encontra, como alvo de todo esse Estado-penal.

Além do caráter seletivo do Direito Penal, observamos na tutela maior ao patrimônio em detrimento a outros bens, como a vida. Pune-se com maior rigor um furto do que uma lesão corporal, por exemplo. Loic Wacquant afirma que uma violação a um patrimônio é mais valorativo que a integridade física de alguém⁹¹. Há uma inversão de valores no Código Penal,

⁸⁹ RELATÓRIO REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL. Rio de Janeiro, 2015. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 31/10/2018.

⁹⁰ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução, André Teles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

⁹¹ Ibid.

sendo ultrapassado, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser posto sempre em primeiro lugar e nunca posposto a outros.

4.3. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública

O relatório Segurança Pública em Números produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, constatou que a despesa com segurança pública soma a cifra de 84,7 bilhões gastos em 2017, o que significa um crescimento de 0,85% nesse ano e um gasto per capita em torno de R\$ 408,13.⁹²

Conforme retratado na realidade, o aumento nos gastos públicos não significa melhora, pelo contrário, o sistema gasta muito e mal. Esse gasto excessivo interfere e gera prejuízo na saúde, no sistema prisional e na economia como um todo. Ademais, são quase 64 mil mortes violentas intencionais, um aumento de 2,9% entre 2016 e 2017⁹³, significa uma criminalidade que não para de crescer, do mesmo modo que a população não se sente segura e vive rodeada de medos.

Os números do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018 revelam que mais de cinco mil pessoas foram mortas pelas polícias brasileiras em 2017, ao passo em que cerca de trezentos e sessenta e sete policiais também foram vitimados. O número de mortos em intervenções policiais significa um crescimento de 20% em relação ao ano de 2016⁹⁴, é nesse contexto que é possível perceber como é feito o controle sobre as populações vulneráveis, mediante violência.

Tal como visto na obra *O Controle Social* de David Garland, o cárcere ocupa posição central no sistema formal de controle do Estado-punitivo, seus números revelam a crescente política criminal cruel e excludente, baseada no custo-benefício e em medidas populistas, de modo que segregam e obstam direitos dos mais vulneráveis, parcela que mais sofre com a política criminal seletiva.

⁹² ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2018. São Paulo, 2018. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf>. Acesso em 31/10/2018

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

4.4. Banalização das prisões

O art. 105 da LEP dispõe que “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” Em que pese o requisito do trânsito em julgado, o autor Rodrigo Duque Estrada Roig assevera que o instituto da execução provisória da pena se aplica em relação aos presos provisórios e aos réus soltos que tiveram presos durante a instrução processual, mesmo que a sentença condenatória esteja em grau de recurso, a fim de viabilizar o acesso ao juízo da execução e fazer jus aos benefícios da execução penal. Vejamos:

No entanto, em diversos casos a pessoa presa possui contra si uma condenação ainda não definitiva e, em razão do decurso de lapso temporal e de bom comportamento carcerário, já possui algum dos direitos da execução penal (ex.: progressão de regime, livramento condicional etc.). Para estes, deve-se aplicar a execução provisória da pena (com a interpretação do art. 105 à luz do parágrafo único do art. 2º da própria LEP), de modo que possam requerer seus direitos junto ao juízo encarregado da execução. Importante salientar, nesse sentido, que a execução provisória da pena para beneficiar réus presos não se confunde com a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento, antes do trânsito em julgado, em desfavor daqueles réus que se encontram soltos durante o processo.⁹⁵

Nesse mesmo sentido, o autor afirma que independente da decisão condenatória ter se tornado definitiva ou não para o Ministério Público, é possível a execução provisória da pena nesses mesmos termos da citação supra.

Alexandre Wunderlich assevera que essa é uma visão garantista, na medida em que permite ao preso o acesso aos direitos da execução enquanto estiver sob a tutela estatal. E mais, para ele: “Se o mal já foi imposto antecipadamente, se a prisão do indivíduo já se tornou inevitável, se o cárcere é utilizado ideologicamente pelo Estado para manutenção do poder, ao menos devem ser minimizados os seus efeitos nefastos.”⁹⁶ Entrementes, o autor também trata do lado oposto, trazendo a prisão antecipada como uma ofensa ao Estado Democrático de

⁹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal : teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p.73.

⁹⁶ WUNDERLICH, Alexandre. Salo de Carvalho, (coord.). **Crítica à Execução Penal. Crítica à execução antecipada da pena.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 503.

Direito e ao princípio da presunção de inocência, uma vez que o Código de Processo Penal deve ser lido à luz da Constituição Federal.

Nesse diapasão, o sistema posto hodiernamente não consegue garantir esses direitos do réu na execução, a prática está bem longe disso. O Art. 1º da LEP é categórico, vejamos: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” Ao passo que o Art. 10 do mesmo diploma legal dispõe que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”

Fazendo uma ligação com os dados expostos supra, percebe-se que as prisões têm funcionado como campos de concentração para pobres a partir de práticas ilegais de repressão, no momento em que submete o indivíduo ao sistema carcerário brasileiro. Se não tiver o sentido da ressocialização, restará apenas o sentido punitivo da pena, tendo a prisão a função de segregar o delinquente do meio social, antes mesmo de uma decisão definitiva.

A dificuldade de ressocializar é escancarada pelos altos índices de reincidência, pela dificuldade de acesso a emprego por parte de um ex-presidiário, porque não existe o caráter preventivo da pena, se quer são disponibilizadas oportunidades para esses indivíduos. O questionamento que surge é de como ressocializar quem sequer foi incluído no sistema? Vejamos o contexto de um documentário que denuncia toda essa situação.

O documentário “A 13ª Emenda”⁹⁷ foi produzido pela Netflix, lançado no ano de 2016, no qual estudiosos políticos e ativistas indagam a similitude entre a criminalização da população negra dos Estados Unidos e o boom do sistema carcerário do país. Diante do encarceramento em massa por pequenos delitos e do mito do estuprador negro, a segregação dos negros foi justificada pelo clamor da lei e ordem contra o crime. No contexto de crise na economia americana, essa criminalização foi propagada pelos políticos nos meios de comunicação como uma guerra contra os negros e as drogas, relacionando-os com o surgimento do crack na década de 1980.

⁹⁷ THE 13th. Direção: Ava DuVernay. Produção: Howard Barish e Spencer Averick. Distribuído por: Netflix. Nova York, 2016. Disponível na Netflix.

A resposta do governo era expressada nas sentenças obrigatórias e rígidas, na propagação da idéia de adolescentes como superpredadores, de modo a dispensar sobre eles tratamentos como se fossem animais. Destacou-se, assim, a propagação do medo do crime e a proteção às vítimas em detrimento da criminalização do indivíduo que era acusado de cometer delitos, o que resultou em políticas populistas, no qual ganha as eleições aquele que se propõe a ser mais duro com o crime.

Entretanto, essas medidas norte-americanas de asseio policial nas ruas, em meio a violência e treinamento para tratar bandido como bicho, e de encarceramento em massa dos pobres, daqueles que sequer foram incluídos pelo sistema e são constantemente tratados como escravos do Estado, só vai agravar o problema. A prisão em si já funciona como uma verdadeira pena independente de condenação, expressa um banimento social, além de ocasionar tortura através da superlotação dos presídios.

Nesse contexto é possível perceber como surgiu esse sistema, assim como após a leitura do ponto 2.3. do presente trabalho. São políticas de Estado, o *modus operandi* desse sistema é algo institucionalizado, vem desde as origens e não vai mudar com políticas populistas apresentadas a uma população que aceita a violência como punição. Aumento da violência, do encarceramento em massa e um sistema que não funciona para aquilo que se diz funcionar. Porque prender se não dá certo? Porque manter um sistema prisional falido?

As respostas dessas perguntas podem ser encontradas ao pensar nesse contexto de criminalização do pobre, do custo benefício de manter o indivíduo preso ao invés de investir em políticas sociais a fim de afastar essas pessoas da marginalização. São essas medidas populistas que alimentam a população que anseia por punição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o presente estudo, conclui-se que a execução provisória da pena funciona no ordenamento jurídico-penal como uma resposta estatal à violência, considerando que a sociedade quer punição àqueles que cometem crimes, revelando assim a importância dada ao cárcere como solução para a violência e a garantia da segurança pública. Desse modo, de acordo com o sistema posto, é possível o cumprimento antecipado da pena desde que preenchidos os requisitos e fundamentos da prisão preventiva ou a partir de decisão da 2ª instância, conforme entendimento da Suprema Corte.

Na esfera penal, esse modo de pensar tem possibilitado o fortalecimento de políticas de retribuição, punição e intimidação, na medida em que propaga a ideia de que os delinquentes escolhem o mundo do crime. Desse modo, os governantes optam por tratar os efeitos do crime, ao invés de suas causas, numa política voltada para o custo/benefício e para a ideia de que a prisão funciona, encontrando na execução provisória a solução emergencial para esses conflitos.

Entretanto, no caótico sistema carcerário brasileiro não há diferenciação entre presos provisórios e presos definitivos, assim como muitos provisórios cumprem pena antecipada em estabelecimentos similares ao regime fechado, como acontece nas delegacias regionais. Ademais, presos em regimes mais brandos cumprem pena em regime mais rigoroso, por falta de estabelecimento adequado.

O Supremo Tribunal Federal oscila o seu entendimento em relação à execução provisória, ora decide pela sua impossibilidade, considerando que viola o princípio da presunção de inocência, ora pela possibilidade a partir da decisão de 2ª instância, momento em que esgota a discussão acerca do fato e da prova e não mais é possível invocar o princípio da presunção de inocência. Importa consignar que a Suprema Corte continua oscilando o seu entendimento a cada vez que o tema surge para julgamento.

Ademais, percebeu-se o quanto está descontextualizada da ordem constitucional vigente o entendimento do STF, uma vez que viola princípios e revela a face do punitivismo penal e o sentimento de vingança, aliado ao fato que o referido órgão atraiu para si o papel de legislar.

Por fim, restou demonstrado que o sistema penitenciário brasileiro não dispõe de capacidade para arcar com o aumento de encarceramentos resultante de execuções

provisórias, prova disso é a superlotação do sistema carcerário, com duas pessoas por vaga em seus estabelecimentos. Ademais, as unidades prisionais não dispõem de informações precisas acerca dos presos, o que denota o descaso com esses indivíduos.

Além disso, diante do cenário atual, está longe de se alcançar a ressocialização daquele que sequer foi incluído pelo sistema e é criminalizado constantemente. O cenário rotineiro é de miséria e carceragens superlotadas, marcado por práticas ilegais de repressão e pela ausência de políticas públicas que visem à melhoria do sistema.

Desse modo, a sociedade deve entender a importância do presente estudo e o contexto ao qual está inserida, de modo a perceber que as prisões têm funcionado como campos de concentração para pobres. Ademais, enquanto as políticas estiverem baseadas na repressão e punição, lastreadas em soluções imediatas com apoio popular e discursos populistas de políticos que não têm interesse em reduzir a violência da sociedade, o resultado continuará sendo esse embaraço em que as respostas são ações que aumentam a violência, a exclusão e a vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2018. São Paulo, 2018. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf>. Acesso em 31/10/2018.

BANDEIRA, Regina. **Consultas públicas de prisões passam a ser feitas pelo BNMP 2.0**. CNJ, Setembro de 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87601-consulta-publica-de-prisoas-passam-a-ser-feitas-pelo-bnmp-2-0>>. Acesso em 30/10/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Análise crítica de algumas das últimas súmulas do STF**. Disponível em <<http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/40-analise-critica-de-algumas-das-ultimas-sumulas-do-stf>>. Acesso em 23/10/2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>> . Acesso em 17/11/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 267**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-267,2650.html>>. Acesso em 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs nº 43 e nº 44**. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>> Acesso em: 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília/DF. Julgado em: 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.173 São Paulo**. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. Julgado em: 23/05/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>> Acesso em: 23/10/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais**. Relator Min. Eros Grau. Brasília/DF. Julgado em: 05/02/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>> Acesso em: 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 146.818 Espírito Santo**. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. Julgado em: 18/09/2017.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-mendes-execucao-provisoria.pdf>> Acesso em: 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320** – Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido Luciano da Silva Moraes. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJE 11/05/2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 716**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 717**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acesso em 23/10/2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto**- 2. ed., rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPodivm, 2017.

CNJ NOTÍCIAS. **Audiência de Custódia**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 29/10/2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **Código Penal**. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

COLETÂNEA TEMÁTICA DE JURISPRUDÊNCIA: Direito Penal e Processual Penal [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 2. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, Supremo Tribunal Federal, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal** / Guilherme Madeira Dezem; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**/ David Garland; (tradução, apresentação e notas André Nascimento). Rio de Janeiro: Revan, 2008.

- HULSMAN, Louk. **Penas perdidas – O Sistema Penal em Questão**. Niterói: Luam, 1997.
- LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016/ Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 24/10/2018.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal** / Renato Marcão. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - Sao Paulo : Saraiva, 2015.
- MONTEIRO, Isaías. **Audiência de custódia analisa a legalidade de 200 mil prisões feitas nos últimos dois anos**. CNJ, Abril de 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84563-com-audiencias-de-custodia-45-6-dos-que-foram-presos-respondem-em-liberdade-2>>. Acesso em 30/10/2018.
- MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia**. CNJ, Outubro de 2015. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>>. Acesso em 30/10/2018.
- Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- RELATÓRIO REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL. Rio de Janeiro, 2015. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 31/10/2018.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p.73.
- SEM PENA. Direção: Eugenio Puppó. Produção: Heco Produções. São Paulo, 2014. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>>. Acesso em 30/10/2018.
- SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive** / colaboradora Priscila Coutinho – **A má-fé da justiça**. [et al.] — Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

THE 13th. Direção: Ava DuVernay. Produção: Howard Barish e Spencer Averick. Distribuído por: Netflix. Nova York, 2016. Disponível na Netflix.

TJDFT. **Presos provisórios.** Disponível em <
<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/edicao-semanal/preso-provisorio>>. Acesso em 23/10/2018.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria.** Tradução, André Teles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WUNDERLICH, Alexandre. Salo de Carvalho, (coord.). **Crítica à Execução Penal. Crítica à execução antecipada da pena.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.