

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
LUCAS VINICIUS DE MIRANDA

**A INCOSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA**

LAGES

2018

LUCAS VINICIUS DE MIRANDA

**A INCOSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado
ao Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos
requisitos para a obtenção do grau em Bacharel em Direito
Orientação: Prof. Me. Joel Saueressig

LAGES

2018

LUCAS VINICIUS DE MIRANDA

A INCOSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado
ao Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos
requisitos para a obtenção do grau em Bacharel em Direito
Orientação: Prof. Me. Joel Saueressig

Lages,SC _____/_____/2017. Nota _____

Prof. Me. Joel Saueressig

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2018

Dedico esta obra,

Para minha família que é meu suporte e incentivo para realizar este sonho.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pela educação e valores que nenhum diploma me traria, pelo amor diário e incansáveis renúncias para que este sonho se realizasse.

Ao meu irmão, por todo o apoio emocional e a esperança que em mim depositou.

Aos meus amigos, que sem dúvidas, sem vocês este caminho teria sido ainda mais árduo, especialmente aos meus melhores amigos Paulo Junior da Silva Ribeiro, Fernando Henrique Camargo, Gustavo Felipe Perosa e Joel Robson Menegazzo de Souza, que permaneceram sempre ao meu lado e me fazendo ver, que não importava o tamanho da tempestade ou o quanto eu tivesse que caminhar, ao meu lado vocês permaneceriam e tudo voltaria a brilhar. Vocês foram meus olhos quando o medo me cegava, o meu chão quando a vida me derrubava, a minha base para levantar todos os dias.

A todos os professores que encontrei até aqui, muitos foram mestres, exemplos e sábios que levarei ensinamentos para a minha vida toda.

A todas as pessoas que tive a honra de trabalhar e estagiar no decorrer destes cinco anos, especialmente ao Juiz Geraldo Correa Bastos, ao assessor Eduardo Amorim, à analista Suelen Moraes, à técnica Elli Karina. Com vocês adquiri uma bagagem muito importante de conhecimento técnico, e também construí uma extensa experiência de vida para a lide forense. Ao meu orientador Joel Saueressig, pelo empenho e dedicação a este projeto desde a primeira conversa.

A todos aqueles que de forma direta ou indireta contribuíram para que eu chegasse ao final desta caminhada.

A minha eterna gratidão a todos vocês!

“Se o homem falhar em conciliar a justiça e a liberdade,
então falha em tudo. ” Albert Camus

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Lucas Vinicius de Miranda¹

Joel Saueressig²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso destina-se a analisar a inconstitucionalidade da execução provisórias da pena. Inicialmente abordando a parte histórica da pena e em seguida os fundamentos do direito de punir, abordando também a evolução histórica da pena e do direito de punir no Brasil. Posteriormente passa a discorrer sobre os princípios constitucionais que mais interagem com a execução provisória da pena, nos quais foram elencados os princípios da presunção de inocência, da celeridade processual, da garantia da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Em seguida passa a se adentrar especificamente no tema, onde se apresenta o conceito de execução provisória da pena, fazendo uma diferenciação da execução por definitivo com a provisória. E dando seguimento é feito um levantamento histórico das decisões do Supremo Tribunal Federal que abordaram o tema, modificando ou mantendo o entendimento jurisprudencial. E finalmente são analisadas as duas decisões do Supremo Tribunal Federal, decididas pelo plenário, que ambas, modificaram o entendimento constitucional acerca do tema.

Palavras-chaves: Processo penal. Pena. Execução Provisória. Constitucionalidade.

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Professor Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

UNCONSTITUTIONALITY OF THE ANTICIPATED IMPLEMENTATION OF THE SENTENCE CRIMINAL

Lucas Vinicius de Miranda³

Joel Saueressig⁴

ABSTRACT

The present work of conclusion of college is intended to analyze the unconstitutionality of the anticipated execution of the sentence. Initially addressing the historical part of the punishment and then the fundamentals of the right to punish, also addressing the historical evolution of punishment and the right to punish in Brazil. Later begins to discuss the constitutional principles that interact most with the anticipated execution of the sentence, in which were listed the principles of presumption of innocence, the speedy trial, the guarantee of legal defense and of double degree of jurisdiction. Afterwards, it begins to go into the subject specifically, where the concept of provisional execution of the sentence is presented, making a differentiation of the execution by definitive with the provisional one. And following up is a historical survey of the decisions of the Federal Supreme Court that addressed the issue, modifying or maintaining the jurisprudential understanding. And finally they are analyzed as two decisions of the Federal Supreme Court, decided by the plenary, that both, modified or reconstituted on the subject.

Keywords: Criminal proceedings. Punishment. Early execution. Constitutionality.

³Law School undergraduate academic of the University Center UNIFACVEST

⁴ Law School professor of the University Center UNIFACVEST

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 11 de dezembro de 2018

LUCAS VINICIUS DE MIRANDA

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. HISTÓRICO DA EXECUÇÃO DA PENA.....	12
2.1. Evolução Histórica da Pena	12
2.2. Os fundamentos do direito de punir	14
2.3. Histórico da pena e da execução penal no Brasil.....	18
3. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	22
3.1. Princípio da presunção de inocência	22
3.2. Princípio da celeridade processual.....	24
3.3. Princípio da garantia da ampla defesa.....	25
3.4. Princípio do duplo grau de jurisdição	26
4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	31
4.1. Conceito	31
4.2. Histórico das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena na pendência de recurso extraordinário e especial	32
4.3. Análise do Habeas Corpus n. ° 84.078 do Supremo Tribunal Federal.....	37
4.4. Análise do Habeas Corpus n. ° 126.292 do Supremo Tribunal Federal.....	40
5. CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema a Inconstitucionalidade da Execução Provisória da Pena.

A relevância do mencionado assunto decorre do próprio momento inicial de cumprimento da pena, revelando grandes aspectos sociais, como a real função da pena, bem como as arbitrariedades do Estado sobre o indivíduo, destarte desde da promulgação da Constituição o tema vem sido amplamente discutido.

Devido a grande instabilidade política e social dos dias atuais, este tema toma ainda mais importância, com o grande aumento da criminalidade e corrupção, onde até um ex-presidente da república, que teve sua pena mantida perante o tribunal de apelação, sendo decretado o início imediato do cumprimento da pena, mesmo ainda pendente de recursos.

O problema reside na forma de interpretação da Constituição Federal de 1988, utilizando de uma forma mais abrangente ou restrita em relação a um direito e garantia individual, na busca de se ter a melhor solução de interpretação da possibilidade, ou não da execução de uma sanção penal na pendência de recursos, extraordinários e especiais, que em tese não teria efeito suspensivo, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral demonstrar qual o melhor método de interpretação da Constituição Federal, para que se demonstre, de modo efetivo, se há possibilidade e restrições definitivas quanto a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Como objetivos específicos, verificar separadamente os princípios constitucionais que mais se relacionam com a execução provisória da pena, bem como, as funções da pena em nosso ordenamento para que se tenha um panorama amplo que possa embasar uma melhor forma de interpretar a constituição.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvido, no primeiro capítulo, um breve histórico da pena com o enfoque no momento inicial do seu cumprimento no mundo e no Brasil, desde os primórdios até os dias atuais, mostrando a sua evolução gradual e periódica.

Demonstrando também as teorias que dão embasamento ao estado democrático de direito ao aplicar uma pena física.

Posteriormente, serão analisados, no segundo capítulo, os princípios constitucionais mais afetados pela execução da pena condenatória antes do trânsito em julgado, isto é, antes de acabarem as possibilidades de recursos, elencando-os e definindo-os.

Finalmente, no terceiro capítulo, após conhecida a função da pena e princípios constitucionais mais relevantes ao tema, abordar-se-á a definição de execução provisória da pena, com um breve histórico da presente temática perante o Supremo Tribunal Federal, e por conseguinte, uma análise das principais decisões da referida corte acerca do tema.

2. HISTÓRICO DA EXECUÇÃO DA PENA

Neste capítulo irá se abordar o Histórico da Pena com o enfoque no momento inicial de cumprimento, no mundo e no Brasil, desde os primórdios até os dias atuais. Cumpre destacar que o histórico da pena se confunde com a própria história do Direito Penal.

Ainda, abordar-se-á a própria função da pena como forma de iniciação do tema que será melhor elaborado posteriormente.

2.1. Evolução Histórica da Pena

Ao longo da história humana é possível se verificar uma evolução gradativa e periódica da função da pena, bem como de sua aplicação. Iniciando de uma pena mais corporal com o único objetivo de responder a uma ofensa sofrida, isto é, com o ímpeto vingativo por si só, para uma idéia mais funcional da pena, assim deixando um pouco de lado este teor vingativo, atribuindo a função também de reeducar o celerado.

Destarte, ao tentar expor essa ordem cronológica para a aplicação da pena, pode-se dividir a história em cinco períodos principais, que seria a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública, o período humanitário e o período criminológico (NORONHA, 2001).

Períodos estes que são marcados por nuances e distinções em relação ao motivo de punir e logo em relação aos tipos de penas impostas, saindo dos mais bárbaros aos mais brandos.

Assim, o período da Vingança Privada é marcado pela aplicação da pena de forma imediata pela própria vítima do crime, seus parentes ou familiares ou até do seu grupo social, que poderiam agir desproporcionalmente ao dano sofrido, acrescenta Noronha (2001, p. 20) “a reação era puramente pessoal, sem a intervenção ou auxílio de terceiros”, e, como afirma Mesquita esta pena deriva de uma necessidade psicossocial instintiva de vingar-se da ofensa. (MESQUITA, 2007)

Em relação ao período da Vingança Divina tem como sua característica dominante a influência da religião na vida dos povos e tinha como principal função ao reprimir o crime satisfazer ao Deus pela ofensa praticada, e, conforme aponta Bitencourt (2011, p. 60) “o castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação”.

O período da Vingança Pública traz uma maior organização social tendo como função precípua a manutenção do príncipe ou soberano, com penas cruéis e severas, com o objetivo de intimidar a população a não se rebelar.

Ainda acerca deste período assevera Noronha (2001, p. 22) que “ao lado da vingança pública, permaneciam as formas anteriores da vingança privada e da divina, não se podendo, como é óbvio, falar em direito penal”, posto que o soberano justificava sua manutenção no poder como uma vontade divina.

Neste ponto pode-se observar, dos três primeiros períodos, a desnecessidade de uma aplicação proporcional da pena aplicada ao dano praticado pelo ofendido, podendo, e muitas vezes o sendo, penas capitais, bem como a inter-relação entre uma fase e outra.

Após, chega-se ao período Humanitário, onde no mear do Iluminismo, encabeçado pelo Marquês de Beccaria, Cessar Bossena, influenciado pelas obras de Rousseau e Montesquieu, publica a obra *Dei delitti e dele pene* (Dos delitos e das penas) trazendo um fundamento do direito de punir e da legitimidade da pena. Isto é, as penas tinham uma função utilitária e social, quais sejam, além de punir o indivíduo, teriam a função de prevenir para que outros não praticassem mais o crime (NORONHA, 2001).

Assim, tem-se uma necessidade de reforma legislativa, não tendo mais, como base da pena, a punição apenas como um castigo para o transgressor, mas também surge a função de prevenir o crime.

Ainda Noronha (2001, p. 26) define a obra de Beccaria pela “defesa do indivíduo contra as leis e a justiça daqueles tempos, que se notabilizaram; aquelas, pelas atrocidades; e esta, pelo arbítrio e servilismo aos fortes poderosos. ”

Assim, pode-se afirmar que houve uma diminuição no poder do Estado sobre o indivíduo, sendo restringido, não apenas as penas aplicadas, mas também pela necessidade de fundamentá-las.

Por derradeiro, tem-se o período criminológico, qual deixa um pouco de lado a filosofia do período anterior e traz um olhar mais científico para a o crime e, por conseguinte, a pena, liderado por César Lombroso, que analisou o crime como um fenômeno biológico trazendo um método para estudá-lo.

Lombroso, conforme aponta Mirabete (2011, p. 20) “Criou com seus estudos a Antropologia Criminal e, nela, a figura do “criminoso nato”, bem como trouxe uma série de características físicas que apontaria para um “ser” voltado à prática criminosa. ” E apesar de

muitas ideias dele terem sido refutadas através do tempo, seu método de análise apresentou um novo prisma para o Direito Penal.

Assim, Noronha (2001, p. 27) aponta a principal diferença para o período criminológico ao período anterior:

Ao invés de considerar o crime como fruto do livre arbítrio e entidade jurídica, temo qual manifestação da personalidade humana e produto de várias causas. A pena não possui fim exclusivamente retributivo, mas, sobretudo, de defesa social e recuperação do criminoso, necessitando, então, ser individualizada, o que evidentemente supõe o conhecimento da personalidade daquele a quem a pena será aplicada.

Como se pode observar, este período, como no humanitário, tem como bases penas mais brandas e proporcionais aos crimes cometidos, deixando um pouco de lado as penas capitais, e trouxe um novo enfoque para a pena, um novo método de análise objetivando a reeducação do indivíduo.

2.2. Os fundamentos do direito de punir

Conforme se pode observar no item anterior, através do tempo houve uma grande evolução na forma de pensar a pena, como aplicá-la, bem como a justificativa de sua existência, assim é imperioso destacar as teorias que embasam o direito de punir, isto é, a função da pena.

Destarte, ao analisar o sentido, função e finalidade das penas, pode-se dividir em três teorias mais importantes, quais são as teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas (BITENCOURT, 2011).

As teorias absolutas baseiam-se em apenas uma única função básica para a pena, qual seja, a de punir quem praticou o mal, isto é, trazer a justiça àquele que praticou o injusto, observa-se que justiça nesta teoria tem como significado a ideia de igualdade.

Neste norte, Noronha (2001, p. 28) assevera que a pena:

É simples consequência do delito, explicando-se plenamente pela razão *retribuição* jurídica. Ao mal do crime, o mal da pena, imperante entre eles a igualdade. Só o que é igual é justo. Alega-se, destarte, que sob certo aspecto, o *talião* seria a expressão mais fiel dessa corrente.

Observa-se então a ideia retributiva da pena para reestabelecer o *status quo ante*, fazendo com que aquele que cometeu um mal sofra deste mesmo mal. Assim, estabelece Bitencourt (2011, p. 100) que “segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais.” Ainda, Bitencourt (2011, p. 101) acrescenta que “nesta proposição

retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas pretendendo aproximar-se do divino. ”

Apesar desta teoria tentar se aproximar do divino, ela como uma vingança pessoal, é sem um objetivo racional, apenas como um instinto animal, com a função de aplicar uma pena (um mal) a quem praticou um mal.

As teorias relativas ou também chamadas de preventivas têm intenção de aplicar um mal àquele indivíduo que comete o crime, a fim de que o impeça de cometer novos crimes, também buscam, por meio de uma coerção social e de certa forma amedrontadora, inibir a prática de violações legais por outros cidadãos.

Assim, Bitencourt (2011, p.106) define a presente teoria:

Para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir.

Neste sentido, a pena teria muito mais um caráter social – até mesmo ideal – de impedir que um crime seja cometido, pelo simples fato da existência da pena, qual seria o suficiente para coibir um possível criminoso.

Acrescenta ainda Betham *apud* Noronha (2001, p. 29), que a pena apesar de inibir o criminoso em si de reincidir, tem a função principal e se justifica por sua utilidade pública de prevenir o crime para que os outros cidadãos não venham a delinquir como se observa:

Betham considera a pena um mal para o indivíduo, que a sofre, e para a coletividade, que lhe suporta os ônus. Justifica-se, entretanto, por sua utilidade. O fim principal é a *prevenção geral*. Deve ela, ao ser aplicada, advertir ao delinqüente em potência que não pratique o delito. Recomenda, com esse fim, em especial a pena de prisão, impugnando os excessos punitivos daquelas épocas.

Pode-se entender desta teoria duas funções para a pena, a prevenção geral e a prevenção especial.

A prevenção geral leva em consideração que a população é coagida pela pena para que não cometa crimes, isto significa que o homem médio ao sobrepesar as consequências de seus atos, sabendo do mal que sofrerá caso viole a lei, este não a violará.

Neste diapasão, sustenta Feuerbach *apud* Bitencourt (2011, p. 107):

[...]através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

Por outro lado, Beccaria, outro apoiador desta teoria da prevenção geral, aponta que apenas com a certeza da punição que se consegue prevenir o delito.

Ainda acrescenta Bittencourt (2011, p. 108) que: “A prevenção geral fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. ”

Observa-se a ingenuidade desta tese, posto que um pré-requisito para sua confirmação é que o ser humano sempre age de forma racional, o que não existe, a humanidade é movida a estímulos instintivos e emocionais, que muitas vezes não temos tempo o suficiente para analisar friamente as consequências de seus atos.

Outras críticas a essa teoria é o desconhecimento da norma jurídica por seu destinatário a não existência de um homem que avalia a sua ação e leva em consideração as consequências desta, bem como a falta de fundamentação do poder estatal ao aplicar sanções jurídico-penais. (BITENCOURT, 2011)

A prevenção especial é pessoal e particular, dirigida especificamente para o celerado, divergindo assim da prevenção geral que pretende impedir que todo um grupo social cometa crimes. Assim, a prevenção especial tem a função de evitar que aquele que violou a lei, volte a violá-la.

Neste sentido define Bittencourt (2011, p. 111) “A prevenção especial não busca a intimidação do grupo nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. ”

Portanto, nota-se que esta teoria está interessada no indivíduo, naquele que cometeu o crime, para que este não volte a cometer delito algum, pois veria o mal que sua atitude lhe proporcionou.

Ainda, acrescenta Teles (2004, p. 49) que para esta teoria o criminoso “Enquanto preso, não cometeria novos crimes. Se o condenado fosse corrigível, seria corrigido. Se apenas intimidável, ficaria intimidado e, se nem corrigível, nem intimidável, restaria, pelo menos, neutralizado, durante o cumprimento da pena.”

Destarte, cumpre frisar que para esta teoria a pena teria função de prevenir que aquele que delinqüiu voltasse a delinquir e enquanto cumpre sua pena não cometeria qualquer outro crime.

Posto isso, esta teoria é muito criticável no sentido do criminoso eventual, aquele que cometeu um crime em uma citação que dificilmente se repetirá, destarte apesar do indivíduo ter cometido um crime, este não deve ser punido, pois ele não voltará a reincidir (TELES, 2004).

Por fim, as teorias Unificadoras ou Ecléticas, e conforme o nome já diz, unifica os principais conceitos das teorias absolutas e das relativas, isto é, têm a função retributiva, mas também as funções preventivas. Neste sentido afirma Noronha (2001, p. 30) “Sustentam a índole retributiva da pena, mas agregam os fins de reeducação de delinquentes e de intimidação. ”

A presente teoria surge da disfunção das teorias anteriores que não abarcavam todo o arcabouço que sustenta a pena deixando-a deficitária, conforme aponta De Toledo y Ubieta *apud* Bitencourt (2011, p. 112):

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutistas ou relativas da pena. Sustentam que essa “unidimensionalidade, em um outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem”.

Assim, se observa uma real necessidade de trazer o Direito Penal para o mundo real, onde ele deixa de ser abstrato e formal, devendo abarcar toda a complexidade do homem em sociedade, devendo ser mais abrangente que as teorias monistas.

Desta necessidade Claus Roxin criou a Teoria Unificadora Dialética, restringindo o Direito Penal, aplicando-o subsidiariamente, apenas quando os outros ramos do direito não conseguirem trazer a ordem (TELES, 2004).

Neste sentido, o estado deve se reservar a proibir comportamentos graves, isto é deveras lesivo, e quanto mais lesivo maior a sanção atribuída. Assim Teles (2004, p. 51) afirma que:

Sendo o objetivo do Direito Penal a proteção de apenas alguns bens, os mais importantes, de apenas algumas formas de lesões, as mais graves, então é claro que a criação dos crimes, com a cominação das penas, tem como fundamento prevenir, de modo geral, a ocorrência desses ataques. Nesse sentido, admite-se a prevenção geral, mas, é claro, apenas para as lesões mais graves aos bens mais importantes.

Por outro lado, ao ter a norma incriminadora violado, nasce para o Estado o direito de punir o indivíduo que praticou um mal, não só em seu sentido retributivo, mas responsabilizando o criminoso a medida de sua responsabilidade, com este viés tem-se o sentido utilitário da pena, da prevenção especial, impedindo que aquele determinado infrator volte a delinquir.

Neste sentido Noronha (2001, p. 30), refere-se sobre esta tese que “Afirma o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária. ”

Ainda, há de se ter como requisito e justificando assim a pena a ressocialização do criminoso, isto é trazer o celerado de volta para um convívio sadio para a sociedade (MIRABETE, 2004).

Observa-se então a junção do que há de melhor nas teorias absolutas e relativas, buscando de uma forma de justificar a necessidade da pena, assim afirma Teles (2001, p. 52):

A teoria que justifica a pena, assim é dialeticamente, a composição do que há de aceitável e cada uma das particularmente inaceitáveis teorias. Como dizia HEGEL, a quantidade pode transformar-se em qualidade. Aqui, partes aceitáveis de três todos inaceitáveis, agregadas, podem construir-se num único razoável ou, pelo menos, qualitativamente melhor.

Visualiza-se assim, que apesar da pena, principalmente a de prisão ser um instituto praticamente falido por suas falibilidades ela ainda se faz necessária para uma convivência harmoniosa em nossa sociedade.

2.3. Histórico da pena e da execução penal no Brasil

A história do Direito Penal no Brasil, como qualquer outra civilização iniciasse com o seu surgimento qual remontam de períodos pré-coloniais até chegar nos tempos atuais, e tem seu marco principal a chegada dos portugueses em terras tupiniquins.

Assim, o Direito Penal no Brasil, *a priori*, pode-se dividir em três períodos distintos, quais seriam o período colonial, o período imperial e o período republicano (TELES, 2004)

No entanto, para enquadrar de uma melhor forma a história do país e não deixar descoberto um período enorme na história, deve-se dividir em quatro períodos, o período pré-colonial, o período colonial, o período imperial e o período republicano.

O período pré-colônia compreende os anos anteriores a chegada dos portugueses em 1500, como uma sociedade muito basilar e sem muita complexidade, com poucos habitantes e estes compreendidos de uma forma muito esparsa no território, onde vigorava a vingança privada.

Assim, aponta Teles (2004, p. 61) “antes de 1500, as sociedades existentes em nosso território, primitivas, rudimentares, encontrava-se ainda na fase da vingança privada, com a presença do talião e da perda da paz. ”

Após, no período colonial, como era de se esperar o direito penal que vigorava no Brasil era o direito penal Português. As ordenações, forma de denominação do sistema jurídico português, que vigoraram durante o período colonial foram as ordenações afonsinas, manuelinas e Filipinas, sem muitas diferenças entre si, todas podendo se caracterizar como a fase da vingança pública. (TELES, 2004)

Ainda, Bitencourt (2016, p. 173) narra como o período mais cruel vivenciado na história humana, como se observa *in verbis*:

Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vivido sem outros continentes.

O período imperial é marcado por uma relevante evolução aos períodos anteriores extinguindo algumas penas cruéis, adotando importantes princípios a fim de trazer mais justiça e equidade ao ordenamento penal pátrio.

Assim, Teles (2004, p. 63) elenca os princípios mais marcantes adotados pela primeira Constituição Brasileira:

A primeira Constituição Brasileira, a do Império, de 1824, incorpora importantes princípios: a lei penal não terá efeito retroativo; todos são iguais perante a lei; nenhuma pena passará da pessoa do delinquente; e determinou a abolição dos açoites, torturas, marcas de ferro quente e penas cruéis.

Destarte, com a nova Constituição viu-se a necessidade da criação de um novo Código Penal, qual foi criado sob uma teoria muito mais liberal que as leis dos períodos anteriores, tendo como ideia mais voltada a teoria preventiva.

Neste diapasão comenta Bitencourt (2016, p. 174-175), qual demonstra as inspirações para o Código:

Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro código autônomo da América Latina. Destacava Aníbal Bruno que o novo texto fundou-senas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, no Código Penal francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825. Todavia, não se filiou estritamente a qualquer deles[...]

E por derradeiro chega-se ao período republicano, que junto com a abolição da escravatura, trouxe novos ares ao Direito Penal, surgindo no ano de 1890, isto é, antes mesmo da Constituição de 1891, um novo Código Penal, qual foi rodeado de diversas críticas, conforme aponta Bitencourt (2016, p. 175):

Batista Pereira foi encarregado de elaborar um projeto de código penal, que foi aprovado e publicado em 1890, portanto, antes da Constituição de 1891. Como tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história; ignorou completamente “os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli. O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo”.

No entanto, antes mesmo do Código de 1890, o Governo Provisório, instituído a partir de 1889, acrescentou novos direitos abolindo algumas formas de penas, tornando-a mais humanizada, conforme aponta Teles (2004, p. 64) “antes da vigência do novo Código, em 20-

9-1890, o Governo Provisório editou o Decreto nº774, que aboliu a pena de gáles, fixou em 30 anos o tempo da antiga prisão perpétua e estabeleceu a prescrição das penas”.

A pena de gáles, conforme aponta Siqueira *apud* Teles (2004, p. 63) era uma pena de “trabalho forçado, levando os condenados calcetas aos pés e correntes de ferro, juntos ou separados”.

Após, com a Constituição de 1891 surge com novos princípios fundamentais como: “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada”, isto é, trouxe o princípio da reserva legal, o de que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente”, tendo proibido as penas de banimento e de morte, salvo em tempo de guerra (TELES, 2004).

A Constituição de 1834 vem com retroatividade da lei penal *in mellius*, além de manter os avanços das constituições anteriores. Por outro lado, a Carta de 1937 estendeu a possibilidade para outros crimes que não aqueles cometidos em tempo de guerra, para a pena de morte. (TELES, 2004)

Ainda, mesmo com as acirradas críticas, e após diversas Constituições o Código Penal se manteve até 1940, quando foi promulgado o atual Código Penal.

Assim, aponta Bitencourt (2016, p. 174-175):

Finalmente, durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de código criminal brasileiro, que, apreciado por uma Comissão Revisora, acabou sendo sancionado, por decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, embora parcialmente reformado.

E desde aquela época surge a necessidade da formulação de um regulamento para a execução da pena, observando as novas e complexas punições auferidas e observando parte da doutrina que a execução das penas divergia das matérias reguladas pelo Código Penal e do Código de Processo Penal.

Neste diapasão, Mirabete (2004, p. 23) ensina que:

Estava ainda em discussão ao ser promulgado o Código Penal de 1940, sendo abandonado, além do mais, porque discrepava do referido Código. Mas desde tal época, a necessidade de uma Lei de execução Penal em nosso ordenamento jurídico foi posta em relevo pela doutrina, por não constituírem o Código Penal e o Código de Processo Penal lugares adequados para um regulamento da execução das penas e medidas privativas de liberdade.

Uma década após a criação do Código Penal, em 1951, é finalmente aprovado um diploma legal para regulamentar o sistema prisional, no entanto tal dispositivo ficou inoperante, pois não elencava sanções aos violadores de sua norma, conforme expõe Mirabete (2004, p. 23-24):

De um projeto de 1951, do Deputado Carvalho Neto, resultou a aprovação da Lei nº 3.274, de 2-10-1957, que dispôs sobre normas gerais de regime penitenciário. Tal diploma legal, porém, carecia de eficácia por não prever sanções para o descumprimento dos princípios e das regras contidas na lei, o que a tornou letra morta no ordenamento jurídico do país.

Depois deste enorme equívoco do legislador, somente a partir do ano de 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal, surge a Lei de execução penal, esta sim com sanções e punições, isto é, com possibilidades de aplicações.

Assim, aponta Teles (2004, p. 66): “com a introdução de novos e modernos conceitos, e a consolidação do novo sistema de cumprimentos de penas – com progressão de regime mais severo, fechado, a mais brando, aberto – e também a regressão, a possibilidade de novas penas alternativas. ”

Surgindo com a reforma da parte Geral do Código Penal a lei 7.210 de 11 de julho de 1984, ou também chamada lei de execução penal, qual aponta como função da execução da pena a ressocialização do condenado, conforme aponta o art. 1º da referida lei, senão vejamos: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. ”

Logo após, no ano de 1988 é promulgada a atual Constituição Federal, mantendo em grande parte este viés humanitário da pena, mas também apresentando um lado repressivo com a criação do instituto do crime hediondo (TELES, 2004).

Entende-se assim que a Constituição, o Código Penal, bem como o a Lei de Execução Penal adotaram a teoria unificadora para fundamentar a aplicação da pena, posto que apresentam o viés retributivo, conforme demonstrado própria Constituição na criação dos crimes hediondos, mas também apresentando seu caráter preventivo, tanto no geral, com as penas cominadas legalmente, quanto no especial, conforme está expresso na Lei de execução penal.

Neste capítulo se viu o arcabouço histórico da pena, bem como sua razão de existir, no mundo e no Brasil, chegando até a constituição, assim, pode-se visualizar que a pena em nosso país tem uma função mista, utilizando a teoria unificadora.

No próximo capítulo será adentrado com mais ênfase na matéria constitucional, onde se verá os princípios expressos e implícitos, que abarcam de forma objetiva e subjetiva a execução provisória da pena.

3. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Neste capítulo irá se elencar e explicitar os princípios constitucionais mais afetados pela execução da pena condenatória antes do trânsito em julgado, isto é, antes de acabarem as possibilidades de recurso.

3.1. Princípio da presunção de inocência

A presente Carta Magna firmou um dos princípios mais basilares para o Estado Democrático de Direito, qual visa garantir a toda pessoa humana o direito a um devido processo penal, afastando o livre arbítrio estatal.

Assim, a Constituição Federal do Brasil, consagrou em seu artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. ”

Neste sentido, pode-se deduzir que cabe ao Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo além da dúvida razoável, não podendo impor-lhe uma sanção por mera imposição imperial.

Assim, Bastos (2004, p. 299) explana que:

Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstrar da sua inocência. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário.

Ainda, verifica-se que a inocência é um pressuposto relativo, podendo ser alterado para culpado, com provas que se façam aptas a retirar, além da dúvida razoável, tal conjectura, conforme aponta Moraes (2006, p. 393): “A presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. ”

Igualmente, cumpre observar que caso a presente norma seja interpretado de forma rigorosa e literal, considerando que o presente texto aponta que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, impossibilitaria até a investigação criminal e/ou as prisões cautelares.

Neste diapasão aponta Canotilho *apud* Bastos (2004, p. 299): “o rigorismo de interpretação levaria à conclusão da própria inviabilidade da antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal) e a proibição de suspeitas sobre a culpabilidade”.

Por tanto há uma necessária relativização do princípio da presunção de inocência, sob pena de deixar o próprio Estado inoperante, impossibilitando a aplicação do Direito Penal, e, como consequência deixando o Estado em um enorme caos social.

Destarte, o presente preceito apresenta quatro funções básicas, quais sejam a de limitação à atividade legislativa, como critério condicionador das interpretações das normas vigentes e de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente), bem como a obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador. (MORAES, 2006, p. 393)

Neste sentido também assevera Bastos (2004, p.300), ainda relatando que a principal função da presente norma é a de impossibilitar a inversão do ônus da prova, ora se ele é presumidamente inocente, seria uma aberração obrigá-lo a comprovar que ele é inocente, é algo no mínimo incongruente, conforme se observa *in verbis*:

O que se pode inferir da presunção de inocência, em primeiro lugar, é que não pode haver inversão do ônus da prova. Se ao Poder Público compete o formalizar a denúncia, também lhe cabe promover as provas necessárias, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Por esta perspectiva pode-se perceber o viés da presente norma, que apesar de seu rigor literal, tem como interpretação mais basilar a de que cumpre função ao estado de declarar-lhe culpado, e não do indivíduo de provar-se inocente.

Entretanto, outros doutrinadores têm um entendimento mais amplo acerca do princípio da presunção da inocência, ou também chamado princípio da não-culpabilidade, eis que a Constituição afirma que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado.

Neste sentido explanam Bechara e Campos *apud* Lenza (2016, p. 1323): “Melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado”.

Deste modo, considerando que a Constituição afirma que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, esta não culpabilidade também acarretaria na impossibilidade da aplicação penal antes do trânsito em julgado, posto que só há pena para quem é considerado culpado.

Neste diapasão Fernandes (2005, p. 315) aponta que:

Se o réu apenas pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação da pena, somente se justificando quando tiver natureza cautelar. Em suma qualquer prisão durante o processo, para não haver ofensa ao princípio da presunção de inocência, deve ter natureza cautelar e não pode significar antecipação de pena, pois esta, necessariamente, deve ocorrer de sentença condenatória transitada em julgado.

Assim, visualiza-se que este entendimento tem o viés mais garantista, indo além da impossibilidade da inversão do ônus da prova, aplicando também na impossibilidade da antecipação da pena, isto é, impossibilitando também a aplicação da pena antes do trânsito em julgado.

3.2. Princípio da celeridade processual

A busca por um processo célere e ágil é uma forma de trazer justiça, pois o próprio demorar do judiciário já é por si só uma injustiça, capaz de grandes maus, tal qual a impunidade.

Assim, a constituição explicitou o princípio da celeridade processual, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, qual foi incluído pela emenda constitucional número 45 de 30 de dezembro de 2004, qual expõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. ”

Entretanto, o presente princípio já estava implícito em nosso ordenamento antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45, pois a Constituição Federal já determinava à administração pública, em seu artigo 37, o princípio da eficiência. Neste sentido, Moraes (2016, p. 187) aponta que:

Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual –, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput).

Assim para que se tenha uma maior efetividade do processo, qual é essencial até mesmo para o estado democrático de direito, foi consagrada na Constituição Federal, de forma literal o princípio da celeridade processual.

Desta forma Bedaque *apud* Lenza (2016, p.1339):

O tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.

Havendo então a necessidade que o processo tenha uma duração razoável, sendo célere para que este seja efetivo, sob pena de tornar ineficaz a própria função do judiciário, gerando na nação um caos total.

3.3. Princípio da garantia da ampla defesa

A Constituição, de forma expressa, consagra um dos mais essenciais princípios ao processo, qual deve ser ainda mais rigorosamente aplicado ao processo penal, pois tem como objeto, não um apenas um bem pecuniário, mas se materializa na liberdade do indivíduo. Assim, a nossa Carta Magna assegura a ampla defesa em seu artigo 5º, inciso LV, conforme observa-se: “LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Observa-se assim, que o presente dispositivo unificou o contraditório com a ampla defesa, face sua correlação, entretanto cumpre aqui dividi-los para uma melhor compreensão, definindo apenas o princípio da ampla defesa.

Neste sentido Bastos (2004, p. 287), expõe sobre a ampla defesa que:

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções: ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em primeiro momento.

Pode-se definir então a ampla defesa como a utilização, e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova legalmente obtidos, ou qualquer outro meio lícito capaz de convencer o julgador acerca de seu direito.

Acrescenta-se ainda, que até o direito de não falar pode ser abarcado por este princípio, conforme aponta Paulo (2017, p. 224):

Por ampla defesa entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua autoincriminação.

Tendo assim uma cognição plena da ampla defesa, podendo abarcar qual meio lícito e possível, sendo até mesmo considerado o direito de manter-se calado, todos no intuito de, principalmente garantir ao acusado no processo penal, os meios convencer o julgador, tal qual a acusação, de que o que diz é verdade.

Neste diapasão, defesa tanto quanto acusação deverão ter iguais direitos, oportunidade e ainda mais possibilidade de convencimento, conforme acrescenta Bastos (2004, p. 288): “A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu. ”

Para tanto, necessário se faz considerar que as partes em um processo são iguais, apesar de sua desigualdade natural, como explana Bastos (2004, p. 288): “A ampla defesa

visa, assim, a restaurar um princípio de igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes. ”

Além de uma igualdade meramente formal, isto é apenas nos entremear de normas jurídicas, é importante, sem dizer essencial para que se tenha um processo justo, que esta igualdade ultrapasse as poeiras dos livros jurídicos atingindo a vida real, transformando-se em uma igualdade material, como informa Bastos (2004, p. 288) ‘Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real. ’

Entende-se, que a ampla defesa não está apenas na possibilidade de o acusado utilizar-se de todos os meios de provas lícitos e permitidos, ou de calar-se, ela vai muito mais além, tendo como escopo a igualdade real, aferindo aos argumentos do réu o mesmo parâmetro ao utilizado pela acusação, podendo persuadir de igual forma o julgador.

3.4. Princípio do duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição não é um princípio exposto em nossa Constituição, no entanto, é alvo de grandes discussões se apesar de não estar verbalmente inserido em nossa Carta Magna este não está implícito.

Pode-se definir o princípio como o direito, ou a possibilidade do judiciário de analisar novamente um processo, qual já foi apreciado pelo judiciário, só que desta vez por um órgão superior. Neste sentido Paulo (2017, p. 178) explica que:

O princípio do duplo grau de jurisdição significa a obrigatoriedade de que exista a possibilidade de uma causa ser reapreciada por um órgão judiciário (ou administrativo, se for o caso de processo administrativo) de instância superior, mediante a interposição de recurso contra a decisão do órgão de instância inferior.

Assim, o presente princípio decorre da obrigação de possibilitar um reexame do processo, ou judiciário, ou administrativo, e o qual não deve ser para a mesma entidade que já proferiu a decisão, mas para uma de hierarquia, por assim dizer, mais elevada.

Oliveira (2004, p. 185) afirma que é um princípio jurídico no qual todas as decisões terminativas podem ser reapreciadas em um novo julgamento, ainda acrescenta que, este novo julgamento será realizado por um órgão especializado e provavelmente colegiado: ‘O duplo grau de jurisdição é princípio jurídico segundo o qual todas as decisões terminativas de um processo podem ser submetidas a um novo julgamento, por um órgão especializado, geralmente colegiado, a ser provocado por recurso voluntário ou de ofício.’

Assim o princípio do duplo grau de jurisdição, conforme o nome já orienta, refere-se aquele recurso à uma decisão terminativa que foi proferida por um juiz de primeira instância,

isto é, o processo estava sendo apreciado pela primeira vez pelo poder judiciário, e que poderá ser novamente apreciado.

Igualmente, tem que o duplo grau de jurisdição dependa da possibilidade de reapreciação completa do processo, podendo rediscutir provas e matérias de fatos, não ficando condicionado apenas a matérias legais. Assim expõe Oliveira (2004, p. 187):

A compreensão do duplo grau de jurisdição não depende só da possibilidade de recorribilidade das decisões judiciais, mas de que no recurso exista a possibilidade de conhecimento de toda a matéria posta no julgamento anterior, inclusive no que diz respeito à análise da prova e fatos em geral, além daquelas que dizem respeito às questões eminentemente jurídicas.

Por esta razão não se pode considerar como satisfeito o referente princípio nos recursos extraordinários e especiais ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, eis que julgam normalmente apenas questões eminentemente jurídicas - constitucionais e lei federal infraconstitucional, respectivamente.

Tem-se que o presente princípio teve sua origem com a própria especialização da função jurisdicional, a fim de evitar o erro ou o abuso do poder judiciário. Neste sentido explica Miranda *apud* Oliveira (2004, p. 188):

Pontes de Miranda relaciona o surgimento do duplo grau de jurisdição à especialização da função de julgar. Afirmo que quando a justiça era realizada pelo próprio povo ou pelo rei, a instância era única, mas quando a função judiciária ficou especializada, introduziu-se a tendência de admitir reexame das decisões, “devido a possibilidade de erro ou de má-fé”.

Destarte, nota-se que o referente princípio se trata de uma garantia para diminuir o abuso do governo, bem como o erro nos julgamentos.

No entanto, apesar de não se ter muita discussão quanto a sua definição, tem-se um grande dilema porquanto a sua efetividade no ordenamento jurídico pátrio, e se este está inserido em nossa constituição mesmo que de forma implícita.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, garantiu a todos os litigantes de processos, tanto os administrativos como os judiciais, o contraditório: “LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. ”

Deste modo, tem como o contraditório o direito da parte se manifestar a toda e qualquer ação realizada pela parte adversa, sendo ela a manifestação da ampla defesa, neste sentido Moraes (2016, p. 186) explica que:

[...]o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Entretanto, parte da doutrina interpreta esta garantia do contraditório não apenas como contraditar o que disse a acusação, mas até mesmo as decisões do judiciário devem ser passíveis de contradição.

Assim, Giuseppe *apud* Oliveira (2004, p. 193) explana que “É essencial para que o princípio do contraditório se realize de forma profunda, que o próprio ato do juiz seja objeto do contraditório e, portanto, de impugnação”.

Nesta linha de raciocínio, o duplo grau de jurisdição é fruto de uma interpretação ampla do contraditório, servindo para regular os próprios atos judiciais, conforme Oliveira (2004, p. 195) afirma que: “o aprofundamento do contraditório exige a possibilidade de revisão das decisões judiciais em razão de uma premissa lógica derivada do próprio dispositivo constitucional acima citado. ”

Destarte, pode-se definir o contraditório como o direito de opor-se a todo o ato produzido no processo, não apenas aqueles produzidos pela acusação, como também aquele realizado pelo próprio juiz.

Ainda, indo mais além se pode relacionar o duplo grau de jurisdição com a própria consagração e aplicação do princípio do estado democrático de direitos, aplicado ao judiciário.

O Estado Democrático de Direito está fixado no artigo primeiro da Constituição Federal do Brasil, qual explana que: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”

Esse Regime de Governo impõe que o poder do nosso estado é dividido em três funções, ou três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, (apesar do poder ser uno, pois todo poder emana do povo – artigo 1º, §4º, da CF) e, assim deve haver um sistema de controle, para que uma função não se sobreponha a outra, este controle pode ser externo, uma função regulando a outra, ou interno, a própria função realizando sua homeostase, ou seja, se auto regulando (MONTESQUIEU, 2004).

Portanto, se tem uma necessidade do Judiciário ser regulado. Os mecanismos de controle realizados externamente podem se dar através de alguns mecanismos, tais quais o indulto, a graça, a anistia, dentre outras. Entretanto, apenas com o duplo grau de jurisdição o judiciário pode se auto regular sem o juiz perder sua autonomia.

Neste sentido, Oliveira (2004, p. 63) explana que “o duplo grau de jurisdição emerge como melhor forma de controle das decisões judiciais, que ao mesmo tempo não implique perda da independência dos Juízes”.

Assim, para que haja uma maior qualidade nas decisões judiciais e para que a autoridade do judiciário não esteja resguardada na mão apenas de uma figura (o juiz), sem direito de impugnação, concedendo-lhe um poder desproporcional, faz-se necessário que as suas decisões sejam garantidas o direito de uma nova análise.

Neste sentido Oliveira (2004, p. 64) acrescenta que:

Trata-se o duplo grau de jurisdição não só de um instrumento para permitir que a parte obtenha um novo exame da matéria que foi submetida a julgamento, mas um dos meios mais eficazes de controle de conteúdo e da qualidade das decisões judiciais. Um instrumento para preservação do estado democrático de direito.

Assim, se tem que o duplo grau de jurisdição é consequência axiológica do contraditório e da consagração do Estado Democrático de Direitos, tornando-a obrigatória em todo processo.

No entanto, não é esta a interpretação do Supremo Tribunal Federal, posto que autoridades do mais elevado posto em nosso ordenamento são julgadas apenas pelo STF, sem possibilidade de recurso, assim como ocorre no julgamento do presidente da República. Assim, se a própria constituição viola este preceito, considera-se que ele não é uma garantia.

Paulo (2017, p. 179), informa que o motivo do princípio do duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional nesse aspecto:

A fundamentação do STF para essa decisão repousa no art. 102, I, "b", da Constituição Federal, que outorga competência originária para aquele Tribunal processar e julgar as mais altas autoridades da República (presidente da República, deputados, senadores etc.), sem possibilidade de recurso por parte dos réus contra a decisão condenatória. Assim, ponderou a Corte Suprema, se a própria Constituição admite a existência de instância única, é porque ela não consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional do indivíduo.

Assim, pode-se entender que a Carta Magna vigente não garante o duplo grau de jurisdição.

Entretanto, pode-se observar que a ausência de possibilidade de recurso é uma exceção no ordenamento, e, para aqueles processos, ou para aqueles indivíduos em que isso ocorre, eles sempre serão julgados por um órgão colegiado, e nas mais altas cortes do país, onde seus ministros tem em tese os mais ilibados conhecimentos jurídicos, assim tal julgamento é uma exceção.

Neste sentido, visualiza-se que como regra deve ser aplicada a garantia do duplo grau de jurisdição, sendo apenas uma exceção o julgamento do presidente, deputados, senadores e

os demais cargos que possuem foro com prerrogativa de função, devendo o princípio ser aplicado necessariamente na jurisdição comum.

Neste capítulo foram apresentados os princípios constitucionais, que de alguma forma possuem relação com a execução provisória da pena, como o da presunção de inocência, da celeridade processual, da garantia da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, os quais foram definidos através doutrinas majoritárias.

No próximo capítulo será conceituado o termo execução provisória da pena e apresentado um histórico das decisões proferidas perante o Supremo Tribunal Federal pós Constituição de 88 acerca do tema, bem como serão analisadas as principais jurisprudências do respectivo órgão acerca do assunto.

4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Neste capítulo será posto em foco realmente a execução provisória da pena relacionando-a com a Constituição Federal de 1988, onde será apresentado o seu conceito, bem como o histórico das decisões do STF que permitiram e negaram sua possibilidade pós Constituição vigente, e por fim será analisado as principais decisões que alteraram a interpretação constitucional.

4.1. Conceito

Inicialmente cumpre diferenciar execução provisória da pena de execução definitiva da pena.

A execução definitiva da pena trata-se do cumprimento da condenação penal após o trânsito em julgado, isto é, quando não há mais a possibilidade de recursos. Já a provisória trata-se da execução da pena antes de haver o trânsito em julgado, ou seja, quando ainda há possibilidades de recursos.

Ainda, faz-se necessário diferenciar as duas espécies de execução provisória, quais são distintas, uma amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, outra ainda em discussão.

A primeira é quando o réu que já estava preso preventivamente este foi sentenciado, e desta sentença ainda possibilitar recurso para defesa, já não havendo mais possibilidade de apelo pela acusação, assim transitando em julgado para o incriminador, não há mais a possibilidade de aumento de pena para o acusado, possibilitando o início da execução da pena.

Neste sentido Marcão (2015, p. 148) afirma:

A execução provisória tem cabimento quando, transitando em julgado a sentença para a acusação, estando preso preventivamente o réu, ainda pender de apreciação recurso seu. E que nessa hipótese a sentença já não poderá ser reformada para pior, para agravar a situação do réu, já que vedada a reformatio in pejus havendo recurso exclusivo da defesa, que de tal maneira já tem conhecimento do extremo que o processo pode proporcionar em seu desfavor.

Isso porque, não havendo mais recursos pela acusação, não há a possibilidade de aumentar a pena, devendo possibilitar ao réu, desta forma, o início da execução da pena para que este tenha direito a progressão de regime, desta forma acrescenta Estrada (2016 p. 73):

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.

Assim, pode-se concluir que a presente forma de execução provisória é para beneficiar o acusado e, destarte não resta dúvidas quanto a sua possibilidade de aplicação.

A segunda forma de execução de provisória é o início do cumprimento de pena, com a expedição de mandado de prisão, após a condenação em segunda instância e, na pendência de recurso especial ou extraordinário.

Os recursos extraordinários e especiais têm sua previsão na Constituição Federal, em seus artigos 102, inciso III e artigo 105, inciso III, respectivamente, sendo regulamentado o seu procedimento nos artigos 1029 e subsequentes do Código de Processo Civil.

Portanto, o recurso especial e o extraordinário por regra não possuem efeitos suspensivo, isto é, efeito capaz de suspenderem a execução da determinação jurisdicional, conforme dispõe o §5º do artigo 1029 do CPC, bem como o artigo 637 do Código de Processo Penal.

Ainda, tem-se que a apelação penal, especialmente no que se tratar de sentença condenatória terá efeito suspensivo, conforme artigo 597 do Código de Processo Penal.

Neste sentido Mesquita Junior (2005, p. 229) aponta que: “O efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários e especial, contrariamente, dá a natureza de execução provisória do recorrente, sendo, portanto, diversa da natureza da prisão cautelar”.

Assim, ante as normativas infraconstitucionais haveria a possibilidade do início da execução da pena logo após o julgamento da apelação, antes do trânsito em julgado definitivo, que só seria alcançado após recurso especial e extraordinário.

4.2. Histórico das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena na pendência de recurso extraordinário e especial

A partir da Constituição Federal de 1988 houve uma grande discussão acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena na pendência de recurso especial e/ou extraordinários, assim ao longo dos anos houveram diversos posicionamentos, alguns possibilitando outros negando.

Entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o ano de 2004 era pacífico o entendimento que não havia qualquer forma de inconstitucionalidade na execução provisória das penas privativas de liberdade, enquanto a pena de multa e restritivas de direito ainda era difuso o entendimento pela desnecessidade do trânsito em julgado. Conforme se abstrai do Agravo Regimentar na Petição nº. 1079 do ano de 1996:

E M E N T A: Execução penal: pena de multa: exequibilidade sujeita ao trânsito em julgado da condenação. 1. O trânsito em julgado da decisão condenatória constitui o termo inicial do prazo para a satisfação da pena de multa (CPen., art. 50), cuja exatidão, de sua vez, e pressuposto da execução compulsória (LEP, art. 164). 2. Para esse efeito, não é dado reputar transitada em julgado a decisão que, embora proferida em instância única pelo Supremo Tribunal, esta sujeita a embargos de declaração, pois do seu julgamento pode eventualmente decorrer a alteração do julgado. 3. Do paradoxo de que se venha admitindo, malgrado o art. 5., LVII, da Constituição, a execução provisória da pena privativa de liberdade - por definição, irreparável -, a qual não se admite na da pena pecuniária - de fácil restituição -, o que se extrai e um argumento a mais contra a jurisprudência firmada quanto a primeira, não, a possibilidade de abstrair-se, quanto a execução da multa, da exigência legal inequívoca da coisa julgada.

Destarte, no ano de 2004, houve um real abalo no entendimento anterior, eis que no julgamento do Habeas Corpus nº. 84.677 do Rio Grande do Sul perante o STF, foi julgado inconstitucional a referida execução provisória da pena, conforme observa-se:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direito. Decisão impugnada mediante recurso especial, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Voto vencido. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.

No entanto, este abalo não foi capaz de alterar completamente o entendimento da suprema corte, pois pouco tempo após, no ano de 2005 o referido órgão manteve seu posicionamento afirmando pela constitucionalidade da execução, conforme se observa no Habeas Corpus 85.886:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. 1. A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo. 2. HC indeferido.

Assim, após o ano de 2004 e até o ano de 2007 era bastante difuso o entendimento acerca da constitucionalidade da execução antecipada da pena, algumas câmaras afirmando ser constitucional outras decidindo como inconstitucional, mas a maioria das decisões ainda mantinham a linha jurisprudencial, afirmando pela possibilidade da execução

Assim, no ano de 2007 houve uma mudança de quadro, quando o STF passou a proferir mais decisões no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da execução provisória da pena principalmente nas decisões da segunda turma.

Conforme se visualiza no acórdão do Habeas Corpus de nº 91333 do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Apesar dessa mudança de rumo na Suprema Corte, tal entendimento não se tornou pacífico, sendo que naquele mesmo ano outra decisão no sentido de reconhecer a possibilidade da execução antecipada da pena, conforme se demonstra no Acórdão do Habeas Corpus nº 92872:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PENA: EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PROGRESSÃO DE REGIME ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RESOLUÇÃO N. 19, DE 29 DE AGOSTO DE 2006, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal não exige o trânsito em julgado da condenação para que seja possível a progressão de regime. Precedentes. 2. O art. 1º da Resolução n. 19 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que a guia de recolhimento provisório seja expedida após a prolação da sentença ou do acórdão condenatório, ainda sujeito a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal. 3. Recurso conhecido e provido.

Destarte, a presente instabilidade jurídica foi superada no ano de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu no Habeas Corpus 84078, pelo tribunal pleno, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, conforme pode se observar:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. [...]

Assim, entre o período de 2009 até o ano de 2016 se manteve pleno o entendimento da impossibilidade da execução antecipada da pena. Apenas com algumas decisões no sentido contrário, que permitiam a sua aplicação face aos recursos defensivos meramente protelatórios, que visavam afastar o trânsito em julgado e, por conseguinte a execução da pena, conforme se visualiza no Habeas Corpus nº 104632 da Suprema Corte:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUCESSIVOS RECURSOS INTERPOSTOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSOS COM CARÁTER MERAMENTE PROCRASTINATÓRIO, NOS QUAIS SE DISCUTE TÃO SOMENTE O REGIME PRISIONAL. QUESTÃO PRECLUSA PARA A DEFESA QUANDO DEIXOU DE RECORRER CONTRA A DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O SEU RECURSO ESPECIAL. ORDEM DENEGADA. I - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. II - No presente caso, entretanto, é notória intenção do paciente em não deixar que a sua condenação seja alcançada pelo trânsito em julgado, em claro propósito de furtar-se à aplicação da lei penal, buscando a prescrição da pretensão punitiva. III - É evidente que todos os recursos manejados pelo paciente possuem natureza meramente procrastinatória, sem qualquer conteúdo jurídico que viabilize o seu conhecimento, quanto mais o seu provimento. IV - Nesses casos, o entendimento firmado pelo Plenário desta Corte Suprema deve ser interpretado com prudência, impedindo que condutas eivadas de ilegalidade obstem a execução de uma pena legitimamente aplicada. Precedentes. V - A única alegação constante dos primeiros embargos declaratórios opostos no Superior Tribunal de Justiça, e nos sucessivos recursos manejados, era a de que aquele Tribunal restabeleceu a pena imposta em primeiro grau, nada dizendo quanto ao regime prisional. VI - Em momento algum, houve modificação do regime prisional fixado na sentença condenatória, sendo certo que a matéria precluiu para a defesa quando deixou de recorrer da decisão que não admitiu o seu recurso especial, não havendo, portanto, qualquer óbice para o imediato cumprimento da pena imposta, nos exatos termos da decisão ora questionada. VII - Habeas corpus denegado.

Outrossim, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal voltou a reanalisar a matéria de forma plena, no que decidiu desta vez que a execução provisória da pena não era inconstitucional.

Conforme pode se visualizar no Habeas Corpus 126292 da referida corte:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 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.

Ainda no mesmo ano foi julgado o pedido de medida cautelar nas Ações Direta de Constitucionalidade (ADC's), sob o número 43 em apenso com a 44 que visam declarar constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, qual afirma que:

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

As presentes ADC's tiveram suas medidas cautelares indeferidas declarando a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, com interpretação conforme a Constituição, e assim permitindo a execução da pena após decisão em segunda instância. Conforme pode-se observar na presente decisão:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual "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. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. [...] 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a

Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.

Assim, ainda está pendente de julgamento no mérito a presente ação, que poderá de uma vez por todas encerrar a discussão, tendo eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, conforme artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99.

Por fim, no ano de 2018 voltou novamente a matéria ao debate, desta vez repercutindo na grande mídia a presente matéria, quando foi julgado pelo plenário o Habeas Corpus 152752 que continha como paciente o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, sendo denegado a ordem do presente remédio, confirmando a possibilidade da execução penal após a confirmação da sentença perante o tribunal de apelação, ainda com possibilidades de recursos sem efeito suspensivo.

4.3. Análise do Habeas Corpus n. ° 84.078 do Supremo Tribunal Federal

O Habeas Corpus 84.078 do STF, proferido no dia 05/02/2009, sendo o marco de uma mudança de paradigmas quanto a possibilidade da execução provisória da pena, onde até então, apesar sofrer várias críticas e uma certa insegurança jurídica, devido a diversidade de decisões contraditórias, se via como possível a presente medida

Cumpramos esmiuçar o presente *habeas corpus* a fim de averiguar as motivações jurídicas nas quais os ministros da Suprema Corte basearam seu voto.

Entenderam os Ministros da Suprema Corte que a execução antecipada da pena ofendia principalmente o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, e neste sentido foi o voto do relator Eros Graus no Habeas Corpus n. ° 84.078 do referido tribunal:

[...]a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.

Impondo desta forma, nada nem ninguém pode ou poderá impor algum prejuízo ao réu antes do trânsito em julgado da sentença penal, fazendo uma extração do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da não culpabilidade.

Tal como o voto do Ministro Carlos Brito no Habeas Corpus n. ° 84.078 da Suprema Corte, ambos dando uma interpretação bastante literal ao respectivo dispositivo, ainda este

jugador assevera que a Carta Magna não postulou o princípio da presunção de inocência, mas sim o da não culpabilidade, diferenciando-as uma da outra, conforme visualiza-se:

Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: "o homem é inocente até prova em contrário". A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado.

Extraindo ainda da inteligência do artigo 5, inciso LVII da Carta Magna, a diferença de um simples princípio da presunção de inocência, para o princípio da não culpabilidade, qual assevera ser mais abrangente, requerendo não apenas a prova da culpabilidade para afastar a inocência.

Entretanto, o entendimento não foi pacífico entre os próprios membros da Suprema Corte, posto que alguns restringiram a abrangência do referido comando constitucional, aplicando a mesma interpretação que já era utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme nota-se pelo voto da Ministra Ellen Gracie no Habeas Corpus n. ° 84.078 do Supremo Tribunal:

Dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5o da Constituição Federal - e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores - é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

Impôs desta forma à redação do artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal, a noção de que o referido diploma restringe apenas as relações intraprocessuais, isto é, de como o réu será tratado no processo, onde incumbe à acusação todo o ônus da prova.

Menezes Direito no HC n. ° 84.078 da Corte Constitucional, ainda acrescenta que não se pode impedir a execução da pena na pendência dos recursos extraordinários e especiais, pois estes não discutem matéria de fato, tais matérias serão apenas discutidas nas fases de jurisdição ordinária, até para que o processo seja mais célere, observe-se *in verbis*:

A norma "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados.

Assim o juízo de culpabilidade já estaria formado após as instâncias ordinárias, visto que não resta mais como nas instâncias extravagantes discutirem se o acusado cometeu ou não o referido delito, podendo apenas afetar matéria jurídica.

Discordando, o Ministro Eros Grau no HC n. ° 84.078 da Instância Suprema afirma que a prisão do réu sem se esgotar os recursos violaria o princípio da ampla defesa, posto que dificultaria o exercício do acusado de demonstrar a inveridicidade da acusação que lhe é atribuída, nota-se:

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

Neste sentido, face ao réu já ter sua execução iniciada, ficaria caracterizado a sua culpa, impossibilitando ainda mais uma chance de reverter a condenação, o que desequilibraria ainda mais a balança processual.

Ainda, o Ministro Cezar Peluso no HC n. ° 84.078 da Suprema Corte aponta que o acusado só poderá sofrer alguma sanção após a tomada de um juízo de culpabilidade definitivo e que antes seria intolerável ao ordenamento jurídico constitucional, observa-se:

[...]o conteúdo jurídico do princípio é, nada mais nada menos, que a expressão de uma garantia no sentido substancial, não no sentido de remédio processual; no sentido substancial de o ordenamento jurídico, em relação ao réu, não lhe poder impor nenhuma medida que atinja sua esfera ou patrimônio jurídico, no sentido largo do termo, enquanto não sobrevenha sentença definitiva condenatória. Ou seja, o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo.

Posto que o acusado mesmo sendo réu em um processo penal não pode deixar de ser sujeito de direito, não podendo ser lhe turbado qualquer direito, sendo ela física, limitando sua liberdade, ou patrimonial.

Ainda acrescenta o relator Eros Grau no HC n. ° 84.078 da Suprema Corte:

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

Assim a execução da pena antes de um juízo definitivo restringiria a dignidade do indivíduo, excluindo-o socialmente sem considerar as circunstâncias da infração.

Opinião diversa tomada pelo Ministro Joaquim Barbosa no referido HC n. ° 84.078 do Supremo Tribunal Federal, qual afirma que a execução penal realizada apenas ao final do

processo e com o processo tão demorado quanto é o brasileiro devido ao seu excesso de recurso faria com que a pena não atingisse mais seu objetivo, sua função, conforme pode-se observar:

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

Por fim, a decisão que teve como relator o eminente Ministro Eros Graus, votando pela concessão da ordem de Habeas Corpus, afastando assim a possibilidade da execução antecipada da pena, por considerá-la inconstitucional, acompanhando o seu voto foram os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Brito e Ricardo Lewandowski. Foram vencidos os ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Assim, o plenário concedeu a ordem por sete votos a quatro, pacificando a matéria pela inconstitucionalidade da medida.

4.4. Análise do Habeas Corpus n. ° 126.292 do Supremo Tribunal Federal

No ano de 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal volta a se reunir para discutir novamente a constitucionalidade da execução provisória da pena, proferindo no dia 17 de fevereiro daquele ano a decisão no Habeas Corpus n. ° 126.292 do referido tribunal, qual votou por reconhecer pela possibilidade da execução provisória da pena.

Destarte, cumpre esmiuçar o presente *habeas corpus* a fim de averiguar as motivações jurídicas nas quais os doutos ministros da Suprema Corte basearam seu voto para retomarem o entendimento pretérito.

O Ministro Relator da presente decisão, Teori Zavascki no Habeas Corpus n. ° 126.292 da Suprema Corte, além de dar ao dispositivo (art. 5, inciso LVII da CF) apenas a interpretação de ônus da prova, baseia seu voto na excepcionalidade dos recursos extraordinários e especial, afirmando que estes recursos não discutem mais a responsabilidade penal, conforme se pode observar:

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Neste mesmo sentido é a decisão do Ministro Edson Fachin no Habeas Corpus n. ° 126.292 da Instância Suprema, que ainda expôs melhor a função dos recursos às instâncias superiores, sendo que eles não visam solucionar o caso concreto mas uniformizar as jurisprudências, visualiza-se:

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Ainda, o Ministro Roberto Barroso no HC n. ° 126.292 do Supremo Tribunal Federal que a decretação da prisão não necessita da imutabilidade de uma decisão, mas sim de uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária, observe-se *in verbis*:

O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988 (grifo do autor).

Acrescenta ainda o Ministro Roberto Barroso no HC n. ° 126.292 da Suprema Corte que após a decisão de segunda instância há uma redução no princípio da presunção de inocência, posto que já está formado um juízo de responsabilidade e os demais recursos não apreciarão matérias de fatos e provas, nota-se:

[...]com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

Entretanto, este não foi o entendimento unânime da Suprema Corte eis que o Ministro Celso de Mello no HC n. ° 126.292 afirma peremptoriamente que o estado de inocência é absoluto, o qual somente se extingue com o trânsito em julgado da condenação penal, visualiza-se:

[...]o **postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em relação** à pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.(grifo do autor)

Pode-se notar uma análise bastante literal do artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, rechaçando qualquer análise que venha a restringir este direito, neste sentido Celso de Mello no HC n. ° 126.292, da Instância Suprema fazendo uma análise histórica da Constituição reforça esse ideal justificando que a preste Carta Magna foi criada para restringir o poder do estado diante do indivíduo, e que restringir a presunção de inocência estaria desvirtuando tal ideal. Observa-se:

[...]a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 e **destinada** a reger uma sociedade **fundada** em bases *genuinamente* democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado** o contexto histórico **que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano** das liberdades públicas, de **qualquer** ensaio autoritário **de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face** daqueles **que presumem** a culpabilidade do réu, **será a virtual (e gravíssima) esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito** do indivíduo *de jamais ser tratado*, pelo Poder Público, **como se culpado fosse.**(grifo do autor)

Ainda, neste mesmo sentido o Ministro Marco Aurélio no HC n. ° 126.292, da Corte Constitucional questiona se com a execução provisória da pena haveria a necessidade dos recursos extravagantes, pois o estado não devolveria a liberdade do indivíduo, conforme se visualiza:

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Por fim a presente decisão que teve como relator o eminente Ministro Teori Zavascki, votando pela denegação da ordem de Habeas Corpus, considerando constitucional a execução provisória da pena, acompanhando seu voto foram os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso e Edson Fachin. Foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski.

Assim, o plenário denegou a ordem por sete votos a quatro, pacificando a matéria pela constitucionalidade da Execução Provisória da Pena.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a constitucionalidade da execução da pena na pendência de recurso especial e extraordinário, isto é, antes do trânsito em julgado definitivo. Tema de suma importância diante dos grandes aspectos sociais envolvidos, como a real função da pena, bem como as arbitrariedades do Estado sobre o indivíduo, destarte desde da promulgação da Constituição o tema vem sendo amplamente discutido, sendo tema exposto pelos principais veículos de mídia nacional.

No primeiro capítulo viu-se um breve histórico da pena com o enfoque no momento inicial de cumprimento no mundo e no Brasil, desde os primórdios até os dias atuais, como marco a Constituição Federal de 1988, onde se visualizou a função mista que a pena possui em nosso ordenamento, utilizando a teoria unificadora, posto que conforme demonstrado notou-se o viés retributivo, bem como o seu caráter preventivo, geral – com as penas cominadas, e, especial conforme expresso na Lei de Execução Penal.

No segundo capítulo foram expostos os princípios constitucionais, que mais interagem com a execução provisória da pena, assim foram definidos os princípios, da presunção de inocência, da celeridade processual, da garantia da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, os quais foram definidos com base nos principais doutrinadores, onde se buscou correlacionar os autores com pensamentos mais benevolentes, bem como àqueles que tenham uma linha mais repressiva.

No terceiro capítulo foi realmente abordado o tema execução da pena ante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo na primeira parte explicitando o seu conceito, após, feito um levantamento histórico das decisões do Supremo Tribunal do Federal que abordaram a temática apresentando a real instabilidade jurisdicional relativo ao momento inicial de cumprimento da pena, e, por conseguinte feita uma análise nos dois acórdãos proferidos pelo plenário da Suprema Corte, uma que declarou inconstitucional a execução antecipada da pena, outra, posterior que a permitiu.

Ao final, como resultado se observa uma real instabilidade jurídico-constitucional, quanto ao momento ideal para o início do cumprimento da pena, podendo se encontrar diversos argumentos, tanto contra como a favor, ambos muito bem fundamentados, bem como, passíveis de críticas. No entanto, chega-se à conclusão de que se deve analisar a constituição como um organismo, de uma forma mais ampla considerando os seus comandos de uma forma integrada, observando a realidade da nação, com a finalidade da pena, não restrito apenas a um dispositivo, e assim, para salvaguardar o duplo grau de jurisdição, e dar

uma efetiva tutela jurisdicional penal com um processo mais célere, não há razões efetivas que impossibilitem a execução provisória da pena.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, C.R. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, volume 2**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18/set/2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/set/2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/out/2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/out/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Acórdão na Petição 1079 Agravo Regimentar**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. DJ 26-04-1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325758>>. Acesso em: 24/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 84677**, Relator(a): Min. Eros Grau, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 08-04-2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358020>>. Acesso em: 24/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 85886**, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 06/09/2005, DJ 28-10-2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>. Acesso em: 24/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 91333**, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ. 09/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502980>>. Acesso em: 26/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 92872**, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ: 15-02-2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=509505>>. Acesso em 31/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 84078**, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ: 05/02/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 31/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 104632**, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ: 28/09/2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165643&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01/11/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 126292**, Relator(a): Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, DJ: 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01/11/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Constitucionalidade 43 MC**, Relator): Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJ: 05/10/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314490087&ext=.pdf>>, Acesso em 04/11/2018.

ESTRADA, R. D. **Execução penal: teoria crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. 4 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

MARCÃO, R. **Curso de execução penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MESQUITA júnior, S.R.D. **Execução criminal: Teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, J. F. **Execução penal: comentários à Lei nº7.210, de 11-7-1984**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTESQUIEU, C.D.S. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, A. D. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Atlas.

_____. **Direito constitucional**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, C. A. A. D. **Processo e constituição**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAULO, V. **Direito Constitucional descomplicado I**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TELES, N. M. **Direito penal: parte geral: arts. 1ª a 120, volume 1**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.