



**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA EXECUÇÃO  
PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: UMA  
ANÁLISE CRÍTICA**

**LEANDRO SANTOS JÚNIOR**

**SÃO MATEUS**

**2020**

**LEANDRO SANTOS JÚNIOR**

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA EXECUÇÃO  
PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: UMA  
ANÁLISE CRÍTICA**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Rosana Júlia Binda.

**SÃO MATEUS**

**LEANDRO SANTOS JÚNIOR**

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA EXECUÇÃO  
PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: UMA  
ANÁLISE CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**PROF. ROSANA JÚLIA BINDA  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ  
ORIENTADOR**

---

**PROF. NOME COMPLETO  
FACULDADE VALE DO  
CRICARÉ**

---

**PROF. NOME COMPLETO  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Agradeço primeiramente a Deus, aos meus pais, tias e familiares, aos meus amigos, pessoas especiais que passaram pela minha vida, que fez total diferença para o meu crescimento profissional e pessoal como, Maria Lindomar, Odejes, Odalia, Odinar e todos que de alguma forma direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse feito e que me apoiaram e acreditaram em meus propósitos e ideais.

Dedico esse presente monografia a minha avó Ana Lavradora de Souza (*in memoriam*), que em um curto período de vida que passamos juntos demonstrou o grande amor que sentia por todos, e pela luta que travou durante toda a vida, para prover alimento para família. Obrigado por tudo, Minha querida avó, você é um exemplo de vida.

*“Justiça é consciência, não uma consciência pessoal mas a consciência de toda a humanidade. Aqueles que reconhecem claramente a voz de suas próprias consciências normalmente reconhecem também a voz da justiça.”*

*Alexander Solzhenitsyn*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1 AS PENAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE.....</b>	<b>09</b>
<b>1.1 A PENA.....</b>	<b>10</b>
1.1.1 Breve resumo histórico.....	10
1.1.2 Finalidades da Pena.....	11
1.1.3 Espécies de Pena.....	12
1.1.4 Pena Privativa de Liberdade.....	13
1.1.5 Pena Restritiva de Direitos.....	14
1.1.6 Pena Pecuniária.....	15
<b>1.2 DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS.....</b>	<b>16</b>
1.2.1 Prisão em Flagrante.....	16
1.2.2 Prisão Preventiva.....	17
1.2.3 Prisão Temporária.....	20
<b>2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRINCIPAIS GRANTIAS PREVISTAS NA CARTA MAGNA, BEM COMO NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>22</b>
<b>2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 GARANTIAS DO RÉU PREVISTAS NA CARTA MAGNA .....</b>	<b>23</b>
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	24
2.2.2 Princípio da Isonomia.....	25
2.2.3 Princípio da Legalidade.....	25
2.2.4 Princípio do Devido Processo Legal.....	26
2.2.5 O Princípio do Contraditório e o Princípio da Ampla Defesa.....	27
2.2.6 Princípio da Razoável Duração do Processo.....	29

<b>2.3 GARANTIAS DO RÉU PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....</b>	<b>31</b>
2.3.1 Princípio do Promotor Natural.....	32
2.3.2 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	33
2.3.3 Princípio da Verdade Real ou da Busca da Verdade.....	34
2.3.4 Princípio da Oralidade.....	35
2.3.5 Princípio do Livre Convencimento Motivado.....	36
<b>3 A DISCUSSÃO ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO LIMAR DA RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>38</b>
<b>4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>41</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>50</b>



## INTRODUÇÃO

A importância desta pesquisa está no fato de se repensar se realmente é proporcional e razoável, bem como constitucional a execução antecipada da pena conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal.

No decorrer da presente será explicitada a parte histórica da aplicação da pena no Brasil, as espécies de pena e princípios existentes em nosso ordenamento jurídico atual, bem como será tratado acerca da possibilidade ou não da execução antecipada da pena e sua inconstitucionalidade.

O propósito é que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais existentes em nosso país, que claramente, impedem a execução antecipada da pena, por ferir o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesse sentido, vê-se que o presente estudo tem como objetivo, ainda, a análise crítica da execução provisória da sentença penal condenatória, ainda pendente de recurso. No decorrer da pesquisa, serão mencionadas as posições existentes a respeito do tema, para, após, expor de forma crítica minha visão sobre a questão em tela.

É sabido que a execução antecipada da pena tem origem na Doutrina e Jurisprudência, sem embasamento legal, sendo que tais fontes acabam por ferir o mundo real do custodiado, que antes de julgado seu recurso teve sua liberdade constricta, um verdadeiro absurdo.

Portanto, o objetivo que se busca através desta pesquisa é verificar a constitucionalidade da execução penal provisória e sua possibilidade de aplicação, onde se faz necessário observar todos os aspectos, como espécies de pena, modalidades de prisão e execução da pena, de forma que se busque compatibilizá-los perante o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Onde, ao final, concluirá acerca da constitucionalidade da execução antecipada da pena.

## 1 AS PENAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

Importante tema no Direito Penal é a respeito da aplicação da pena, que nada mais é do que a punição pelo Estado para aqueles que agirem em desacordo com as normas legais, ou seja, trata-se da retribuição da conduta do agente criminoso.

No ordenamento jurídico brasileiro existem diversas espécies de pena, que além de terem caráter retributivo, possuem caráter preventivo, onde se objetiva reeducar o condenado e propor sua integração social, conforme dispõe o art. 1º, *caput* da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), 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.

Segundo Guilherme de Souza Nucci é:

“... A sanção imposta pelo Estado, através da ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.” (Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, p. 391, 7ª Edição, 2011, São Paulo, Ed. RT)

Como dito, existem três espécies de pena, dentre elas, as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena pecuniária, que são aplicadas justamente com a finalidade retributiva e, também, preventiva, com o fim de evitar a prática contumaz de novos crimes. Nesse sentido, temos o art. 59 do Código Penal Brasileiro:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...”

Há situações em que a aplicação da pena não é necessária, onde o magistrado após análise dos fatos poderá dispensar sua aplicação, nos casos em

que as consequências do delito praticado atinjam tão gravemente o agente que se torna desproporcional ou incabível a aplicação de quaisquer punições.

## **1.1 A PENA**

### **1.1.1 Breve resumo histórico**

Na idade média não existia o Poder Judiciário, quem resolvia as lides eram os próprios envolvidos, sendo que os líderes que dominavam o poder econômico à época é que daria a palavra final, dizendo se foram tomadas as decisões corretas.

Naquela época o poder ficava na “mão” somente de alguns, que tinham total controle de tudo, já que as pessoas dependiam de que os mesmos atestassem a regularidade do procedimento.

No final do século XII aconteceu a primeira grande monarquia medieva, momento em que passou-se a analisar de forma individual caso a caso, sendo que os direitos dos indivíduos passaram a ser reconhecidos e receber proteção do Estado, que buscava, se fosse o caso, a necessária reparação do dano, nesse tempo surgiram as multas impostas pelo Estado, visando coibir os descumprimentos das regras jurídicas.

Ademais, ao longo do século XVIII e no começo do século XIX passou-se a reorganizar o sistema jurídico, principalmente penal, onde se buscou ter como fundamento o crime tecnicamente, sem buscar relação com outras áreas.

Passado algum tempo, verificou-se a necessidade de reformular o sistema até então existente, para que ficasse mais claro o conceito de delito, além de que estivessem todos os tipos de crime codificados, razão pela qual, surgiu o Direito Penal moderno, onde os delitos foram codificados, trazendo e possibilitando uma melhor aplicação da lei penal.

O Direito Penal, por mais que se pareça estranho, tinha grande ligação com a filosofia, tendo sido influenciada à época pelos principais filósofos, inclusive, com a reforma penal passou-se a considerar criminoso aquele que infringia o chamado “pacto social”, ou seja, contrato social, que teria como consequência o isolamento da sociedade, onde o indivíduo passava a ser considerado “inimigo”.

Ainda nesse raciocínio, passou-se a buscar a reparação como uma das consequências da prática do delito, visando, ainda, prevenir a prática de outros crimes.

Nesse período, a punição variava de acordo com o crime, onde se buscava aplicá-la com proporcionalidade, adotando penas mais humanas, época em que a pena tida como cruel começou a ser tida como, também, descumprimento do pacto social.

Durkheim<sup>1</sup> acreditava que pelo crime se tratar de um fato social, não poderia se revestir ou mesmo se solucionar através de apenas uma mera decisão individual, eis que o indivíduo deve exercer seu papel na sociedade, de forma que se ressocialize, demonstrando a sua importância.

### 1.1.2 Finalidades da Pena

Na ciência penal muito se discute acerca da finalidade das penas criminais, conseqüentemente, existem diversas teorias que buscam explicar e exemplificar o real objetivo da aplicação da pena, já que difícil é com o atual sistema prisional “falido” ressocializar um criminoso, portanto, muitos se perguntam o que se busca com a tão mencionada aplicação da pena.

Conforme já dito para a maioria dos juristas a pena trata-se de retribuição à ação criminosa, ou seja, quem comete um crime deve ser punido. Se a pena somente tivesse essa finalidade, não seria efetiva, ou melhor, útil, sendo um conceito bastante em si.

É sabido que quando se pensa no caráter retributivo da pena, logo se vem a cabeça a antiga regra de Talião do “olho por olho, dente por dente”. A teoria retributiva foi uma das primeiras que tentaram elucidar a forma de punição do crime. Em que pese o longo decurso do tempo desde a sua aplicação, a teoria retributiva é defendida por muitos doutrinadores e aceita por muitos juristas.

Foi dessa teoria que surgiu o princípio da culpabilidade como requisito objetivo para a aplicação da pena, até mesmo para utilizá-lo como parâmetro em toda a persecução criminal.

---

<sup>1</sup> Émile Durkheim (1858 – 1917) escreve sobre fato social e crime no final do século XIX. Sobre a incorporação de sua contribuição pela criminologia, cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 59.

Em contrapartida, para outros doutrinadores, para a aplicação da pena ser útil, deveria ter caráter preventivo, visando evitar o cometimento de crimes, bem como até mesmo criando ideologias a ser apresentada a toda sociedade.

Temos que a pena não deve ter reflexo ou sensação de justiça, mas sim deve ter o condão de pôr e garantir proteção e segurança a toda sociedade. Esse pensamento vem sendo construído desde a época do iluminismo, onde se orientava a evitar à prática de novos delitos, buscando atitudes humanas e sociais, dando efetividade às garantias essenciais, especialmente no que tange a segurança.

Portanto, existe a teoria absoluta (retribuição) e a teoria relativa (prevenção), sendo que a teoria relativa se divide em teoria da prevenção geral e da prevenção especial, que também possuem suas espécies. A prevenção geral sustenta que a coletividade possui um poder de ameaça, que seria as regras, consequências impostas e que deve-se reforçar a confiança que os munícipes tem em relação as leis, até mesmo para que tenham receio de infringi-la.

Deste modo, temos que a aplicação da pena também tem o condão de viabilizar e demonstrar que as regras (leis) não devem ser descumpridas, sejam regras simples ou rigorosas, devem ser efetivamente respeitadas, sob pena de ser aplicadas as consequências legais e jurídicas pertinentes ao caso.

Segundo a teoria da prevenção especial positiva, a finalidade crucial da pena deve ser a ressocialização do reeducando, dando ao mesmo condições de se reintegrar à sociedade, bem como dando legitimação da pena.

Essas teorias são de suma importância já que possuem sua própria forma de realizar controle social, de modo a controlar vícios e condutas, até mesmo influenciando com assistência as comunidades.

### 1.1.3 Espécies de Pena

As penas são uma espécie de punição ora definidas pelo legislador e previstas na parte especial do Código Repressivo. Tendo em vista o princípio da proporcionalidade e, até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser respeitados todos os direitos, para que não sejam ultrapassados os limites quando da punição do agente criminoso, até porque sem punição correta, é uma lei sem um fim em si mesmo.

O Código Penal Brasileiro em seu conteúdo não contém todos os crimes, já que existem diversas leis que estipulam tipos penais incriminadores, utilizando-se do código repressivo na persecução criminal e, conseqüente na aplicação da pena, são exemplos, a Lei de Organização Criminosa, a Lei de Tortura e a Lei de Drogas.

Em nosso sistema jurídico adotado - sistema legal - a pena a ser aplicada deve adequar-se ao tipo previsto na condenação, ressaltando-se que existem três tipos/espécies de pena, quais sejam, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e a pena de multa.

#### 1.1.4 Pena Privativa de Liberdade

A maioria dos delitos previstos no Código Penal preveem a pena privativa de liberdade, que já é tratada como regra até mesmo em relação a legislação extravagante (Lei de Tortura, Lei de Tráfico de Entorpecentes e drogas afins, entre outras).

Conforme prevê o referido códex, as penas privativas de liberdade são cumpridas, geralmente, em estabelecimentos prisionais, onde se limita a liberdade do indivíduo, em razão da prática de fatos ilícitos.

Destarte, tais penalidades, devem ser cumpridas em forma de reclusão ou detenção. Em crimes de menor ofensividade, as penas são cumpridas em prisão simples, como é o caso das contravenções penais.

Tais sistemas (reclusão, detenção e prisão simples) devem observar os regimes fechado, semiaberto e aberto que são definidos de acordo com a pena a ser cumprida (pena em concreto).

No regime fechado se impõe ao condenado rigor no cumprimento da pena, que dependendo de sua condição pode fiar em estabelecimento de segurança máxima, sendo que para o cumprimento da pena em regime fechado necessita-se da prisão do agente criminoso.

Quanto ao regime semiaberto, deve ser cumprido em Colônias Penais Agrícolas, conforme descrito no código penal, sendo que os reeducandos trabalham durante o dia e voltam à colônia no período noturno, o mesmo acontece em relação aos feriados e finais de semana.

Mas, é sabido que o sistema prisional brasileiro, atualmente, se encontra praticamente “falido”, já que estão superlotados, sem oferecer condições mínimas

as pessoas detidas, razão pela qual a finalidade da pena não é efetivamente cumprida.

O regime aberto é cumprido em casa de albergado, mas como no Brasil, em quase sua totalidade, não existem tais sistemas, os Tribunais entendem que o condenado deve ficar em liberdade, até porque não pode ficar prejudicado em razão de falha do Estado.

Cumprir ressaltar que, a Casa do Albergado é uma casa comum destinada aqueles que cometem crimes considerados brandos, onde o reeducando deve permanecer aos feriados, sábados e domingos, e durante a noite, devendo trabalhar durante o dia.

Caso o condenado cometa fato grave, como por exemplo, outro crime grave, poderá regredir de regime, conforme o caso concreto.

#### 1.1.5 Pena Restritiva de Direitos

As penas restritivas de direito encontram-se previstas nos artigos 43 à 48 do Código Penal, sendo autônomas entre si, podendo, ainda, caso o acusado preencha os requisitos legais ser substituídas pela pena privativa de liberdade, preenchidos os requisitos legais trata-se de direito subjetivo do condenado.

Caso ocorra a referida substituição, estas serão aplicadas de acordo com a quantidade da pena aplicada quando da substituição. Ainda, deve o condenado cumprir certas obrigações previstas em lei, sob pena de revogação da substituição.

Extrai-se do artigo 44 do Código Penal que os requisitos básicos para a concessão do benefício é que a pena cominada ao crime seja até 4 anos em crimes dolosos, exceto aqueles aplicados mediante violência ou grave ameaça, bem como não ser reincidente em crime doloso.

Reincidente é quando o sujeito já foi condenado e transitou em julgado sua condenação, é contada desde que seja ocorrida dentro de cinco anos do trânsito ou da extinção da punibilidade.

Uma espécie de pena restritiva de direito é a pena de prestação de serviços à comunidade, onde o juiz designa um local, sempre visando a melhor forma de cumprimento para o condenado, já que se visa a reeducação do mesmo e sua ressocialização.

Quando do cumprimento da pena restritiva de direitos na forma de prestação de serviços à comunidade esta se dá de forma totalmente gratuita, podendo ser em um hospital, ou qualquer outro estabelecimento, especialmente aqueles que necessitam de contribuições da sociedade, a doutrina entende que a realização de entrega de cesta básica constitui prestação de serviços à comunidade.

#### 1.1.6 Pena Pecuniária

O Código Penal dispõe que a pena de prestação pecuniária trata-se de pena restritiva de direitos, ou seja, pena alternativa, eis que a prisão é a *ultima ratio*, servindo, portanto como substituição à privação da liberdade do condenado.

Segundo prevê o Código Penal a prestação pecuniária se dá no pagamento de dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Isso é o que chamamos de justiça restaurativa, tema novo, que chama muito a atenção, eis que busca a realização de conciliação entre a vítima e acusado visando a reparação dos danos sofridos por esta.

De suma importância é que o juiz analise a situação econômica do réu quando da aplicação da prestação pecuniária, até porque não se equivale a indenização civil, não podendo ter valor exorbitante, mas sim proporcional ao crime praticado.

Caso o juiz fixe um valor alto visando reparar os danos civis causados à vítima, seria impossível o cumprimento da pena, o que não é o objetivo do cumprimento da pena, já que o objetivo é ressocializar o réu, visando reintegrá-lo a sociedade, dentre outras finalidades. Ademais, segundo a Lei de Execução Penal, deve-se buscar a melhor forma de cumprimento da pena em favor do réu, eis que o objetivo é o seu cumprimento, em *ultima ratio* de forma detido.

Desta forma, a proporcionalidade, a prudência e a equidade devem ser observadas na atuação do juiz quando da fixação do *quantum* da prestação pecuniária, tal como ocorre na liquidação da reparação do dano moral.

Além do mais, embora exista vasta quantidade da sociedade que entenda que justiça seria a prisão do agente criminoso, isso não condiz a realidade, já que os sistemas penais além de estarem superlotados, não efetivam as garantias e



direitos fundamentais da pessoa humana aos mesmos, muito menos teria condição de ressocializar qualquer que seja o criminoso, já que o sistema é “falido”.

## **1.2 DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS**

Com o advento da lei 12.403/11 houvera grandes mudanças no sistema de cautelares existentes no processo penal, tanto em relação ao número, natureza das medidas, bem como em alusão ao seu jeito de aplicação, temas estes que requerem atenção dos juristas.

Vale mencionar que, as medidas cautelares são muito comuns em todas às áreas do Direito, sendo de suma importância seu conhecimento, até porque dependendo do tempo em que se julga definitivamente o processo já se perde a efetividade ou mesmo objeto.

Com o passar do tempo, visando a satisfação das partes e também o efetivo serviço público a ser prestado, bem como tendo em vista a constatação da lentidão na resolução dos conflitos passou-se o sistema a valorizar a figura das medidas cautelares.

No processo penal, a utilização das medidas cautelares requer cuidado, tendo em vista seu caráter pessoal, subjetivo, que, poderá, se for o caso, refletir na liberdade do indivíduo, até mesmo sua intimidade e patrimônio. Entretanto, observa-se que as prisões com caráter cautelar e Habeas Corpus possuem grande destaque no sistema penal, requerendo sempre urgência, ate mesmo por seu caráter.

### **1.2.1 Prisão em Flagrante**

A doutrina tradicional entende que a prisão em flagrante tem natureza administrativa, em razão de ser procedida e conduzida pela Autoridade Policial, sem que necessite de autorização judicial, desde que preenchidos os requisitos legais, sob pena de ser considerada ilegal e, conseqüentemente, relaxada.

Existem doutrinadores que entendem a prisão em flagrante como medida pré-cautelar, em razão de não garantir o resultado final do processo, mas somente manter detido o acusado ao dispor do Juiz.

A prisão em flagrante é meio de prova em si mesmo e, por se tratar de ato administrativo, a lei não prevê como requisito a manifestação jurídica prévia.

Entretanto, considerando o teor do art. 5º, LXV, da Constituição Federal, a prisão em flagrante deverá ser comunicada imediatamente ao magistrado, para que seja verificada sua legalidade.

As circunstâncias autorizadas da prisão em flagrante encontram-se previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

“Art. 302 - Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Existem diversos tipos de flagrante, o flagrante próprio ocorre quando o agente está cometendo o crime e é surpreendido ou quando acaba de cometê-lo. Já o flagrante impróprio acontece quando há perseguição, logo após a prática do crime, em situação que pareça, ao menos, que seja o autor do delito.

Ainda, existe, o flagrante presumido que se encontra previsto no inciso IV do art. 302 do Código de Processo Penal, ocorre quando o investigado é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam prever ser ele é o autor da infração.

### 1.2.2 Prisão Preventiva

É sabido que a prisão preventiva é uma medida excepcional com o fim de garantir a instrução criminal e a efetividade do processo de execução, tratando-se de forma de restrição da liberdade do indivíduo em razão da prática de crime, desde que estejam presentes os requisitos autorizadores de sua decretação.

Miguel Fenech *apud* Câmara (2011, p.122), conceitua a prisão preventiva como sendo:

*“(...) ato cautelar pelo qual se produz a limitação da liberdade individual de uma pessoa em virtude de declaração judicial e que tem por objeto o ingresso daquela em estabelecimento de custódia com o objetivo de assegurar os fins do processo e a eventual execução da pena, pois apesar de serem assemelhadas em sua aparência externa, diferenciam-se por sua finalidade.”*

Já Claus Roxin (*apud* CÂMARA, 2011, p.122), aduz que “a prisão preventiva no processo penal é a privação da liberdade do imputado para o fim de assegurar o processo de conhecimento ou a execução da pena”.

A doutrina, em sua maioria, adotam os pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertati*. O primeiro pressuposto é o *fumus commissi delicti*, onde se corrobora caso haja elementos que indique a autoria e a prova de materialidade do delito supostamente perpetrado, conforme se vê do art. 312, *in fine* do Código de Processo Penal.

Inicialmente, cumpre destacar que, o juiz ao analisar o requerimento ou mesmo de ofício decretar a prisão preventiva, deve antes analisar e visualizar se realmente fora o agente que cometeu o delito, e se há prova da materialidade do crime, uma vez que se não houve lesão ao bem jurídico tutelado não há porque decretar a prisão.

Desta forma, verifica-se que quando ausentes os indícios de autoria do crime ou de sua materialidade, não se mostra razoável a decretação da prisão preventiva do agente.

Quanto aos pressupostos específicos da prisão preventiva, tem-se o *periculum libertatis*, que se encontram previstos na primeira parte do art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, que trata-se da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Temos que a decretação da prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal se mostra razoável quando há necessidade de “proteger” o regular prosseguimento do processo com o fim de evitar os riscos que o agente investigado ou processado possa trazer ao deslinde do processo, como por exemplo em relação ao colhimento das provas na instrução criminal.

Nesse caso, faz-se extremamente necessária e acertada a decretação da prisão preventiva do investigado, já que caso intime as testemunhas, poderá destruir ou ocultar provas fundamentais para sua condenação, ou mesmo elucidação do crime, que se for o caso poderia levar a absolvição, portanto, devem-se preencher os requisitos legais para justificar a prisão do acusado.

A jurisprudência atual dispõe que encerrada a instrução criminal, caso a prisão preventiva estiver fundamentada na conveniência da instrução criminal, está deve ser revogada, até mesmo em razão do disposto no art. 316 do Código de Processo Penal.

Após o encerramento de tal fase da persecução criminal, a prisão preventiva perde sua razão, em regra, devendo ser o acusado posto em liberdade, sob pena de

ser considerada prisão ilegal, o que dá ensejo a sua revogação seja por peça própria ou por Habeas Corpus, conforme inciso LXV, do art. 5º da CF/88, visto que fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, há casos em que há a necessidade da prisão do acusado para assegurar a futura aplicação da lei penal, casos em que há indícios de que o acusado pretende ausentar-se da comarca visando evitar sua punição.

Lopes Jr. (2012, p. 116-118) aduz que para a decretação da prisão cautelar preventiva do acusado devem existir motivos razoáveis, não podendo justificar sua decretação apenas em meras ideias, sem que haja base no caso concreto, os fatos devem ser contundentes em demonstrar a intenção do agente em evadir-se.

A prisão preventiva ainda representa uma resposta à sociedade, dando efetividade ao direito e, gerando credibilidade à justiça, até porque a sociedade teme ficar à mercê da criminalidade, portanto trata-se também de uma garantia social, entretanto, sem que haja o julgamento final do indivíduo, poder caracterizar, na visão de alguns, afronta ao princípio da presunção de inocência.

Lopes Jr. (2012, p.108) critica esses pensamentos, alegando que a expressão trazida no *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal, qual seja, ordem pública, é muito vaga, abarcando diversas situações, o que culmina em tornar-se, de forma lógica, o principal ou preferido fundamento dos juristas ao decretar a prisão preventiva, até porque fica difícil de interpretar e correlacionar ao caso concreto.

Nesse sentido vale se valer do ensinamento que segue:

“Como reiteradamente afirmamos a prisão só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois o contrário transforma-se em antecipação da pena. O que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral ou específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. O mesmo se pode dizer em relação à ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade. (NICOLITT, 2011, p.69).”

Ainda, em contrapartida as ideias acima destacadas, Nicolitt (2011, p. 69) leciona que:

“Quando a prisão cautelar é dirigida a evitar a prática de infrações penais, ou tutelar a ordem pública, o clamor público, a ordem econômica, assegurar a credibilidade da justiça, o que se busca na verdade, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção, geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares.”

O Supremo Tribunal Federal entende que ordem pública – requisito para decretação da ordem pública – não significa clamor público ou proteção da paz social em razão das circunstâncias do crime ou periculosidade do acusado, não estando associada ao quantum da lesão causada ao bem jurídico tutelado, o que jamais justifica a manutenção da prisão de qualquer que seja o agente.

Portanto, os requisitos da decretação da prisão preventiva dependem do caso concreto, tanto a garantia da ordem pública quanto a da ordem econômica, caso não restem devidamente justificadas acabam por ir em desacordo a Carta Magna, principalmente no que tange aos princípios fundamentais da pessoa humana, em especial o princípio da presunção de inocência e o da dignidade da pessoa humana, até porque a liberdade é regra em nosso ordenamento jurídico, sendo a prisão a *ultima ratio*.

### 1.2.3 Prisão Temporária

A prisão temporária também é uma modalidade de prisão cautelar instituída pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, cujo objetivo é alcançar efetividade nas investigações criminais policiais, quando se trata de crimes graves, conforme rol taxativo previsto na lei supramencionada.

Pois bem, como é sabido, antes do advento da citada lei, havia a modalidade da *prisão para averiguação* realizada pela Autoridade Policial, que por não necessitar de prévia autorização judicial, nem mesmo conhecimento do Ministério Público, o que conseqüentemente poderia redundar em abuso de autoridade impunível, já que difícil seria a comprovação do ilícito pela Autoridade pública.

Para sua decretação há mais facilidade, haja vista que a lei de prisão temporária trás diversas opções, além de ter curtíssimo prazo, o que limita sua contestação por meio de *Habeas Corpus* (*não há prazo hábil*).

Tendo em vista seus aspectos negativos, deve o magistrado avaliar, de forma atenciosa, a necessidade de sua decretação, considerando que se decreta geralmente visando a produção de provas para posterior indiciamento e, tendo em vista que em nosso sistema penal a liberdade é regra, sendo a prisão uma exceção em nosso ordenamento jurídico, em razão do princípio da não-culpabilidade, mais conhecido como princípio da presunção de inocência.

Muito se discute acerca dos requisitos para a decretação da prisão temporária, se seriam alternativos ou mesmo cumulativos, há doutrinas que os

consideram cumulativos, entretanto, tenho que se fossem considerados cumulativos não mais existiriam na prática, vez que muito difícil conciliar todos em um único fato criminoso, portanto, tenho que se trata de requisitos alternativos.

Conforme se extrai do art. 1º da Lei nº 7.960/1989:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (artigo 270, caput, combinado com o art. 285);
- k) quadrilha ou bando (artigo 288), todos do Código Penal;
- l) genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) em qualquer de suas formas típicas;
- m) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- n) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986);
- o) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Por fim, vale ressaltar que, em regra, o prazo da prisão temporária é de cinco dias, podendo ser prorrogada por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme ensinamento trazido a teor do art. 2º da Lei 7.960/89.

A exceção à regra é quanto aos crimes hediondos que terá a prisão temporária de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, também, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Findo o prazo da prisão, ou da prorrogação, deve ser o investigado imediatamente posto em liberdade.

## **2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRINCIPAIS GARANTIAS DO RÉU PREVISTAS NA CARTA MAGNA, BEM COMO NO PROCESSO PENAL**

O Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, razão pela qual foram estabelecidos na Constituição Federal diversos princípios que visam assegurar os princípios e garantias do réu ao decorrer de toda persecução criminal, por meio do processo, ou ainda em fase inquisitorial.

Nesse sentido, diversas investigações criminais e, até, ações pais, não consideradas nulas ou são decretadas suspensas, em razão de ofender as garantias fundamentais da pessoa humana previstas tanto na Constituição Federal, quanto no Processo Penal.

Assim, temos que o processo é uma forma de garantir os direitos e princípios favoráveis ao réu, no modelo garantista que não se admite qualquer ilegalidade ou nulidade em razão de ofensas aos princípios ou à lei, que cause qualquer prejuízo ao acusado. Devendo, portanto, o processo ser visto como um meio de se ter o acesso à justiça, garantindo a todos a efetividade de seus direitos.

### **2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O princípio da Presunção de Inocência é o principal princípio que norteia o Processo Penal brasileiro, onde se busca garantir a liberdade do indivíduo. Tal princípio encontra-se consagrado art. 5º, LVII da Carta Magna, que prevê que:

“Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

Nesse diapasão, considerando que a Carta Magna de 1988 é a “lei maior” deste País, deve ser respeitada por qualquer outra legislação, portanto, como o princípio da presunção de inocência está inserida em seu interior, deve ser observado e respeitado, sob pena, da lei que a ofenda ser considerada inconstitucional.

O princípio da presunção de inocência, juntamente com os demais direitos e princípios previstos na Constituição Federal, confere ao acusado um processo digno com um julgamento justo, individual, com observância às leis.

Temos que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal possuem aplicabilidade imediata, bem como as normas que as definem, até porque estas normas são importantíssimas para todo indivíduo que necessita da manutenção e garantia desses direitos individuais fundamentais a todo ser humano, como o direito à liberdade.

Deste modo, antes de se aplicar qualquer punição a alguém, primeiramente, devem-se garantir ao suposto agente criminoso todos os direitos fundamentais, especialmente o direito à liberdade, observando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, além do princípio da não culpabilidade, que permite o acusado responder em liberdade, enquanto está sendo processado.

Portanto, extrai-se que, antes que a sentença penal condenatória transite em julgado deve o acusado ser considerado presumidamente inocente, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência.

Em decorrência do citado princípio, foi criado o princípio do “*in dubio pro reo*”, onde o juiz, após a instrução criminal, ou antes, esteja em dúvida quanto a culpabilidade do acusado, deve-se decidir em favor deste, declarando-o como inocente.

Nesse sentido, deve-se ir mais além, pensando que quando o juiz, que não é o autor da ação penal, tende a trilhar caminhos buscando incriminar o réu tendenciosamente, pelo princípio da presunção de inocência, deve-se ser afastado, considerado suspeito para atuar no feito.

A aplicabilidade do princípio da presunção de inocência é muito ampla, se estendendo quanto às prisões cautelares, que são decretadas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, de forma excepcional, desde que presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

## **2.2 GARANTIAS DO RÉU PREVISTAS NA CARTA MAGNA**

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º diversas garantias aos réus, garantias essas essenciais ao deslinde de toda a persecução penal, são garantias que servem também para que seja “feita a justiça”, dentre elas temos as descritas a seguir.



### 2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Da leitura do artigo acima destacado observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, sem ele não existiria.

Por tais motivos, tenho que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios existentes em nosso ordenamento jurídico, já que engloba diversas esferas do direito, afinal, ninguém é nada sem sua dignidade, a dignidade é praticamente tudo para o ser humano.

Ainda, tenho que o princípio da dignidade da pessoa humana representa um limite a atuação do Estado, para que não se exceda os limites legais, ou até mesmo, servindo como base para melhor interpretação das normas jurídicas, para que o acusado possa receber um tratamento digno pelo Estado.

Há quem entenda que os direitos humanos não devem ser alcançados aos acusados, já que praticaram delitos, entretanto, em que pese o pensamento tendencioso da sociedade, há de se pensar que a dignidade da pessoa humana é aplicável a toda a coletividade, sua aplicação em desigualdade estaria contrariando a própria constituição federal, já que ninguém deixa de ser uma pessoa por ter cometido um crime, e, que, em alguns casos, pode até ser inocente, estando à mercê do Estado de forma equivocada.

Cumprе ressaltar que, a Constituição quando se fez prever o referido princípio não distinguiu sua aplicação em relação a vítima ou ao réu, porque como dito é aplicável à todos.

No que tange a finalidade de sua aplicação no direito penal, temos que visa resguardar a integridade física do ser humano como pessoa, que no direito penal é transformado como se fosse um objeto do processo, ou seja, a vida de uma pessoa está em jogo.

### 2.2.2 Princípio da Isonomia

Previsto no art. 5º, *caput*, da CF, o princípio da isonomia é base para qualquer processo, para que siga os trâmites legais de forma justa e igualitária, isonômica.

Quando trazido para o ramo do Direito Penal, devem-se proporcionar a ambas as partes todos os meios de prova em direito admitidos (desde que solicitados), bem como iguais direitos e obrigações.

Em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista encontrar-se previsto na Constituição o princípio da isonomia, nas lides, conflitos de interesse, deve-se haver iguais condições, bem como direitos iguais, para que após a formação da instrução possa o juiz decidir de forma, também, isonômica, de acordo com o fato, valor e a norma.

Ainda, visa-se equilibrar as partes, até mesmo propondo o modelo atual de justiça restaurativa, onde busca-se mediar os conflitos penais, ficando ambas as partes em situação similar, sem que alguma destas tenha algum privilégio ou superioridade em relação a outra parte.

### 2.2.3 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade inserido na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, bem como no art. 1º, do Código Penal brasileiro, que dispõem que:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

“Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade é o princípio basilar do Direito Penal, afinal mesmo alguém cometendo um fato que a sociedade considere crime, caso não haja lei o indivíduo não poderá ser punido, muito menos ter sua liberdade restringida, sob pena de violar a Constituição Federal, bem como o Código Penal.

Ademais, indo mais além, é sabido que somente lei em sentido estrito poderá reger qualquer norma penal, justifica-se essa limitação no sentido de que não seria

proporcional ou mesmo aceitável que o Estado de forma incontrolada restringisse a liberdade dos indivíduos com a aplicação da lei penal.

Frederico Marques menciona que<sup>2</sup>:

“Dentre as normas penais, existem leis incriminadoras que se denominam ‘leis penais em branco’, porque determinam a *sanctio juris*, mas remetem a estatuição do preceito a outra lei ou fonte formal do Direito. (...) Leis penais em branco, portanto, são disposições penais cujo preceito é indeterminado quanto ao seu conteúdo, e nas quais só se fixa com precisão à parte sancionadora”. (FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, pg. 188).

Há, portanto, de se pensar que caso o fato se adeque a algum tipo penal incriminador deve ser o autor do fato, penalizado, caso não haja norma tipificando a conduta do agente, não há o que se punir.

Nesse sentido, Frederico Marques<sup>3</sup> leciona a aplicação do princípio da legalidade juntamente ao da reserva legal, vejamos o trecho a seguir:

“(...) esse preceito, ao incidir sobre o Direito Penal, encontra de início o princípio de reserva que proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei. Donde concluir-se que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delituosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas: nesse terreno, o Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em consequência de previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito”. (FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, pg. 222/223).

Finalmente, deve-se ter em mente que o que importa é que seja garantido ao acusado que somente seja punido caso haja lei em sentido estrito para tanto, garantindo-lhe mais do que a legalidade, mas a impositiva justiça ao caso concreto.

#### 2.2.4 Princípio do Devido Processo Legal

Previsto no inciso LIV do art. 5º da Carta Magna, o princípio do devido processo legal garante ao acusado um processo justo, onde devem ser observadas todas as garantias legais, bem como devendo ser observados princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, dentre outros, senão vejamos:

Art.5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

---

<sup>2</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, pg. 188.

<sup>3</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, pg. 222/223

(...)

LIV \_ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Jamais poderá ser aplicada qualquer pena, ou mesmo ser proferida qualquer decisão final sem que haja o devido processo legal, sob pena de nulidade, até porque são de suma importância todos os trâmites legais para o deslinde de toda a persecução penal e formação da culpa, caso existente ou não.

Nesse sentido, tem-se o entendimento do renomado doutrinador Tourinho Filho<sup>4</sup>: “O devido processo legal exige um regular contraditório, com o antagonismo de partes homogêneas. Deve haver uma luta leal entre o acusado e o acusador. Ambos devem ficar no mesmo plano, embora em polos opostos, com os mesmos direitos, e as mesmas faculdades, os mesmos encargos, os mesmos ônus”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p.571).

Não se busca alcançar a justiça, mas sim uma sentença digna, sem qualquer desigualdade, onde foram garantidos todos os direitos a que o acusado faz jus.

Do princípio do devido processo legal, surgem dois princípios, ou mesmo derivam-se deste, os princípios do contraditório e da ampla defesa, extremamente importantes para todo o processo penal, onde deverá ser garantido ao réu seu direito de defesa e produção de provas que forem necessárias.

#### 2.2.5 O Princípio do Contraditório e o Princípio da Ampla Defesa

Inicialmente, antes de se comentar acerca do direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa, por serem princípios que possuem suas peculiaridades merecem comentários isolados para posterior análise conjunta, até mesmo porque são princípios extremamente importantes para todas as fases da persecução criminal.

Sem dúvidas os princípios do contraditório e da ampla defesa são os mais importantes quando dizem respeito ao Direito Penal, eis que não há como o réu ter garantido os seus demais direitos, como a exemplo o direito à liberdade, sem o devido processo legal.

---

<sup>4</sup> (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32.ed.São Paulo:Saraiva, 2010. p.571).

Assim, visando resguardar ao réu seus direitos constitucionais, de forma digna e isonômica, será garantido o direito ao contraditório e a ampla defesa, conforme prevê o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No processo penal para que haja um julgamento justo é necessário: “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes”, “que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação” (FERRAJOLI, 2002, P. 39).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 78), o princípio do contraditório: “quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado”.

Tenho que o princípio do contraditório, conforme conceito acima destacado, deve estar presente em todas as fases processuais ou mesmo inquisitoriais (procedimentos investigatórios), não visando defender o acusado, mas visando sanar quaisquer dúvidas, indo de encontro a melhor solução à lide penal.

A ampla de defesa, de fato é ampla (risos), já que não abrange somente aos meios de provas a serem utilizadas pelo suposto autor do fato para se defender, mas também abrange o direito do acusado hipossuficiente ser assistido por advogado público, ou advogado devidamente constituído caso tenha condições, ou seja, abrange também algumas garantias pertinentes a todo ser humano, para que a norma alcance toda efetividade possível, não seguindo apenas o sentido incriminador da norma, mas também ressocializador.

Nucci (2008, p. 76) entende que: “ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”, “inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação”.

Indo mais além, o princípio da ampla defesa, representa ainda uma forma de equilíbrio entre as partes, já que segundo tal princípio o processo não poderá conter privilégios a qualquer das partes, seguindo, portanto, o devido processo legal.

Nesse sentido, tenho que, caso não haja observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, jamais será feita justiça, ou um julgamento digno, eis que o Estado deve proporcionar ao réu contraditar as provas apresentadas pela acusação, sendo representado por meio de advogado, garantindo-lhe todos direitos previstos na Constituição, especificamente aos cabíveis à pessoa humana.

#### 2.2.6 Princípio da Razoável Duração do Processo

O princípio da duração razoável foi introduzido, inicialmente, por meio do art. 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), onde está previsto que toda pessoa deve ser ouvida, dentro de um prazo razoável.

Em 2004, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, a Constituição Federal passou a prever o princípio da razoável duração do processo, conforme inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, senão vejamos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...)  
LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Da leitura do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, observa-se que a garantia da razoável duração do processo abrange além do âmbito judicial, o administrativo, devendo ter celeridade em sua tramitação.

O Doutrinador Tucci<sup>5</sup> afirma que:

[...] não basta que se tenha direito ao processo, delineando-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo) com a verificação efetiva de todas as garantias asseguradas ao usuário da justiça, num breve lapso de tempo, para o atingimento do escopo que lhe é destinado.

Para Tucci<sup>6</sup>, conforme trecho acima destacado, a razoável duração do processo, deve ser realizado num breve lapso de tempo, para que haja efetividade e de fato se alcance o objetivo almejado.

---

<sup>5</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2004. p.106-107.

<sup>6</sup> (idem).

O art. 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos<sup>7</sup> (Pacto San José da Costa Rica), prevê que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou qualquer outra natureza.

Entretanto, embora a Constituição Federal e a referida convenção tenha trago ao nosso ordenamento jurídico o direito à razoável duração do processo, não houve fixação de prazo para tanto, o que fica, portanto, a critério do julgador sua aplicação e análise do que seria realmente uma duração razoável.

Ao deixar essa “lacuna” nas citadas legislações, o direito penal foi o ramo que mais ficou prejudicado, uma vez que réus presos aguardavam anos por julgamento, justificando os magistrados a complexidade do feito (de forma automática), bem como justificando a demora no julgamento em razão de estar o Judiciário “atolado” de processos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o juiz deve observar a prioridade no julgamento das ações, julgando primeiro aquelas que estão em seu gabinete há mais tempo, o que ajudou um pouco a dar efetividade à norma supracitada, embora fique somente na teoria, precisamos ter confiança que algum dia tal direito seja efetivo.

Ademais, diversos réus, ficavam presos cautelarmente, sem análise da prisão, sem a realização da instrução processual, excedendo o prazo razoável de conclusão dos processos previstos no Código de Processo Penal, ou seja, diversos réus tinham suas liberdades cerceadas sem ao menos serem julgados, esperando a instrução há mais de três meses, um verdadeiro absurdo.

Não bastasse isso, como a tese de que o prazo da instrução criminal teria sido excedido se reforçou a ideia de que a liberdade se faz regra em nosso ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 52, que prevê que:

SÚMULA 52 - ENCERRADA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, FICA SUPERADA A ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO POR EXCESSO DE PRAZO.

No Brasil, os julgadores são um pouco tendenciosos para o lado da acusação - sem fugir do assunto (talvez) - passando a ideia não de um sistema acusatório

---

<sup>7</sup> Convenção dos direitos Humanos (CADH) Artigo 8.1.

como prevê o Código de Processo Penal, mas sim de um sistema inquisitorial, onde, em que pese nosso ordenamento jurídico disciplinar que as perguntas sejam diretamente realizadas ao réu, comumente nas comarcas de nosso País, os próprios juízes não aceitam a norma jurídica, fato que prejudica o julgamento do réu, além, de não proporcioná-lo um julgamento justo, digno, razoável.

Não há como se falar em razoável duração do processo sem trazer à baila sua aplicação quanto à prisão cautelar do réu, posto que como dito, como o ordenamento jurídico não se fez constar prazo, o réu fica privado, em muitos casos, de sua liberdade, aguardando um julgamento, que mais parece ser eterno, sem fim.

O que é mais ridículo é existir uma norma garantindo a todos a razoável duração do processo e tal norma não ser aplicada de forma correta, ou mesmo, de forma efetiva, trazendo prejuízo a uma vida, eis que os julgadores não estão apenas com um processo a ser julgado, trata-se da vida de uma pessoa, uma pessoa que poderá ser condenada e ficar anos privado de seu direito fundamental à liberdade.

Nesse sentido, tenho que o direito à razoável duração do processo, por se tratar de direito fundamental, deve ser reconhecido durante o processo, sendo aplicado de forma proporcional e efetiva.

Portanto, a busca pela justiça, aplicando o fato de acordo com o valor e a norma, buscando-se sempre a verdade, é sempre mais efetivo e rápido, o verdadeiro objetivo do processo penal, sem falar que jamais deve se exceder ou haver dilações indevidas durante a persecução criminal, até mesmo porque a prisão em excesso, à título de exemplo, fere os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, presunção de inocência, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, onde o réu deve ser tratado de forma a garantir seus direitos.

### **2.3 GARANTIAS DO RÉU PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Além, dos direitos e garantias previstas na Constituição Federal a serem aplicadas em favor do réu, existem no Código de Processo Penal, diversas garantias, onde se busca garantir um julgamento digno e justo, dentre as citadas garantias temos o princípio do promotor natural, duplo grau de jurisdição, verdade real, oralidade e do livre convencimento motivado.



Ademais, como o acusado possui capacidade processual de encontrar-se no polo passivo da ação penal, sendo o Ministério Público, em regra, o autor da ação, aquele é sujeito de direitos e deveres, não podendo ser acusado sem que sejam garantidos os seus direitos previstos no Código de Processo Penal.

Segundo Reis<sup>8</sup> “a certeza física de quem é o acusado é indispensável para a propositura da ação, pois a responsabilidade criminal é de caráter personalíssimo, não sendo atribuída a outra pessoa que não o verdadeiro autor da infração”.

Para o renomado Doutrinador Cintra<sup>9</sup> (2012):

“(...) a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal.

Portanto, não o que se falar em que por ser réu, o indivíduo não possua direito de ter garantidos os seus direitos, principalmente quanto a um julgamento justo, garantindo-se que o mesmo seja julgado por um juiz natural, sendo acusado por um promotor natural, sendo a sentença devidamente motivada.

### 2.3.1 Princípio do Promotor Natural

É sabido que, os Promotores de Justiça possuem diversos princípios institucionais, dentre os princípios da indivisibilidade e independência funcional, que necessitam ser explanados para poder entender a finalidade ou mesmo a definição do princípio do promotor natural.

No que tange a indivisibilidade, quer dizer que o Ministério Público poderá ser representado por qualquer de seus membros, sendo, portanto, indivisível.

Quanto à independência funcional, tem-se que é assegurado aos Membros do Ministério Público que somente dará seu afastamento por interesse público, por voto de maioria absoluta de seus membros.

Assim, entendido o conceito dos princípios supracitados e com base nestes, e na prerrogativa de inamovibilidade, criou-se a ideia de promotor natural.

O princípio do promotor natural é uma extensão do princípio do juiz natural, consistindo na vedação do Chefe do Ministério Público de realizar designações

---

<sup>8</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Processo penal, parte geral. 15ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>9</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER,

especiais, de promotor *'ad hoc'* para determinado caso ou representar tal órgão em procedimentos administrativos ou judiciais devotados ao promotor natural.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, vejamos:

"CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - PROMOTOR NATURAL - O promotor ou o procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, designação de promotor ou procurador *ad hoc*, no sentido de fixar prévia orientação, como seria odioso indicação singular de magistrado para processar e julgar alguém. Importante, fundamental e prefixar o critério de designação. O réu tem direito público, subjetivo de conhecer o órgão do ministério público, como ocorre com o juízo natural" (RESP 11722/SP, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, 08/09/1992).

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme se vê da leitura do informativo nº 511.

Portanto, até mesmo visando a aplicação do princípio da impessoalidade, observa-se que o princípio do promotor natural é extremamente importante para o processo penal, visando garantir ao réu que o autor da ação, representando o órgão de acusação, seja escolhido de forma impessoal, prévia, não se contraditando com o princípio da indivisibilidade, que tem suas peculiaridades conforme já explicito anteriormente.

Nesse sentido, a ilegitimidade do membro do Ministério Público é causa de nulidade absoluta, vez que é garantido ao réu a aplicação do princípio do promotor natural, até porque deve-se fazer analogia a Constituição Federal que prevê que ninguém poderá ser processado senão pela autoridade judiciária competente.

### 2.3.2 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição conforme ensina alguns doutrinadores seria derivado do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, que prevê que "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".

Nesse sentido, o referido princípio é o direito de reexame de uma decisão judicial, de maneira ampla, o que, conseqüentemente, visa reduzir o erro nas decisões. Na maioria dos recursos se tem o efeito devolutivo, onde se devolve a matéria ao tribunal para sua eventual revisão, daí que se pensa em duplo grau de

jurisdição, até mesmo porque uma decisão judicial, jamais poderia existir sem que houvesse seu controle, afinal conforme ditado popular “errar é humano”.

Deve-se ter em mente que o princípio do duplo grau de jurisdição não afasta as decisões tomadas pelo Tribunal do Júri, somente podendo haver novo julgamento, mas não se modificar a decisão dos jurados.

Segundo o TJSP, em acórdão da lavra do Desembargador Walter Guilherme<sup>10</sup>, é possível a revisão da sentença do réu condenado, tendo o processo findado não fere a soberania do Juri, senão vejamos:

(...) A soberania dos veredictos tem o sentido de impossibilidade de outro órgão jurisdicional modificar a decisão dos jurados, para absolver o réu condenado ou para condenar o réu absolvido pelo Tribunal do Júri, produzindo efeito no processo enquanto relação jurídico-processual não decidida. Assim, transitada em julgado a sentença do Juiz Presidente, é cabível a revisão do processo findo, o que foi decidido na esfera revisional não fere a soberania do Júri.

A aplicação do direito conforme prevê a constituição não é nem um pouco fácil, eis que surgem diversas discussões e dificuldades, até mesmo que a utilização de recursos estaria gerando a impunidade.

Entretanto, surge o seguinte questionamento, se gera impunidade então porque se trata de direito fundamental de todo indivíduo? Dessa forma, tenho que deve-se seguir o modelo legalista garantindo os direitos previstos na lei, preparando os juízes para atuarem de acordo com esta e a Constituição Federal, para certamente alcançar o resultado correto e justo.

### 2.3.3 Princípio da Verdade Real ou da Busca da Verdade

Seguindo este princípio busca-se punir quem praticou o fato criminoso, em suma, busca-se sanar quaisquer dúvidas quanto à autoria do crime, antes que puna alguém sem “certeza”.

Aqui não se busca a verdade formal, realizada por certos atos realizados pelas partes, mas sim a verdade real dos fatos para que seja exercido o *jus puniendi* de forma correta.

É fato que no processo penal é extremamente importante buscar a verdade, até porque encontra-se em jogo o direito fundamental a liberdade do

---

<sup>10</sup> RT 578/353 e JTACrimSP 75/41; TJSAP, RvCr 321.904-3/8, 2ª Câmara, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, RT 811/600; TACrimSP, ver. 416.950/5, 7º Grupo, rel. Juiz Teodomiro Méndez, Boletim IBCCrim 128/720; TJMSP, RT 844/709.

indivíduo em muitos casos, o que é muito sério, dessa forma, o próprio código de processo penal prevê a revisão criminal onde é possível rever a punição realizada pelo Estado, caso haja novos fatos.

#### 2.3.4 Princípio da Oralidade

O princípio da oralidade tem amplo sentido e aplicação, já que existem diversas conceituações. O referido princípio deu margem à outros princípios como o da imediação e da identidade física do juiz.

Segundo Guisepe Chiovenda<sup>11</sup>, tal princípio em sentido estrito “é a utilização da palavra falada em juízo, estabelecendo que as deduções das partes, normalmente, devem fazer-se a viva voz em audiência, momento propício em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa”.

No processo penal o princípio da oralidade é muito utilizado, já que no código de processo penal prevê que o depoimento da testemunha em audiência será, em regra, prestado oralmente, conforme art. 204 do Código de Processo Penal, vejamos: “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”.

Outrossim, o art. 221, §1º do CPP autoriza que:

“O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício”.

Vale destacar que Guilherme Nucci<sup>12</sup> entende como inconstitucional a prerrogativa acima mencionada, já que em nosso ordenamento jurídico rege-se pelo princípio da igualdade e da legalidade, não podendo afastar-se o princípio da oralidade no caso em tela, em que pese à importância de tais autoridades.

O mudo ou surdo-mudo presta depoimento escrito, sendo exceção ao princípio da oralidade, conforme art. 192 do Código de Processo Penal<sup>13</sup>, senão vejamos:

---

<sup>11</sup> Ibid, p. 75.

<sup>12</sup> NUCCI, op. cit., p. 103.

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto Lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: Acesso em: 10 de novembro de 2016.

O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte: I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

### 2.3.5 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Segundo esse princípio o magistrado forma sua convicção apreciando as provas produzidas nos autos, devendo motivar sua eventual decisão.

O Doutrinador Ricardo Aronne<sup>14</sup> aduz que: “o princípio do livre convencimento do magistrado teve seu surgimento após a Revolução Francesa e foi influenciado por essa. Trouxe a adoção da lógica racional como método da hermenêutica. Antes da Revolução Francesa, os julgadores não estavam atrelados à lei, sendo o sistema de valoração e avaliação de prova de maior vigência na época o da convicção íntima do julgador, sendo que os magistrados, na época, não tinham quase que nenhum limitador quanto a sua forma de julgar questões ajuizadas, eram feitas injustiças de assustador vulto, que, aliadas ao contexto da época, de favorecimento da elite, contribuía para a opressão do povo. Quando tal opressão superou o limite tolerável, estourou a revolução”.

O artigo 155<sup>15</sup> do Código de Processo Penal prevê que:

“Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Assim, temos que devem ser analisadas todas as provas produzidas nos autos, devendo ainda o juiz motivar sua decisão de acordo com as provas obtidas, não podendo se convencer por meros elementos informativos.

Frederico Marques<sup>16</sup> entende que:

“Não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo as ditames do bom senso, da lógica e da experiência. O livre convencimento

<sup>14</sup> ARONNE, Ricardo. O princípio do livre convencimento do juiz. Porto Alegre: Safe, 1996, pg. 19/21.

<sup>15</sup> BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Código Processual Penal: Decreto-Lei N.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva.

<sup>16</sup> MARQUES, Frederico. Elementos do direito processual penal. São Paulo: Bookseller, 1997, vol II, p. 278.

que hoje se dota no direito processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal”.

Portanto, se vê que a finalidade do princípio em tela é que os magistrados possuam maior quantidade de provas para análise, evitando decisões injustas, atendendo o princípio da legalidade, vez que cabe ao juiz aplicar a lei ao caso concreto de forma que integre os polos da relação processual, alcançando a justiça e dando efetividade as normas legais.

Nesse sentido, temos a jurisprudência que segue<sup>17</sup>:

“O livre convencimento do juiz é princípio inseparável da própria atividade judicante, que a de ser muito mais formada pela ética do que pela estética. Deve ele ser extraído dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo quando não alegados pelas partes. Todavia, ao assim dispor, não está se pretendendo afinar livre convencimento com simples e mero arbítrio; porque a convicção resultante da pesquisa e do exame detalhado nos autos há de vir suficientemente motivada. (Ac. Unânime da 7a Câm. Do 1o TACivSP na apel. 326.981, rel. Juiz Luiz Carlos Azevedo; JTACivSP, 89/93)”.

---

<sup>17</sup> ARONNE, Ricardo. O princípio do livre convencimento do juiz. Porto Alegre: Safe, 1996, p.

### 3 A DISCUSSÃO ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO LIMITE DA RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292 (SP)<sup>18</sup>, no dia 17 de fevereiro de 2016, negou a ordem, onde restou decidido que “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 firmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Antes da citada decisão, entendia-se que em razão do princípio da presunção de inocência seria inconstitucional a execução provisória da sentença penal condenatória, sendo a atual decisão, totalmente desfavorável aos réus. Nesse sentido, considerando que traz prejuízo aos réus, não poderá retroagir, conforme art. 5º, inc. XL, da CF.

Ainda em decorrência do acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus supracitado, o professor Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> frisou que: “Se é o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, o órgão que define em última análise qual é o *direito*, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o *direito* vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislado. Ora, a fim de proteger o indivíduo, a Constituição ocupa-se de impor limites à inovação legislativa. Pelas mesmas razões, e na linha do que já se destacou acima, uma Suprema Corte que decide modificar sua jurisprudência consolidada deve preocupar-se com cuidados semelhantes”, “A aplicação do que se acaba de expor ao caso é de singela verificação. A eventual mudança de interpretação por parte do STF na hipótese produz os mesmos efeitos da edição de um novo ato legislativo. Mesmo porque, como já se sublinhou, a norma não se confunde com o texto legislado, sendo na verdade o produto final da interpretação. Nesse passo, se a prática anterior dos contribuintes era expressamente reconhecida pelo STF e pelos demais tribunais

---

<sup>18</sup> STF. Plenário. HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. In: Revista de Direito do Estado n.2, abril/junho de 2006. Rio de Janeiro: Renovar, p. 273.

como o comportamento exigível, este era o direito ou a norma em vigor. A nova orientação da Corte, caso venha a ser efetivamente formalizada, importará em norma nova e resultará na majoração do tributo a ser pago, podendo ser aplicada apenas a partir do momento de sua edição, e não retroativamente”.

Rogério Grecco (Código Penal Comentado: Rio de Janeiro, Impetus, 2011, p. 14-15) aduz que: “Se houver modificação [na jurisprudência do STF] para pior, a situação anteriormente definida com base na posição mais benéfica, agora modificada, deverá ser mantida. Por outro lado, se houver modificação benéfica, isto é, quando o Tribunal se posicionava de determinada forma e, agora, afastando-se do pensamento anterior, o modifica em benefício do agente, tal pensamento deverá retroagir, aplicando-se aos casos anteriormente julgados”.

Vale ressaltar que, a decisão proferida afetará milhões de acusados que estão privados de sua liberdade antecipadamente, ainda sem confirmação de sua culpa, o que fere totalmente o nosso ordenamento jurídico, especificamente o Princípio da Presunção de Inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Ademais, observa-se que em julho de 2016, foi deferida liminar no HC 135.752 onde o ministro Ricardo Lewandowski, por cautela, impediu a execução imediata da decisão de segundo grau, em razão do princípio da não culpabilidade, sinalizando que poderia haver nova mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Conforme já dito, havia entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade da execução antecipada da pena, sendo que não poderia ser executada na pendência de recurso, até porque a constituição federal consagrou o princípio da presunção de inocência, onde ensina que somente será considerado culpado o acusado, quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, limitando, portanto, o *jus puniendi* do Estado, como forma de evitar injustiças e condenações equivocadas.

O entendimento supramencionado era tão pacífico no Supremo Tribunal Federal que no julgamento da ADI referente a Lei da Ficha Limpa, fez-se constar que a condenação penal só surtia efeitos após seu trânsito em julgado.

No Brasil é muito difícil atuar na parte defensiva, eis que os poderes da acusação sem dúvidas são totalmente superiores, onde os juízes já olham os casos de forma tendenciosa à condenação.



Ademais, em razão da constante mudança nas jurisprudências, sem nenhuma uniformidade, amplia a discricionariedade do juiz que julga do jeito que quer, sem ter que observar os entendimentos jurisprudenciais já que tanto mudam.

Nesse sentido, a execução da pena sem o trânsito em julgado da decisão condenatória é totalmente perigosa e desproporcional, não é razoável permitir que uma pessoa cumpra uma pena sem antes confirmar se a mesma é inocente ou não, a decisão do Supremo Tribunal Federal restringe as garantias do réu previstas na Constituição Federal, bem como as previstas no Código de Processo Penal.

Entretanto, respeitando a decisão do Supremo Tribunal Federal, penso que ao menos deveria reconhecer o cabimento do HC substitutivo, senão o sistema jurídico estaria sendo totalmente desproporcional e máximo, sem garantir o direito à liberdade, direito fundamental de toda pessoa humana.

#### 4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É sabido que segundo o Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, consagrado no art. 5, inciso LVII da Constituição Federal, “**ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**”. Portanto, é direito do réu recorrer em liberdade, até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não podendo ser privado de seu direito fundamental à liberdade na pendência de recurso.

Embora haja a recente decisão do Supremo Tribunal Federal permitindo a execução provisória da pena e, conseqüente possibilidade de prisão após decisão de segunda instância ainda que pendente de recurso, tenho que a referida decisão é um total retrocesso ao direito penal e processual penal, já que flagrantemente viola vários princípios constitucionais, ferindo principalmente o princípio da presunção de inocência e o direito de liberdade.

Ainda, tenho que, tal decisão nos faz lembrar da época do Estado Novo, saturado pela ditadura e tirania, onde não eram assegurados os direitos fundamentais mínimos, nem sequer direitos humanos, onde as pessoas eram tratadas como objeto.

Como dito, no Brasil já existiram regimes extremamente rígidos sem garantias fundamentais mínimas ao acusado, onde em razão da existência do Decreto-Lei 88, de 20/12/37, o Estado não era quem detinha o ônus da prova, mas sim o réu, que era quem teria que se virar para encontrar provas que indicassem ser inocente. Embora o decreto tenha sido revogado, vale salientar que o requisito da prisão cautelar chamado de “distrito da culpa” foi trazido inicialmente do citado decreto, já que muito utilizado na época, portanto, ainda em nosso ordenamento jurídico restam raízes daquele tempo tão sofrido, sem garantias ao réu, um total absurdo.

Ademais, o réu iniciar o cumprimento da pena antes de que haja o trânsito em julgado da sentença, é totalmente tendencioso da parte do magistrado em querer a condenação do acusado, não resta outra explicação, é como dizer que o réu realmente é culpado, como se não pendesse recurso, estando, portanto, a culpa formada, não necessitando da confirmação por outro juízo.

Pensar desta forma é o mesmo que gerar um retrocesso dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, eis que não estão sendo assegurados, bem

como observados seus direitos fundamentais de toda pessoa humana, como a título de exemplo o direito ao duplo grau de jurisdição, eis que do que adianta recorrer se o réu já inicia o cumprimento de pena????, tendenciosamente, o mesmo seria condenado ainda que recorreu, e se for inocente????, permitir a execução provisória da pena, além de ser um absurdo jurídico é totalmente arbitrário, injusto. Ademais, um inocente poderá ser privado de sua liberdade antes de ser considerado inocente, já que foi condenado pelo juízo de primeiro grau, até porque erros existem, todos somos humanos, passíveis de erro.

Existem doutrinadores, que ainda assim, insistem em dizer que no sistema jurídico em que estamos vivenciado há como se utilizar do princípio da **presunção da culpabilidade**, entretanto, tenho que tal ideologia é desprovida de qualquer razoabilidade ou proporcionalidade. O simples fato de no inquérito policial ou ação penal constar o investigado como indiciado ou acusado já se aplica o condão da **presunção de culpabilidade**, já que ao usar tais nomenclaturas, já estão tendenciados a impor a culpa ao indivíduo.

Temos que jamais pode-se lançar mão do princípio da presunção de culpabilidade apenas por uma pessoa responder por um processo criminal, sem ter nem ao menos sido condenado. O princípio da culpabilidade, contrário ao princípio da presunção de inocência, originou-se na França quando da edição da Declaração dos Direitos do Homem, onde visava-se a proteção do Estado, onde se presumia que o indivíduo era culpado, só por estar sendo investigado.

Logo após, em 1948, a ONU realizou a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, bem como o Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969. Entretanto, somente foi adotado pelo Brasil em 1988, com a promulgação de nossa Constituição Federal até então vigente.

Mesmo após a promulgação de nossa Carta Magna e adoção do princípio da presunção de inocência, há quem diga que ainda estaríamos vivendo sob o princípio da presunção da culpabilidade, entretanto, conforme prevê o art. 5º, inciso LVII da CF, pelo princípio da presunção de inocência ser direito fundamental individual, repercute diretamente no processo, incluindo-se, portanto, toda a fase da persecução criminal, desde o inquérito policial, não podendo portanto alguém ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O princípio da presunção de inocência, consagrado, como dito, no art. 5º, inciso LVII da CR/88, reflete não só tudo o que já foi explanado neste trabalho de

finalização de curso, mas também a conquista do povo brasileiro, que hoje, mesmo que na teoria, tem como garantia o direito do estado de inocência, onde o acusado NÃO poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Se comparado aos tempos anteriores, Estado Novo, foi uma grande conquista, hoje há mais possibilidade de somente se condenar alguém realmente culpado, até porque o Processo Penal se baseia no princípio da verdade real, e não na verdade formal.

Ainda, visando ressaltar o princípio da não-culpabilidade/presunção de inocência, há na Constituição Federal diversas outras normas que trazem à baila sua aplicação, senão vejamos:

**a)** Caso o magistrado esteja com dúvida em condenar o réu, usa-se o princípio *in dubio pro reo*, conforme art. 386, inciso V do Código de Processo Penal;

**b)** Em nosso ordenamento jurídico o ônus da prova pertence ao autor do processo-crime que, em regra, é o Ministério Público e, em ações privadas (tirando as exceções legais) é do querelante;

**c)** O juiz caso entenda que o caso necessite da decretação da prisão do indivíduo, deve o juiz fundamentar a decisão, sob pena de nulidade, conforme se vê do art. 93, inciso IX da Constituição Federal;

**d)** Embora exista o art. 393, do Código de Processo Penal, onde se determina que ainda que proferida sentença condenatória deve-se lançar o nome do réu no rol dos culpados, o STF já decidiu no sentido que em razão do princípio da presunção de inocência não poderá ser lançado o nome do acusado enquanto não tiver transitado em julgado a sentença condenatória.

Há quem diga que existiria uma terceira pessoa, a figura do suspeito, entretanto, não passa de um equívoco, já que somente existem no processo penal o inocente e o culpado.

Portanto, existem, somente, duas figuras, a inocência e a culpabilidade que é formada através do devido processo legal, onde busca-se a verdade real, tentar aplicar a pena a quem realmente causou o delito, não havendo portanto a chamada presunção de culpabilidade.

Nesse sentido, continuo a dizer que uma pessoa, num Estado Democrático de Direito, onde foram incorporados diversos direitos humanos fundamentais ao indivíduo, caso existam somente indícios de autoria, sem ter sentença transita em julgado, jamais poderá ser sujeitado a culpabilidade de forma antecipada, sem o

devido processo legal. Pensar de outra forma, além de ser um retrocesso é trazer a possibilidade da prisão preventiva como antecipação da punição do Estado.

Embora tenha sido proferida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, dando conta da possibilidade de execução provisória da pena, temos que respeitar a Constituição Federal, nossa lei maior, que segundo suas normas, a decisão do STF causa espanto já que fere os mandamentos ali constantes.

Ainda que pensemos que não, muita gente ainda sustenta, por preconceito, a presunção de culpabilidade, onde aqueles que estão sendo processados já estão sendo tratados como culpados, sem o devido processo penal, especialmente pelo povo, posso citar um caso que vi em meu cotidiano, há mais ou menos uns três meses vi um rapaz chorando dizendo que já estava certo para conseguir um emprego, entretanto, quando comunicou ao empregador que respondia um processo o mesmo disse que não iria contratá-lo, é triste, mas, infelizmente, é verdade.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça<sup>20</sup>, há mais de 700 mil presos, sendo que 189 mil estão presos provisoriamente, ou seja, sem condenação, às vezes sem necessidade, gerando alto custo para o Estado, sendo que estamos vivendo em um sistema prisional falido, sem cumprimento dos requisitos previsto legalmente, onde os presos são submetidos à prisões totalmente desumanas, sem tratamentos dignos à uma pessoa. Ademais, geralmente, essas pessoas não possuem condições de arcar com as despesas de advogado e acaba tendo de ser assistido pela Defensoria Pública, que já está faturada de tanta demanda, não há Defensor suficiente, nem sequer servidores suficientes para auxiliá-los.

É claro que ninguém é perfeito, muito menos um Estado de Direito, apenas onde passa perto de ser ideal e olhe lá, na verdade, existe o Estado de Direito e, o Estado de Polícia, sendo que este último, embora muitos afirmem o contrário, ainda existe a todo vapor, inclusive, tentando ultrapassar os limites. Entretanto, temos que um Estado de Direito, inicialmente, para ser considerado ideal deve conter menor parte de Estado de Polícia, ou seja, ser menos autocrata por excelência.

Ao usar o *jus puniendi* temos o melhor exemplo do Estado de Polícia, onde sempre ocorre de forma cruel, às vezes vexatória até mesmo por parte da sociedade, sendo o Processo penal uma forma de conter tais ações.

---

<sup>20</sup> Site do Conselho Nacional de Justiça <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>: acessado em 21/11/2016.

O triste é que parte da sociedade, leiga em questões de direito, pensam que a justiça é ser o acusado preso, isso não é verdade, justiça é condenar quem realmente cometeu a ação penal, garantindo-lhe o devido processo penal, de forma que proporcione a sociedade e ao Estado, e até ao acusado, o descobrimento da verdade real, para que inocentes não cumpram pena sem que tenham agido para isso.

Ainda, deve-se pensar que atualmente estamos com um sistema prisional falido, SUPERLOTADO, sem quaisquer condições de aumentar ainda mais a população carcerária, entretanto, necessitando de políticas públicas preventivas por parte do Estado, bem como atitudes que diminuam a quantidade de presos, até porque as finalidades do cumprimento da pena (ressocialização, prevenção de novos crimes, etc), não estão sendo alcançadas com o atual modelo prisional, portanto, há algo de errado.

Deixar ter efetividade e deixar ser aplicada a decisão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela possibilidade da execução provisória da pena, é o mesmo que fecharmos os olhos deixando vigorar o antigo princípio da culpabilidade, contrário ao princípio da presunção de inocência existente em nosso ordenamento jurídico, é um verdadeiro retrocesso para a população Brasileira que há tanto tempo lutou em busca dos direitos constitucionais hoje existentes, literalmente é dar as costas ao fim do Estado de Direito, que tem como fundamentos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, indo mais além, é totalmente inadmissível deixarmos isso acontecer, ainda, é inadmissível o STF criar normas, até porque nossa CF presume o processado como inocente.

Faço das minhas palavras as do Ministro **CELSO DE MELLO** do **STF**<sup>21</sup>, onde aduz que:

“Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, DE FORMA INEQUÍVOCA, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo) criou, para o réu, COM A FALTA DE PUDOR QUE CARACTERIZA OS REGIMES AUTORITÁRIOS, A OBRIGAÇÃO DE O ACUSADO PROVAR A SUA PRÓPRIA INOCÊNCIA (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, nº 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, QUE DEVE SEMPRE ASSENTAR-SE — para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica — EM ELEMENTOS DE CERTEZA, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem

---

<sup>21</sup> (HC 73.338, rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ 19/12/96).

situações inequívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, COM OBJETIVIDADE, o órgão judiciário competente, afastando, esse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que". poderiam conduzir qualquer magistrado ou tribunal a pronunciar o non liquet" (HC 73.338, rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ 19/12/96).

Não poderíamos, ainda, deixar de citar as palavras do Eminentíssimo Ministro **EROS GRAU**<sup>22</sup>, no julgamento do Habeas Corpus n. 91.176/SP, que é no mesmo sentido do que penso, traduzindo nosso pensamento acerca da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena:

"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. 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 (grifamos). (HC 91176, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/10/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00074 EMENT VOL-02304-02 PP-00226).

<sup>22</sup> (HC 91176, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/10/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00074 EMENT VOL-02304-02 PP-00226). (grifamos).

Portanto, seguindo o princípio da presunção de inocência, princípio do devido processo legal e demais princípios explanados em todo o decorrer do presente, tenho que a execução antecipada da pena, além de ser um ato injusto, arbitrário, que representa um verdadeiro retrocesso aos direitos constitucionais e processuais penais conquistados ao longo dos anos por nossa sociedade, é totalmente inconstitucional, por ferir várias normas da Constituição Federal e até mesmo por ferir a Lei de Execução Penal, que condiciona o cumprimento da pena a existência de uma sentença penal condenatória, desmerecendo maiores comentários, já que as garantias existentes em nosso atual ordenamento jurídico são bem claras, não podendo os Ministros do Supremo Tribunal Federal atender tão somente o clamor de parte da sociedade sem a devida observância da lei maior: A Constituição Federal.



## 5 CONCLUSÃO

Concluindo esse trabalho, sem querer impor minhas ideias e pensamentos, mas pensando nos direitos conquistados pela sociedade ao longo dos anos, direitos estes que outros países já tinham garantidos, e pensar que estes direitos fundamentais estariam sendo violados, é triste, e repugnante, além de ser um total retrocesso para nós brasileiros e uma injustiça com aqueles que respondem criminalmente a algum processo, que possuem o direito de serem considerados inocentes, até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que além de ser inconstitucional, por haver constante mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal de Justiça gera grande insegurança jurídica.

Aqui, buscou-se demonstrar que a antecipação da execução da pena é totalmente incompatível com a Constituição Federal, especialmente no que tange ao princípio da presunção de inocência, estampado a teor do art. 5º, inciso LVII da Carta Magna.

Restou sobejamente demonstrado, ao decorrer da presente, que somente é admitido em nosso ordenamento jurídico duas espécies de restrição do direito à liberdade, uma de caráter cautelar e outra de caráter definitivo, onde exige-se nessa última a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, sem pendência de recurso.

Embora seja difícil de entender para alguns, antes da sentença penal condenatória transitar em julgado, qualquer constrição de liberdade tem caráter cautelar, onde deve o magistrado demonstrar que se encontram presentes no caso concreto os requisitos legais, de forma fundamentada, sob pena de nulidade, com fulcro no art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Nesse sentido, permitir a prisão de um indivíduo logo após a decisão de condenação, ainda pendente de recurso, é o mesmo que executar-se antecipadamente a pena, restringindo, portanto, a ampla defesa e o contraditório.

A verdade é que a garantia dos direitos fundamentais está desaparecendo, especialmente, após a citada decisão do STF, já que notável é o desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de se defender, mediante os recursos em lei previstos, que em regra possuem efeito suspensivo, em nosso processo penal, devendo ser observado, o que não está acontecendo.

Embora respeite os posicionamentos em contrário, vê-se que não há qualquer fundamentação plausível, para que seja possível a execução antecipada da pena, principalmente por ser contrário as normas consagradas em nossa lei maior.

Ademais, como executar antecipadamente a pena de alguém que recorreu e o recurso ainda não foi julgado? Poderia acontecer um total injustiça, um inocente cumprindo pena, de forma indevida e, ainda, ilegal, portanto, é totalmente tendencioso.

Fico imaginando, acredito que não só eu, caso haja absolvição em instância superior, não existiria erro judiciário, até porque a execução antecipada da pena é uma aberração jurídica, algo virtual, inexistente, desprovido de qualquer fundamento legal.

Não bastasse isso, deve-se pensar que caso seja inocentado o acusado terá o direito à indenização conforme assegura o art. 5, inciso LXXV da Constituição Federal que prevê que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Portanto, a execução antecipada da pena poderá gerar ainda mais gastos para o Estado e toda sociedade. Até porque conforme dito hoje existem mais de 700 mil presos e com a execução antecipada da pena, com certeza aumentará esse número de forma grandiosa, aumento assim, conseqüentemente, o custo gerado ao Estado e quem pagará por isso somos nós, chamados de cidadão.

Portanto, nesse diapasão, não há como se permitir a execução antecipada da pena, até porque pensar diferente é o mesmo que ter como morto o direito previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e de todos os demais direitos conquistados pelo povo brasileiro ao longo dos anos, que ressaltaram a importância do estado de inocência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Constituição Federal** – 05 de outubro de 1988. Institui a Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, out. 1988.
- BRASIL. **Lei 7.210** – 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal, Brasília, DF, jul. 1984.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho - **Processo Penal**, Editora Saraiva, Vol.1, 23º ed., 2001.
- DE LIMA, Gérson Marques – **Fundamentos Constitucionais do Processo**, editora Malheiros Editores LTDA, 2002.
- CARVALHO FILHO, Luís Francisco, A prisão, p. 43, 2002, São Paulo, Publifolha
- NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**, p. 391, 7ª Edição, 2011, São Paulo, Ed. RT.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, São Paulo, editora RT; 2º Ed. 1997.
- CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, volume I, São Paulo, editora Saraiva, 9º Ed. 2005.
- AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCRIM, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 18ª ed., 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal. **Crítica à execução antecipada da Pena** (Revisão da Súmula 267 pelo STJ), 2.ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007, p.447-52.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1, p. 71
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 21º Ed. 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**, volume I, 18º São Paulo, editora Atlas, 18º Ed. 2002.

STF, HC 123822, **AgR**, j. **30.09.2014** (1ª Turma) — a 2ª Turma tem entendimento contrário. No STJ: STJ, **HC337321**, j.20.10.117.12.2015 (6ª Turma); STJ HC 339922, j.17.12.2015 (5ª Turma)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo de execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8.ed. Rev. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, Revista dos Tribunais, São Paulo, p.378-80, 2004.