

**HUDSON ALTOMARE FERREIRA**

**O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA CONDENATÓRIA APÓS A CONFIRMAÇÃO  
DA SENTENÇA EM SEGUNDO GRAU SEM O TRÂNSITO EM JULGADO DA  
SENTENÇA CONDENATÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hermes Machado da Fonseca

**JUIZ DE FORA – MG**

**2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

HUDSON ALDOMORE FERREIRA

Aluno

O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA CONDENATÓRIA APÓS A CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA EM SEGUNDO SEM O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_  
  
\_\_\_\_\_  
  
\_\_\_\_\_

Aprovada em 12/12/2016.

Primeiramente agradecer a Deus. Aos meus Pais pelo incentivo e dedicação, por terem sempre acreditado em mim, Ao Meu Amor Daiana pelo companheirismo, incentivo e paciência por todos os momentos difíceis ao meu lado, e minha filha que está a caminho que amo muito.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Hermes, agradeço pelo incentivo e presteza no auxílio às atividades desta Monografia de Conclusão de Curso.

Aos meus Pais, irmãos e a minha namorada, pelo incentivo e paciência em tolerar a minha ausência.

E, finalmente, a DEUS que me deu saúde, foco e fé para vencer todos os obstáculos enfrentados.

“Oponho-me à violência pois, quando ela parece produzir o bem, tal bem não tem senão resultado transitório, enquanto que o mal produzido é permanente.”  
GANDHI

“Nenhum ser humano é tão nocivo para não ser salvo.”  
GANDHI

## RESUMO

Esta monografia apresenta um estudo sobre o início da execução da sentença penal condenatória após as decisões de segundo grau, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória é o princípio da presunção de inocência. Veremos inicialmente um breve histórico das modificações de entendimento sobre o tema que se alterou algumas vezes desde a Constituição Federal de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, será feita uma análise da atual situação do Sistema Penal Brasileiro, com breves tópicos sobre penas. Após analisarmos o Habeas Corpus 126.292 que modificou o entendimento do Supremo Tribunal federal. Por fim, será discutida a Ação Declaratória de Constitucionalidade 044 impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

**Palavras-Chave:** Direito. Penal. Execução Provisória da Pena. Princípio da Presunção de Inocência. Habeas Corpus 122.292. Ação Declaratória de Constitucionalidade.

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 BREVE HISTÓRICO .....</b>	<b>10</b>
2.1 Definição .....	10
2.2 Histórico .....	10
<b>3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO X PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>15</b>
3.1 Penas .....	15
3.2 Estabelecimentos Prisionais.....	17
3.3 Situação atual do Sistema Penitenciário Brasileiro.....	18
3.3.1 Superlotação .....	19
3.3.2 Custo.....	20
3.3.3 Reincidência .....	20
3.4 O Princípio da Presunção de inocência .....	21
<b>4 O HABEAS CORPUS 126.292 .....</b>	<b>23</b>
4.1 Visão Geral do Habeas Corpus .....	23
4.2 O Relator Ministro Teori Zavascki.....	23
4.3 Votos favoráveis a Execução Provisória.....	25
4.4 Votos Contrários a Execução Provisória.....	29
<b>5. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 044 .....</b>	<b>33</b>
5.1 Visão Geral.....	33
5.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	36
5.3 ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade .....	36
5.4 Repercussão Geral.....	38
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>42</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pena justifica-se para a reafirmação da ordem jurídica e sua prevenção, sendo conhecida no meio jurídico pela sua necessidade social – *ultima ratio legis* -, mas sendo também indispensável para a proteção eficaz dos bens jurídicos, finalidade primária do Direito Penal Brasileiro.

Destarte, a pena deve ser de igual forma sobre tudo em uma nação democrática e constitucional, sempre justa sendo oriunda da realização de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, destinada a todo aquele que desrespeitou a legislação penal, sendo assim, uma forma do Estado efetivamente aplicar a norma ao caso concreto.

Sendo assim, a execução penal deverá ocorrer após o exaurimento de todos os meios de instrução, provas e recursos previstos em nossa carta magna, e legislações específicas, pois devemos considerar que a pena além de sua finalidade punitiva e preventiva, também tem sua busca pela redenção e reinserção do condenado.

A superlotação nos estabelecimentos prisionais e o alto custo para a manutenção dos presos são os mais básicos e crônicos problemas do sistema penal brasileiro. No Brasil os encarcerados se acumulam em espaços minúsculos, com péssimas condições de higiene, dificultando assim as chances de uma boa recuperação.

A falta de infra-estrutura e de mecanismos impede que as penas aplicáveis no Brasil se tornem efetivas. Muito se fala em crise no Sistema Penitenciário Brasileiro.

A Constituição Federal garante inúmeros direitos aos condenados. No entanto, na realidade essas garantias muitas vezes são violadas e os indivíduos encarcerados são submetidos às condições subumanas.

Com tal medida início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, poderá submeter pessoas ao Sistema Penitenciário Brasileiro, sem a devida necessidade, burlando seus direitos constitucionais, devido ao possibilidade de reforma dos Tribunais Superiores.

O desrespeito às normas constitucionais justificaria mais violações?

Os princípios norteadores da pena escolhidos pelo nosso constituinte, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da pessoalidade da pena, o da proporcionalidade da pena e o da intervenção mínima, e o principal constante deste trabalho acadêmico o da presunção da inocência nos conduzem a uma aplicação humanista da pena.

Destarte, deve-se adotar uma medida que viola os princípios e garantias constitucionais? E a efetiva ressocialização acontecerá? Não estará o condenado de certa forma encarcerado indevidamente?

O objetivo maior deste trabalho é procurar analisar, a decisão do Supremo Tribunal Federal através de Jurisprudência onde autoriza o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, confrontando com o princípio da presunção de inocência, e a ação declaratória de constitucionalidade 044.

## **2 BREVE HISTÓRICO**

### **2.1 Definição**

O Supremo Tribunal Federal – STF modificou entendimento de sua jurisprudência permitindo a execução da pena condenatória após decisão de segundo grau sem o trânsito em julgado da sentença (execução provisória da pena). Assim, o plenário voltou ao entendimento fixado em 2010, não acatando que a execução provisória da pena afrontaria o inciso LVII do artigo 5º da carta magna.

O presente tema tem sido motivo de grandes debates técnicos de tribunais e renomados doutrinadores brasileiros com enormes divergências a cerca do tema que vem sendo intitulado por muitos como busca imediatista contra impunidade, tratando tal medida como populista e contraria aos direitos fundamentais.

Para muitos os infundáveis recursos interpostos, objetivam protelar a execução da pena, ou até mesmo alcançar a prescrição em determinados casos, sendo sinônimo de impunidade em diversos casos.

Outro lado deste entendimento é a medida adota pelo STF gera instabilidade ao estado democrático de direito e real afronta aos princípios constitucionais, pois o principal garantidor da Constituição Federal em meio á crise política vivenciada por nosso país toma entendimento contrário ao disposto pela carta magna, medida adotada em momento crítico do Brasil, onde a população em geral clama por justiça, pelos inúmeros casos de corrupção descobertos.

A modificação do entendimento busca de forma imediata do poder judiciário retirar de seus ombros o peso da impunidade em nosso país pelos inúmeros recursos disponíveis a serem apresentados.

### **2.2 Histórico**

O presente tema voltou em discussão após o STF no julgamento do Habeas Corpus 126.292, alterou seu próprio entendimento, por sete votos a quatro entendeu que após confirmado a sentença condenatória por tribunal de segunda instancia poderá executar a pena.

O presente HC foi impetrado por entender que estaria sofrendo flagrante constrangimento ilegal, já que a decisão não havia transitado em julgado, já que o Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, expediu mandado de prisão contra o acusado, determinando assim, a execução provisória da pena, o que afrontaria ao princípio constitucional da presunção de inocência e o próprio entendimento da Suprema Corte.

O princípio da presunção de inocência tem como origem a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos 1789 e ganhando consistência na Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948), que afirmou:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Porém no Brasil apenas com a Constituição Federal de 1988 que efetivamente se positivou tal princípio, através do art. 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo considerado um dos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico.

Além da previsão legal de nossa carta magna há ainda o pacto de São José da Costa Rica que reconhece o referido princípio e o Brasil é signatário.

No tocante da jurisprudência da Suprema Corte a cerca do tema, apenas 3 (três) anos após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 iniciou a discussão e dúvidas quanto a execução provisória da pena.

O Supremo tribunal Federal no julgamento do HC 68.726 em 28/06/1991 decidiu que a presunção de inocência não era impedimento para o recolhimento do réu a prisão após confirmação da sentença penal condenatória, e que o tema após a ordem de prisão por confirmação de sentença de segundo grau é de caráter processual e para garantia da aplicação da pena, posterior ao processo legal, Sem conflito com o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, ementa:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo,

assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

Fundamentando que condenado o réu não há que se alegar falta de fundamentação do decreto de prisão, uma vez que os recursos especial e extraordinário não tem efeito suspensivo, assim não impedem o cumprimento do decreto de prisão.

Posteriormente a Suprema Corte em diversas ocasiões confirmou que o princípio da presunção de inocência não impediria a execução provisória da pena imposta, pelos julgados: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

Com todas essas decisões ficou pacificado o tema até o julgamento pelo plenário do HC 84.078 em 05/02/2009, momento que a Suprema Corte entendeu ser incompatível com o princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena, ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

Modificando o entendimento assim, que as prisões após decisões de segundo grau apenas poderiam ser decretado de forma preventiva, que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado seria grave ameaça ao direito de defesa, tornado a execução antecipada divergente ao texto constitucional.

No início do ano de 2016 a Suprema Corte, após apenas 6 (seis) anos do entendimento de afronta a constituição com a execução provisória da pena, modificou novamente o entendimento, permitindo assim, a execução provisória da pena após confirmação em segundo grau, ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE

SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

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

Tema ainda muito discutido, logo após a citada decisão o ministro Celso de Mello, ao julgar o HC 135.100 em 01/07/2016 concedeu liminar para suspender a execução do mandado de prisão expedido, impedindo assim, a execução provisória da pena, o ministro fundamentou que a execução provisória da pena sem o trânsito em julgado ofende o princípio da presunção de inocência, contrariando assim a decisão tomada pelo pleno do STF no mesmo ano.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade em maio de 2016 com pedido de medida cautelar, tendo como abjeto o artigo 283 do Código de Processo Penal, alcançando a incidência a presunção de inocência.

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

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

A Ordem dos Advogados do Brasil em sua inicial fundamentou que o presente artigo está de forma clara relacionado com princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, assim ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença.

Em 05/10/2016 o plenário da Suprema Corte por maioria dos votos indeferiu a cautelar, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Deste modo, até o presente momento a jurisprudência adotada pela Suprema Corte é da permissão da execução provisória da pena.

É notável que todas as decisões do Supremo Tribunal Federal é apenas jurisprudencial e não vinculativo, não havendo até então nenhuma previsibilidade de Emenda Constitucional para tratar o presente tema, porém após a decisão do HC 126.292 tribunais de todo o país começaram a expedir mandados de prisão.

### 3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO X PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

#### 3.1 Penas

No momento que se começou a privar a pessoa de sua liberdade, fez surgir os estabelecimentos destinados a guardar indivíduos que apresentavam riscos para a sociedade, aqueles considerados perigosos.

Segundo SILVA (1999), “prisão é o vocábulo usado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de ir e vir, recolhendo-a em um lugar seguro e fechado de onde não se poderá mais sair”.

A prisão é uma das espécies de pena, no Brasil, é o que chamamos de pena privativa de liberdade (reclusão e detenção) além dela, há mais dois tipos de punir aquele que pratica ato ilícito: são as penas restritivas de direito e a pena de multa.

A pena privativa de liberdade pode ser de reclusão, detenção ou prisão simples. A pena de reclusão é cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A pena de detenção é cumprida em regime semi-aberto ou aberto, salvo hipótese de transferência excepcionalmente para regime fechado. A prisão simples é prevista para contravenções penais. Consoante o art. 33, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CÓDIGO PENAL, 2009):

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

As penas restritivas de direito são autônomas e substituem a pena privativa de liberdade por certas restrições ou obrigações. Dessa forma, as restritivas têm caráter substitutivo, ou seja, não são previstas em abstrato no tipo penal. Por isso, o juiz deve aplicar a pena privativa de liberdade e se verificar a presença dos requisitos legais, substituí-la. Conforme dispõe os arts. 43 e 44, do Código Penal (CÓDIGO PENAL, 2009),

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (VETADO)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
- II - o réu não for reincidente em crime doloso;
- III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A pena de multa deve ser fixada pelo juiz através de dias-multa que será de no mínimo de 10 e no máximo de 360. Na fixação do quantum de dias-multa, o juiz deverá considerar o critério trifásico descrito no artigo 68 do Código Penal.

Segundo a Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal a pena deve ser cumprida em sistema progressivo, como forma de humanizar a pena e incentivar o condenado a reabilitar-se por seus méritos, sendo de suma importância o cumprimento de suas determinações para a efetiva recuperação.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 2009)

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (CÓDIGO PENAL, 2009)

Atualmente, no Brasil segundo Magnabosco (1988), os estabelecimentos penais são designados segundo as diferentes fases do regime de cumprimento das penas.

As Penitenciárias destinam-se ao cumprimento de pena em regime fechado.

A Colônia Agrícola ou Industrial é destinada aos presos com regime semi-aberto. Consoante artigo 35, do Código Penal (CÓDIGO PENAL, 2009),

Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto  
 § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.  
 § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (grifo nosso)

A Casa do Albergado é destinada ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana, conforme disposto nos artigos 93 a 95, Lei de Execução Penal (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 2009):

Art. 93 - A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.  
 Art. 94 - O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.  
 Art. 95 - Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.  
 Parágrafo único - O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

A Cadeia Pública destina-se a custódia do preso provisório de pena de duração, conforme dispõe o art. 102, da LEP (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 2009), “A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios”.

Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, segundo Mirabete (2006), é uma unidade destinada ao tratamento de criminosos inimputáveis e ao condenado dependente de substância química entorpecentes, causadores de dependência física e mental.

### **3.2 Estabelecimentos Prisionais**

Nesses várias espécies de estabelecimento prisionais convivem centenas ou milhares de pessoas submetidos a um sistema social onde são controlados total ou parcialmente.

Buscando-se a punição e a reeducação do infrator a Lei de Execução Penal prevê requisitos básicos para a cela individual dos presos contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, exigindo salubridade do ambiente e área mínima de seis metros quadrados, em

conformidade com a ONU (Organização das Nações Unidas). Conforme dispõe art. 88 da LEP (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 2009),

O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

No entanto, sabemos que o sistema penitenciário brasileiro não reflete o modelo estipulado pela norma penal.

### **3.3 Situação atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**

A Constituição Federal em seu artigo 5º XLIX prevê que,

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:  
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

No entanto, sabemos que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em crise, muito se debate sobre o tema, sendo apontadas poucas soluções para os inúmeros problemas. Enquanto isso a precariedade dos estabelecimentos, as condições subumanas que vivem os presos e a violência dentro dos presídios, continuam aumentando.

A superlotação, violência sexual e física entre presos, doenças, consumo e venda de drogas, celas em péssimas condições de higiene e estado de conservação demonstram o quadro atual do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Será que nessas condições a função ressocializadora da pena está sendo alcançada?

Os presos estão sendo depositados e amontoados nas celas sem o mínimo respeito aos princípios constitucionais especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, quando esses presos retornam ao convívio da família e da sociedade, não estarão recuperados e voltam a praticar crimes (reincidir), desta forma, é correto encarcerar aquele infrator cujo ainda sua sentença não transitou em julgado?

Segundo Marcial (2002) os fatos modernos e recentes da realidade do Sistema Penitenciário são:

- Cadeias Públicas segregam presos a serem condenados e com condenações definitivas, em virtude da inexistência de vagas nas poucas penitenciárias em atividade;
- A superlotação dos estabelecimentos penais em atividade acarreta a violência sexual entre os presos, a presença de tóxico, a falta de higiene que ocasionam epidemias gastrointestinais etc;
- Presos condenados a regime semi-aberto recolhem-se a Cadeia pública para repouso noturno, gerando revolta entre os demais que não gozam de tal benefício, pela inexistência de um grande número de Colônias Agrícolas;
- Doentes mentais, mantidos nas cadeias, contribuem para o aumento da revolta dos presos, os quais têm que suportar a perturbação durante o dia e no repouso noturno, de tais doentes;
- As condições em que se encontram os estabelecimentos penais em atividade (superlotação, falta de higiene, tóxico, violências sexuais, conforme supra mencionado) não fazem mais do que incentivarem ao crime.
- Um em cada três presos está em situação irregular, ou seja, deveriam estar em presídios, mas encontram-se confinados em delegacias ou em cadeias públicas;
- De 10% a 20% dos presos brasileiros podem estar contaminados com o vírus da AIDS;
- Para solucionar o problema da superlotação dos presídios, seria necessário construir 145 novos estabelecimentos, a um custo de 1,7 bilhões de Reais;
- O Governo do Brasil destina US\$ 4.300,00 dólares / ano a cada preso. Cerca de 6 vezes menos que o americano.

Segundo Faria Júnior (1996, p.65),

1. A ociosidade – dos 100.000 presos do Brasil, apenas 5% trabalham.
2. Irrisória remuneração
3. A superlotação – a falta de vagas ultrapassa a marca dos 50 mil, sem contar os mais de 300 mil mandados de prisão não cumpridos. A superlotação é a principal causa das rebeliões não prisões.
4. A promiscuidade – é consequência da superlotação, por se reunirem numa cela um amontoado de pessoas das mais variadas espécies.
5. A formação de grupos mafiosos que são comandados por líderes que exercem poder de dominação sobre os demais presos, com objetivo de adquirir armas, bancar o jogo de azar, tráfico de drogas, tabaco e álcool, cobrar por proteção e violentar sexualmente outros presos.
6. Fugas, motins, greves, violência, privilégios de certos presos e discriminação de outros, corrupção dos funcionários, falta de capacidade administrativa para gerenciar o estabelecimento, falta de verbas.

### 3.3.1 Superlotação

Segundo dados apresentados através de reportagem do G1 portal de notícias da Rede Globo, o Brasil tem um déficit de 244 mil vagas, contando hoje no Brasil com aproximadamente 615 mil presos, onde 39 % deles estão em regime provisório aguardando julgamento de suas ações penais.

O Brasil carece atualmente de pelo menos 150 novos presídios. As celas estão com uma lotação com mais de cinco vezes da sua capacidade prevista pelos seus projetos.

Segundo Matos (2002),

Não há dúvida de que a superpopulação carcerária é um dos fatores impeditivos do tratamento adequado ao condenado. Nossos presídios estão superlotados, havendo condenados cumprindo penas em cadeias públicas, que são na verdade, local para recolhimento de presos provisórios, mas que, na prática, tornam-se estabelecimentos de cumprimento de penas até mesmo longas.

### 3.3.2 Custo

De acordo com o relator da CPI do Sistema Carcerário, deputado Domingos Dutra (PT-MA), o custo com os presos no Brasil é alto, mas os gastos não têm uma comprovação real "porque o sistema é muito informal". Segundo ele, estima-se que o custo mensal para manter um preso na cela varie de R\$ 1,3 mil a R\$ 1,6 mil. Já para se criar uma vaga no sistema prisional, seria necessário cerca de R\$ 22 mil. (PRESO brasileiro custa de R\$ 1,3 mil a R\$ 1,6 mil por mês, 2008).

### 3.3.3 Reincidência

Uma vez “soltos”, os presos retornam ao convívio familiar e social, muitas vezes, sem dinheiro, sem expectativa de futuro e desgastados (psicologicamente e fisicamente) pelo sistema prisional em que estavam inseridos. Alguns cometeram crimes leves e outros graves, no entanto, todos eles conviviam no mesmo meio, na mesma cela prisional. Saem da prisão ao invés de ressocializados, sabendo muito mais do mundo do crime do que quando lá entraram. É essa nossa realidade. É o que ocorre freqüentemente, para não dizer diariamente, em nossas penitenciárias.

Segundo Assis (2007),

A comprovação de que a pena privativa de liberdade não se revelou como remédio eficaz para ressocializar o homem preso comprova-se pelo elevado índice de reincidência dos criminosos oriundos do sistema carcerário. Embora não haja números oficiais, calcula-se que no Brasil, em média, 90% dos ex-detentos que retornam à sociedade voltam a delinquir, e, conseqüentemente, acabam retornando à prisão.

Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliadas ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma de ex-detento e o total desamparo pelas autoridades fazem com que o egresso do sistema carcerário torne-se marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções.

Dessa forma, as chances dos egressos voltarem a cometer crimes, até mesmo mais graves, são enormes. O sistema penitenciário brasileiro não oferece oportunidades para a ressocialização dos nossos presos. Eles “vão para as ruas” sem o adequado tratamento psicológico. A sociedade também deveria ser preparada para recebê-los, oferecendo empregos, por exemplo, pois, a discriminação só agrava o quadro em que se encontram essas pessoas.

O ex-detento precisa de oportunidade para mostrar o seu potencial bom, mostrar que ele pode ser uma pessoa melhor, para alcançar seus objetivos de maneira honesta, será que antecipar o cumprimento da pena, sem que tenha esgotado as vias recursais seria solução? E a presunção de inocência?

Uma decisão sobre execução provisória da pena abarca diversas questões no ordenamento jurídico e na sociedade, tais como, situação precária e desumanas das cadeias no país, o custo do estado com o detento, a superlotação dos estabelecimentos prisionais e a possibilidade de reincidência do preso.

### **3.4 O Princípio da Presunção de inocência**

A Constituição Federal de 1988 de forma expressa assegurou o princípio da presunção de inocência, em seu art. 5º, inciso LVII, em que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Deste modo, através de nossa Constituição considerada legislação suprema que não poderá o réu ser considerado culpado sem que todos os recursos estejam exauridos e que tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória.

É importante frisar que os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários atuais tratam o princípio da presunção de inocência, como o princípio da presunção de não culpabilidade, assim, não se trata apenas da inocência do réu.

É inevitável trazer ao debate que da presunção de inocência surgem outros princípios fundamentais ao processo, Em meio a eles, estão o direito à ampla defesa, o ônus da prova do crime incumbido à acusação, o duplo grau de jurisdição, direito de o réu recorrer em liberdade, direito à prova e outros.

Por muitos o princípio da presunção de inocência é considerado superior a demais normas jurídicas.

Segundo Alexandre de Moraes (2004, p.47):

[...]as garantias individuais advêm da necessidade de proteção da liberdade perante o Estado, por aí se percebe a sua plenitude como meio de defesa em face de um interesse que demanda proteção. As garantias colocam-se diante de um direito, mas com ele não se confundem, pois são disposições assecuratórias, possibilitando, por via de consequência, a proteção à liberdade individual.

Ensina Marcelo Novelino (2015, p 455):

[...] a presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas. (NOVELINO,2015, p. 455).

O real objetivo e finalidade da presunção de inocência é a garantia fundamental que visa tutelar a liberdade, onde ninguém será levado a prisão, ou seja, não há percentual aceitável pela Carta Magna, onde a presunção de inocência deve seguir em conjunto ao estado democrático de direito, onde há regras que devem ser respeitadas, para que não seja vivenciado a justiça imediatista e irresponsável.

## **4 O HABEAS CORPUS 126.292**

### **4.1 Visão Geral do Habeas Corpus**

A negativa na concessão do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, modificou de forma significativa a jurisprudência da corte permitindo a execução da pena após confirmação de sentença em segundo grau, entendendo assim não ofender o princípio constitucional da presunção da inocência, tendo como relator do caso, o ministro Teori Zavascki.

Desde 2009 o entendimento da corte era diferente, no julgamento da HC 84.078 foi decidido que para execução da pena era necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas resguardado a possibilidade de prisão preventiva. O habeas corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC apresentado. O caso envolveu um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Para a defesa, a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

### **4.2 O Relator Ministro Teori Zavascki**

O Ministro Teori Zavascki relator do caso em seu voto denegando a ordem de habeas corpus, e revogando a liminar por ele concedida em 05.02.2015, sustentou o relator que o entendimento tradicional da Suprema Corte é de que a execução provisória da pena após decisão de segundo grau, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência.

O relator fez uma reprodução de estudo a cerca do tema no cenário internacional citando inclusive termo da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886 de 28/10/2005, “ em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma pena fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Cita no estudo reproduzido país como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Ora é totalmente incoerente realizar comparativo de nosso ordenamento jurídico com os países citados, principalmente Estados Unidos e Alemanha, onde compara países com métodos avançados de justiça, como o nosso que chega a ser considerado ineficiente.

Podemos citar, por exemplo, nos Estados Unidos a procuradoria tem poder investigativo, mas os advogados também goza de tal prerrogativa, no mesmo país cita sobre a execução da pena após a condenação de primeiro grau, porém lá via de regra os processos são julgados por jurados, que se absolvido será definitivo. Ora é cristalino que não se pode realizar comparativo com estes países, pois seu ordenamento jurídico é totalmente diverso do brasileiro, pois nossos tribunais não há uniformização das decisões como entre outros tribunais internacionais.

No Brasil é nítido que os poderes de órgãos acusatórios são superiores ao de quem defende demonstrando não haver horizontalidade entre as partes, o que não grosso modo nosso ordenamento jurídico ainda é adolescente aos demais.

Fundamentou o relator que os recursos extraordinários busca examinar justiça ou não em casos concretos, ficando ainda mais evidente após a EC 45/2004, que inseriu requisito de repercussão geral para admitir recurso extraordinário, invertendo o ônus para o requerente de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica. Ou seja, em casos estritos apenas serão admitidos tais recursos.

É demonstrada uma constatação do Ministro aposentado Joaquim Barbosa, no julgamento do HC 84078 (2009), sendo:

Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos.

Não é aceitável que a Suprema Corte real garantidora dos direitos e garantias fundamentais ache aceitável que 4 % dos recorrentes tenham cumprido pena a qual

posteriormente vim a ser julgado inocente, não existe percentual mínimo que seja aceitável o encarceramento de um inocente.

Objetiva com tal decisão a diminuição da interposição de recursos, tentando evitar a protelação da execução penal ou até mesmo a evitar prescrição da pretensão punitiva, ora, tenta de forma nítida inverter a Suprema Corte, emitindo atestado de incompetência por não conseguir julgar em tempo hábil processo que o tempo prescricional costuma ser enorme.

E dever efetivo do poder judiciário buscar a pretensão punitiva, porém e seu dever ainda garantir uma punição justa, não é aceitável que se inicie a execução da pena de uma pessoa que posteriormente venha ser inocentada.

### 4.3 Votos favoráveis a Execução Provisória

O Ministro EDSON FACHIN no início da abordagem de seu voto indicou de forma clara ser favorável a modificação do entendimento da Suprema Corte para execução provisória da pena ao momento que demonstrou louvar o voto do relator.

Fachin aborda de forma espantosa a finalidade constitucional de nossa Suprema corte, realizando um comparativo com as do sistema europeu, sobre a tese de o Supremo Tribunal Federal diferente do que ocorre em outros países tem o poder de julgar originariamente determinadas autoridades da República, que isto difere a Suprema Corte de um Tribunal de teses Constitucionais.

O Ministro atribui uma sobre carga da Suprema Corte devido aos próprios entendimentos da casa no que refere a determinados temas. Ora, será que essa sobre carga na verdade não se deve ao fato da morosidade do Supremo? Que aliás é de todo o judiciário brasileiro, e se escusam alegando grande vulto de processos.

Cito as palavras do Ministro Fachin no relatório de seu voto, onde ele cita o nobre relator:

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* **sem o apego à literalidade com a qual se afeioam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu** (grifo nosso).

É de causar espanto as palavras nesta citação, onde um dos 11 (onze) guardiões de nossa carta magna, diz que “sem apego a literalidade”, será que temos realmente uma corte garantidora dos preceitos constitucionais, não há apego literário, e sim garantia constitucional de cláusula pétrea, após décadas de batalhas de nossos antecessores no meio jurídico.

A fundamentação ainda sobre a alegação que a presunção de inocência tenha que ser aplicada em harmonia com as demais normas constitucionais.

Ora, de fato, é necessário que apliquemos o princípio da duração razoável do processo, inscrito no Art. 5º, LXXVIII, da CF, conforme cita o eminente Ministro, porém que deve se responsabilizar por suas obrigações de julgar em tempo hábil é o Poder Judiciário, não é aceitável que transfiro tal responsabilidade aos réus, vejamos sobre o referido Princípio:

Góes (2005, p. 267) afirma que:

Com a EC nº 45/2004, introduzindo-se princípio no Texto Constitucional, institucionalizou-se no país o direito humano da razoável duração do processo que representa o processo sem dilações indevidas, em que o magistrado como ator principal deve agir imediatamente, não ser omissivo e interpretar a lei, buscando sempre o sentido mais econômico, adaptando o procedimento, quando viável. Esse é alicerce sobre o qual deve estar assentando o processo civil brasileiro.

É necessário frisar que, segundo Didier Jr, “não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (2010, p. 59).

O Ministro Luiz Roberto Barroso reconhecidamente em toda sua carreira jurídica como Constitucionalista, espantosamente também votou favorável a execução provisória da pena, sob os fatos e argumentos expostos a seguir.

Que os recursos pertinentes após a sentença em segundo grau de jurisdição, Extraordinário e Especial não desfrutam dos efeitos suspensivos, por tratarem de recursos para reconhecerem inconstitucionalidade ou ilegalidade, não abordando caso concreto.

Cita o nobre ministro a ocorrência da mutação constitucional, sobre a alegação de que trata de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e alcance de normas da Constituição, ora não se pode entender isto, o que ocorreu foi de fato uma Mutilação Constitucional, e de conhecimento de todos que em nosso ordenamento jurídico diversas normas necessitam de serem interpretadas de forma restritiva ou até mesmo extensivamente, onde assim, diversas vezes é necessário a ocorrência da mutação constitucional, mas não neste caso, onde o poder constituinte originário tratou de forma nítida e cristalina a resguardar os direitos e garantias constitucionais.

O nobre ministro nos diz que ocorre uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Alegando ainda que “o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

É essencial citar na íntegra a fundamentação do Eminentíssimo Ministro para que possamos analisar:

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

Tal tentativa de fundamentação não traz segurança jurídica alguma, a prisão em flagrante é instituto autônomo, sabemos ainda que hoje via de regra até mesmo para a manutenção das prisões em flagrantes deve-se comprovar os pré-requisitos processuais, sabemos que no caso da prisão em flagrante exaurisse quase que em definitivo os argumentos do réu quanto a autoria, tema que quase em todos os processos que não são instruídos por prisões em flagrante são debatidos exaustivamente.

No tocante a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é de conhecimento até mesmo dos mais leigos que tais prisões são as de caráter excepcionais. O eminente ministro cita a prisão provisória, que em análise menos força tem para nosso tema aqui debatido, a Lei Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989, dispõe sobre a prisão provisória, vejamos:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado 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) seqüestro 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 seqüestro (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 (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

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

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

O Código de Processo Penal trata da prisão preventiva, vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

Podemos observar nitidamente que há pré-requisitos elencados pelo legislador para aplicabilidade da prisão provisória e a preventiva, sendo casos extremos de nosso

ordenamento jurídico, sabemos que, em diversas vezes juízes de primeiro grau aplicam a prisão preventiva com intuito de antecipação da pena, porém não é essa a finalidade de sua previsibilidade em nosso ordenamento jurídico.

Deste modo, o legislador ao prevê essas exceções quanto a prisão em momento algum teve o intuito de aplicação antecipada da sentença penal condenatória, essas prisões são prisões processuais para o bom curso do processo, que carecem de requisitos explícitos para aplicabilidades pela autoridade judiciária, assim sendo, o entendimento do nobre ministro é completamente nulo.

Mais banal ainda dos fundamentos utilizados foi que a mudança de entendimento auxiliará no paradigma na impunidade. Ora, de fato é sentido por todos que nosso sistema penal é ineficaz quanto á aplicabilidade da pena, porém não podemos terceirizar aos que responde por processos tal responsabilidade, será que se os juízes e auxiliares das justiças trabalhassem em período integral, não gozassem de férias duas vezes ao ano, se não houvesse regalias aos trabalhadores e principalmente os juízes nosso sistema não seria mais efetivo? Assim, mais uma vez ressalto que nenhum dos argumentos expostos para modificação de entendimento é realmente satisfatório.

Os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes acompanharam o relator no voto, pouco contribuíram para o debate, onde em seus votos citaram apenas fundamentações já apresentadas pelo relator e pelos Ministros Fachin e Barroso.

#### **4.4 Votos Contrários a Execução Provisória**

Primeira a discordar, Rosa Weber afirmou ter "dificuldade" em votar pela mudança que ao seu entendimento até agora vem sendo aplicada corretamente pelo Supremo. "Embora louvando e até compartilhando dessas preocupações todas, do uso absolutamente abusivo e indevido de recursos, eu talvez por falta de reflexão maior, não me sinto hoje à vontade para referenda essa proposta de revisão da jurisprudência". Palavras proferidas pela Ministra, que embora tenha preocupações quanto a ineficiência da aplicabilidade da sentença pena, não vê como solução eficaz a mudança de entendimento.

O Presidente da Corte a época, Lewandowski também não concordou com a mudança do entendimento sobre a presunção de inocência e ainda fez questão de ligar o alerta para o aumento do número de presos que terá com a referida mudança.

"O sistema penitenciário está absolutamente falido, se encontra num estado inconstitucional de coisas. Agora nós vamos facilitar a entrada de pessoas nesse verdadeiro inferno de Dante, que é o sistema prisional", afirmou Lewandowski.

o Estado de Coisas Inconstitucional originou em decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

"Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo", é a primeira frase proferida pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, demonstrando tamanha preocupação com o tema discutido.

"Registre-se, desde logo, Senhor Presidente, que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder", Ministro Celso de Mello em abertura de seu voto.

Podemos observar que o Ministros que se opuseram a modificação de entendimento, e todos em praticamente uma frase demonstraram o objetivo de nossa constituição, considerada como carta cidadã.

Não podemos jamais esquecer que divergente a nossa opinião sempre haverá opiniões contrárias, o que é fatal e saudável, especialmente em temas jurídicos. Escreveu David Hume, no início dos anos mil e setecentos, vejamos:

Tampouco é necessário um conhecimento muito profundo para se descobrir quão imperfeita é a atual condição de nossas ciências. Mesmo a plebe lá fora é capaz de julgar, pelo barulho e vozerio que ouve, que nem tudo vai bem aqui dentro. Não há nada que não seja objeto de discussão e sobre o qual os estudiosos não manifestem opiniões contrárias. A questão mais trivial não escapa à nossa controvérsia, e não somos capazes de produzir nenhuma certeza a respeito das mais importantes. Multiplicam-se as disputas, como se tudo fora incerto, e essas disputas são conduzidas da maneira mais acalorada, como se tudo fora certo. Em meio a todo esse alvoroço, não é a razão que conquista os louros, mas a eloquência; e ninguém precisa ter receio de não encontrar seguidores para suas hipóteses, por mais extravagantes que sejam, se for hábil o bastante para pintá-las em cores atraentes. A vitória não é alcançada pelos combatentes que manejam o chuzo e a espada, mas pelos corneteiros, tamborileiros e demais músicos do exército.

Ao tratar de temas jurídicos, apesar de diversas vezes temos a devida convicção, é necessário e obrigatório o respeito de quem diverge de nossas opiniões, ensina José Souto Maior Borges (1984), que:

Quem é propenso a defender intolerantemente suas próprias teorias ou, num giro subjetivista, as suas convicções pessoais, as suas opiniões, já se demitiu, sem o saber, da comunidade científica. Porque se opõe, essa tendência conservadora, ao espírito aberto que ousadamente prefere o método de tentativas e erros, pela formulação de hipóteses testáveis independentemente.

Na doutrina é predominante não ser possível a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. Leciona, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988), comentando o inc. LVII do art. 5º, da CF/88:

Explicita a Constituição um princípio fundamental de direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das consequências que a lei somente atribui como sanção punitiva.

O Professor Pinto Ferreira (1989) tem o mesmo entendimento, embora não tão óbvio, vejamos:

O dispositivo constitucional de que nenhuma pessoa poderá ser considerada culpada senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é o coroamento do devido processo legal no domínio do processo penal. Tratou-se de garantir a paz e a liberdade dos cidadãos em nível constitucional, em virtude dos sobressaltos decorridos do Estado autoritário existentes antes.

Sabemos que os doutrinadores expressam suas convicções e entendimentos, apesar de não sofrerem a dita “pressão popular”, pela necessidade de aplicação e execução da sentença penal, são estudiosos renomados no meio jurídico, que muitas vezes estudam além do que os nobres magistrados devido a grande carga de processos.

Permite que uma pessoa inicie o cumprimento da pena condenatória mesmo que depois a Suprema Corte entenda que houve erro ou até mesmo ilegalidade nas decisões anteriores, o que sabemos ser comum, é uma total afronta aos princípios e garantias constitucionais.

“Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”, quanta sabedoria do eminente Ministro Marco Aurélio ao preferir está frase.

É em momentos de crise que nosso Estado Democrático de Direito deverá preservar os direitos e garantias adquiridos pela carta magna. Encarcerar um cidadão que venha a ser

inocentado a posteriores é um enorme erro judiciário e irreparável. Que reparação haverá caso isso ocorra, acredito inexistir qualquer reparação para o encarceramento de um inocente.

Apesar dos ministros favoráveis a execução provisória da sentença penal antes do trânsito em julgado, tenham tentado de forma exaustiva fundamentar e criar um convicção constitucional, não enxergamos, nenhum êxito.

Em fim, se o Estado não está cumprindo seu papel, não deverá ser deixando o réu em um lugar prejudicial, onde as ofensas a sua dignidade são constantes, não será prejudicando-o, descumprindo princípios constitucionais, de outra forma que estará resolvendo o problema.

Está mais que entendido que o sistema penitenciário brasileiro precisa de reforma, de uma solução, porém não será dessa forma desrespeitando os preceitos constitucionais, sem nos prepararmos de forma adequada, que sairemos da crise da execução da pena, que atinge nosso país.

## 5. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 044

### 5.1 Visão Geral

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade em maio de 2016 com pedido de medida cautelar, tendo como abjeto o artigo 283 do Código de Processo Penal, alcançando a incidência a presunção de inocência.

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

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

A Ordem dos Advogados do Brasil em sua inicial fundamentou que o presente artigo está de forma clara relacionado com princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, assim ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença.

A OAB alega que o Supremo Tribunal Federal utilizou de argumentos equivocados no julgamento do Habeas Corpus 126.292, ao mudar seu entendimento e permitiu a execução antecipada da pena.

Segundo o STF argumentou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. Entretanto, a OAB demonstra em sua ação que a Constituição de nenhum desses países traz a presunção de inocência como a prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal do Brasil.

Outro equívoco importante demonstrado pela OAB no julgamento do HC 126.292 é o fato de o artigo 283 do Código de Processo Penal não ter sido declarado inconstitucional e, para a Ordem, nem poderia. "Caso uma norma infraconstitucional reproduza, repita, copie o teor de uma norma constitucional, então o que se verificará é sua constitucionalidade espelhada.

Além do reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo do Código de Processo Penal, a OAB requereu a medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos baseados no julgamento do HC 126.292. "Os juízes e os tribunais estão vinculados à lei, de maneira que, fora dessas hipóteses sua atuação será arbitrária e sua decisão inconstitucional".

Para a Ordem dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal fez uma superinterpretação da norma. Realizando uma leitura imprópria, caracterizada pela ultrapassando os limites semânticos do texto, prevalecendo a imposição da vontade do leitor.

A OAB afirma que o Supremo "operou uma verdadeira alteração do texto constitucional (...) sob o alibi da efetividade processual, voltada à instituição de uma verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da operação lava jato".

"Com efeito, ao criar um novo – e jamais pensado – sentido para a expressão 'trânsito em julgado', a Suprema Corte reescreveu a Constituição e aniquilou uma garantia fundamental, revelando todo seu viés realista. Isso porque, na comunidade jurídica, ninguém tem dúvida acerca de seu sentido. Todos sabem o que é sentença condenatória transitada em julgado", complementa a entidade.

A mudança de entendimento da suprema corte nos últimos meses levou a prisão condenados notórios, principalmente do meio político, cujos processos ainda estavam em andamento em sede de recurso.

Como o ex-senador Luiz Estevão, preso em março, ele pegou 31 anos de prisão por corrupção, estelionato, peculato, quadrilha e uso de documento falso, acusado no escândalo de superfaturamento na construção do TRT de São Paulo.

Foi preso, ainda em fevereiro, o ex-seminarista Gil Grego Rugai, condenado em 2013. Ele pegou pena de 33 anos e 9 meses de prisão pelo assassinato, em 2004, de seu pai, Luiz Carlos Rugai, e sua madrasta, Alessandra de Fátima Troitino.

Em nossa região o caso mais notório é a prisão do ex-prefeito de Juiz de Fora, Alberto Bejani, que foi condenado em decisão do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Joel Ilan Paciornik, que considerou que o ex-prefeito praticou crime de corrupção passiva majorada e teria favorecido uma construtora, em 1990, Bejani ainda estava com Habeas Corpus no Supremo em andamento.

É notório que o entendimento recente da suprema corte em permitir a execução provisória da pena está vinculado aos fatos recentes de corrupção apurados no país pela

operação Lava Jato que é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.

Sendo estimado que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, esteja na casa de bilhões de reais. Onde encontra envolvidos políticos renomados, agentes financeiros, empresários das maiores empreiteiras do país são suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

As investigações começaram a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

A mudança de entendimento do Supremo tem impacto imediato na operação lava jato. Isso porque, desde meados do ano passado, a 8ª Turma do TRF da 4ª Região, responsável pelo julgamento dos recursos impetrados pelos réus condenados em primeira instância na Justiça Federal do Paraná, já adota esse entendimento.

Determina a imediata execução da pena após confirmar as sentenças condenatórias. Com a decisão da Suprema Corte, essas execuções serão mantidas pelos tribunais superiores diante de recursos dos réus.

Até agora o TRF julgou três apelações de réus da Lava Jato condenados em primeira instância. Em todas, manteve as condenações de oito réus e determinou a imediata execução da pena. Na primeira instância já há 76 condenações, que devem ser julgadas pelo TRF ao longo dos próximos meses.

Outro fato de notoriedade relacionado ao tema foi a gravação que veio à tona onde figura como parte o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), que ataca a mudança de jurisprudência em uma conversa com o ex-presidente da Transpetro Sergio Machado. Na conversa, o senador do PMDB, que é investigado pela Lava Jato, afirma que o Congresso Nacional precisa aprovar uma nova lei para restabelecer as prisões somente após o trânsito em julgado.

Porém mesmo após todos os argumentos apresentados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Em 05/10/2016 o plenário da Suprema Corte por maioria dos votos indeferiu a cautelar, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Para o bom entendimento da presente ação é preciso entender o que é controle Concentrado de constitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

## **5.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade**

O Controle de Constitucionalidade objetivou em sua criação adequar os atos normativos a Constituição Federal. Utilizando-a como paradigma, de modo que todo o ordenamento jurídico criado esteja em consonância com a carta magna, considerada como “Lei Maior”.

Essa idéia de controle se enquadra na medida em que existe um escalonamento normativo, onde a Constituição ocupa o grau máximo, devendo os demais atos estar em conformidade á ela.

É de competência originária do Superior Tribunal Federal o Controle Concentrado ou Abstrato de Constitucionalidade quando se trata de avaliar leis em face à Constituição.

O STF exerce esse controle através da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF) e também pela Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI - Interventiva).

## **5.3 ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade**

A supracitada ação que tem por objetivo a confirmação da constitucionalidade de determinada Lei ou dispositivo de determinada lei. Sendo assim, buscando garantir que sua constitucionalidade não possa ser impugnada por outras ações. O próprio nome da ação diz seu objetivo, Declarar Constitucionalidade. Denominada assim pelos juristas como controle concentrado de inconstitucionalidade. Colocando assim, a norma ao crivo constitucional.

E importante citar que uma vez declarada a constitucionalidade em uma ADC, será negada um Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a mesma lei. Da mesma forma, que uma vez declarado a inconstitucionalidade em ADI, será negado a Ação Declaratória de Constitucionalidade contra a mesma norma.

A ação declaratória de constitucionalidade é instituto recente em nosso ordenamento jurídico, através da Emenda Constitucional n.º 3/93 com a alteração da redação do artigo 102, inciso I alínea a, e acréscimo do § 2º ao referido artigo, bem como o § 4º ao artigo 103, todos da Constituição Federal, tendo a sua disciplina processual sido regulamentada pela Lei 9.868/1999.

É de competência do Supremo Tribunal Federal apreciar e julgar ação declaratória de constitucionalidade, de acordo com o artigo 102, I, a, da Constituição Federal de 1988, vejamos:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Quanto á legitimidade ativa serão os mesmos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo: a) o Presidente da República; b) a Mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; f) o Procurador-Geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme disciplina o Artigo 103, da Constituição Federal de 1988, vejamos:

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[...]

Quanto aos procedimentos da ADC, estavam previstas no texto constitucional e no Regimento interno do STF, com o advento da lei nº 9868/1999 esse quadro veio a ser alterado, passando então a matéria ser disciplinada no referido diploma, é normativamente prevista a manifestação do Procurador Geral da República, no prazo estipulado de quinze dias, conforme previsto no artigo 19 da referida lei, tendo pedido de cautelar, pode se haver decisão sobre a liminar antes da manifestação do Procurador Geral da República.

Na lei 9868/99, teremos elencados em seus dispositivos, quem poderá autorizar, que o relator solicite, na ADC, dados aos Tribunais Superiores, Tribunais Federais e aos Tribunais Estaduais a respeito da aplicação da norma que esta sendo impugnada, além de melhorar os meios de informação do Tribunal, proporcionar uma integração entre a corte Suprema e as demais, após a manifestação do Procurador Geral da República, pode o relator pedir o dia para o julgamento da ADC.

A ADC tem início, necessariamente por provocação, com uma petição inicial, por uma das pessoas descritas no artigo 103 da Constituição Federal, e será então endereçada ao STJ, sendo ela no âmbito estadual, o pedido deve ser certo, devendo indicar de forma clara e quem não possua erros, o dispositivo normativo que se quer obter a declaração de constitucionalidade, deve se indicar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, deverá também indicar o dispositivo Constitucional, o autor por sua vez, também deverá mostrar, na petição inicial, a existência de controvérsia judicial quanto á legitimidade da lei ou ato normativo que se está questionando, sendo então constadas as divergências existentes.

A petição inicial deverá ser apresentada em duas vias, e em casos poderá ser exigida a presença dos advogados, além de toda documentação necessária, o autor deverá incluir a cópia da lei ou ato normativo os quais está impugnando, e os documentos que mostrem a compatibilidade do ato com a Constituição Federal.

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade segue aos mesmos pressupostos da ADI para o direito federal, cabe ADC então, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça, decreto do Executivo de perfil autônomo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto legislativo, medida provisória, lei ordinária, lei complementar, temos descrito no Artigo 102, I, alínea a, diz que a Lei ou ato normativo Federal, de natureza primária, ou seja, extraído diretamente da Constituição Federal, pode ser percebido que muitos autores dizem que a ADC tem um Objeto mais restrito, comparando com a ADI.

Não podem ser objetos de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, como exemplo: Projetos de Lei e Propostas de Emendas, porque essas ações são do controle repressivo, já tem como objeto a lei, ainda temos Leis Estaduais e Leis Municipais, e nem esta prevista a criação de ADC nos Estados.

#### **5.4 Repercussão Geral**

A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal é um instrumento processual com previsibilidade na Constituição Federal de 1988. Tendo como objetivo selecionar os recursos Extraordinários que irão ser analisados, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.

Após a negativa da cautelar na ADC 044, gerou controvérsias, inclusive entre os próprios ministros que passaram a decidir monocraticamente de formas diferentes sobre o assunto. A questão, então, ocupou novamente a pauta do plenário, sendo colocado julgamento no plenário virtual do STF, o ARE 964.246, que trata da execução provisória de condenação em 2ª instância.

Sendo reconhecida a repercussão geral no ARE 964.246, que trata da execução provisória de condenação em 2ª instância. Além disso, por 6 votos a 4, os ministros entenderam existir "reafirmação de jurisprudência" no caso, o que faz com que o mérito do ARE fosse julgado no plenário virtual, sem a necessidade de se remeter o recurso ao plenário físico.

A possibilidade de prisão após a condenação em 2ª instância, agora, vale para todo país.

Assim, como houve entendimento dos ministros, via plenário virtual, que há repercussão geral e de "reafirmação de jurisprudência" a ADC perde o objeto, porque o decidido em repercussão geral tem efeito vinculante para todo o Judiciário.

O que é de deixarmos pasmé, já que os processos objetivos deveriam têm preferência aos subjetivos. De modo que o feito em questão, deveria estar sobrestado para se aguardar o julgamento de mérito das ADC.

## CONCLUSÃO

O trabalho demonstrou claramente a grande insegurança jurídica vivenciada em nosso país, onde uma corte suprema, guardiã da constituição modifica de entendimento em uma busca imediata do poder judiciário retirar de seus ombros o peso da impunidade em nosso país pelos inúmeros recursos disponíveis a serem apresentados.

Observamos que em tentativas infundadas de realizar comparativo de nosso ordenamento jurídico com outros países, principalmente Estados Unidos e Alemanha, onde compara países com métodos avançados de justiça, como o nosso que chega a ser “amadorismo”.

E dever efetivo do poder judiciário buscar a pretensão punitiva, porém e seu dever ainda garantir uma punição justa, não é aceitável que se inicie a execução da pena de uma pessoa que posteriormente venha ser inocentada, Não é aceitável que a Suprema Corte real garantidora dos direitos e garantias fundamentais tenham aceitabilidade de tal tema, não existe percentual mínimo que seja aceitável o encarceramento de um inocente.

Sabemos que mudanças são necessárias, e que muitas das hipóteses de mudanças do sistema penal brasileiro acabarão não dando certo.

Os proponentes dessas sabendo que o Estado não está cumprindo seu papel e que o Brasil precisa de uma solução para a crise atual na execução penal, buscaram efetivar as funções do Estado, focando somente em resolver os problemas todos de uma única vez, sem antes haver um estudo adequado, um preparo ideal.

Não resta dúvida que houve falta de preparo por parte do Estado, pois, poderiam ter regulamentado tal tema de forma clara e objetiva através de uma Emenda Constitucional.

O nosso Sistema Penal precisa sim de normas com soluções rápidas, mas não resolverá os problemas com medidas populistas que levem ao encarceramento de pessoas que poderão vir a ser inocentada, isso não é eficiência, é sim injustiça.

A sociedade brasileira não está preparada para conviver com tal sistema, nossa cultura, costumes são diferentes dos outros países, muitos aclamam quando vêem outra pessoa sendo encarcerada, porém não estão preparadas ao se tratar delas mesmas, ou de um ente querido.

Seria necessário trabalhar mais a sociedade antes da implantação dessa medida, e que ela venha através de processo legislativo, da forma em que está sendo feita agora só gerará rejeição dos condenados e nunca uma ressocialização.

Para haver a mudança e obter soluções para os problemas do sistema penal, é preciso que o Estado altere a maneira de lidar com os presos e até mesmo com os familiares desses, pois estes vêm sendo tratados de maneira desumana e cruel pelo Estado, é só através do respeito, principalmente quanto às garantias constitucionais básicas, que as pessoas se sentirão influenciadas de alguma forma e aceitaram melhor as mudanças.

Os direitos humanos têm que estar a todo tempo nas propostas de inovação do nosso sistema penal.

Assim, para que a reforma do sistema penal produza bons resultados, é necessário que acabe o desrespeito, que os presos sejam tratados como seres humanos, que são. Que os princípios constitucionais estejam presentes. Que as violações atuais não justifiquem outras tão graves quanto ou até mesmo piores.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno. Realidade atual do sistema penitenciário brasileiro: A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. 29 maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 23 out 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 21ª .ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORGES, José Souto Maior. Obrigação tributária – Uma introdução metodológica. São Paulo: Saraiva, 1984.

Organização das Nações Unidas. Declaração do Direito do Homem e Cidadão. Declaração Universal do Direitos Humanos. <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 15 nov 2016.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1. 11ª ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. Realidade do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1008>>. Acesso em: 05 nov 2016.

FARIA JUNIOR, João. Manual de criminologia. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. v. I.

FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável Duração do Processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et al (Coord.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

HUME, David. Tratado da natureza humana. Tradução de Débora Donowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 19-20.

MAGNABOSCO, Danielle. Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/textoasp?id=5300&p=1>>. Acesso em: 15 de Out de 2016.

MARCIAL, Fernanda Magalhães. Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4458>. Acesso em: 15 out 2016.

MATOS, Renata Soares Bonavides de. Direito dos presidiários e suas violações. São Paulo: Método, 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.47.

ROVER, Tadeu. OAB pede que Supremo suspenda prisões antes do trânsito em julgado da ação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-20/oab-supremo-suspenda-prisoas-antes-transito-julgado>>. acesso em 20 out de 2016.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292. Execução da Pena Antes do Trânsito em Julgado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. acesso em 25 out 2016.

Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 044. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=188&dataPublicacaoDj=05/09/2016&incidente=4986729&codCapitulo=6&numMateria=148&codMateria=2>>. Acesso em 20 out de 2016

VADE Mecum: Saraiva. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.