



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - UERN
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL - CAN
CURSO DE DIREITO

RODRIGO DO NASCIMENTO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA
PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A INVERSÃO DAS FUNÇÕES
CONSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES**

NATAL/RN

2019

RODRIGO DO NASCIMENTO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A INVERSÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES

Artigo apresentado como requisito de aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (TCC II) do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Orientadora: Prof^ª. Carla Maria Fernandes Brito Barros.

NATAL/RN

2019

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

N244e Nascimento, Rodrigo do
A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO
INSTRUMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA: UMA
ANÁLISE SOBRE A INVERSÃO DAS FUNÇÕES
CONSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES. / Rodrigo do
Nascimento. - Natal, 2019.

30p.

Orientador(a): Profa. Dra. Carla Maria Fernandes Brito
Barros.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte.

1. Pena. 2. Prisão. 3. Execução Provisória da Pena. 4.
Presunção de Inocência. 5. Princípio da Separação dos
Poderes. I. Barros, Carla Maria Fernandes Brito. II.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

RODRIGO DO NASCIMENTO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A INVERSÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES

Artigo apresentado à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN - como requisito obrigatório para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em 26/09/2019.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dr^a. Carla Maria Fernandes Brito Barros
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Orientadora

Professor Dr. Rogério Emiliano G. Alcoforado
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Professor Me. Agassiz Almeida Filho
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A INVERSÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES

Rodrigo do Nascimento¹

Carla Maria F. Brito Barros²

RESUMO: Com o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, o STF decidiu ser possível aplicar a execução provisória da pena antes de sentença condenatória transitada em julgado, contrariando até mesmo o texto da Magna Carta. Tal decisão gerou bastante repercussão no âmbito jurídico com críticas contra e a favor. Os argumentos utilizados como justificativa foram de que a medida em questão serviria no combate à impunidade, uma exigência da ordem pública e um mecanismo para coibir a prática e reincidência de crimes. Com isto, buscou-se compreender se, com estes fundamentos, a Suprema Corte não violaria o princípio da separação dos poderes, invadindo a competência do Poder Executivo. Para obter o resultado pretendido com o presente trabalho, foi utilizada a pesquisa bibliográfica por meio da doutrina, de artigos científicos, de leis e de revistas, sem a mínima presunção de esvaziar o tema.

Palavras-Chave: Pena. Prisão. Execução Provisória da Pena. Presunção de Inocência. Princípio da Separação dos Poderes.

ABSTRACT: With judgment of *habeas corpus* 126.292/SP, the STF decided that it was possible to apply the provisional enforcement of the penalty before a final sentence, even contrary to the text of the Magna Carta. Such decision generated a lot of repercussion in the legal ambit with criticism against and in favor. The arguments put forward as justification were that the measure in question would serve to combat impunity, requirement of public order and a mechanism to curb the commission and recurrence of crimes. Therewith, it has sought to understand, on these grounds, if the Supreme Court did not violate the principle of separation of

¹ Aluno do curso de Direito da UERN – e-mail: nascimento202@hotmail.com

² Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Del Museo Social Argentino aprovada com distinção; especialista Lato Sensu em Direito; Graduada pela Universidade Potiguar do Rio Grande do Norte; Docente concursada da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte desde 2005; Professora convidada do curso de especialização em Direito Humanos; Palestrante convidada da Universidade de Morón- Argentina e da Universidade Maurício de Nassau-Brasil; Servidora efetiva do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, desde 2007.

the branches of powers, invading the competence of the executive branch. In order to obtain the intended result of the research, bibliographic researches were conducted through doctrine, scientific articles, magazine and documents, without the slightest presumption of emptying the theme.

Keywords: Penalty. Prison. Provisional Execution of the Penalty. Presumption of Innocence. Principle of Separation of Powers.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. A PRISÃO COMO PENA: UM OLHAR HISTÓRICO 3. CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA: POSSIBILIDADES E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS 4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO MÉTODO DE SEGURANÇA PÚBLICA E A INVERSÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de punir alguém que violou uma determinada regra, sempre existiu nas sociedades, desde as mais primitivas, até hoje nas sociedades modernas. A punição se estabeleceu como um instrumento de controle social, contra as ações nocivas para o convívio em sociedade e visando servir de exemplo para que não haja casos semelhantes. Ao longo dos séculos a pena passou por transformações, tendo como forma de punição a sanção corpórea, a pena de morte, e a pena privativa de liberdade como a conhecemos hoje.

Para que alguém tenha a sua liberdade cerceada em definitivo no Brasil, é necessário que este, além de praticar um ato criminoso, perpassasse por um processo penal até ocorrer a sentença condenatória transitada em julgado. No entanto, as prisões cautelares, que não possuem a finalidade de punição, garantem o bom andamento do processo, assegurando que o inculpatado não venha de alguma forma prejudicar as investigações, entre outras situações, permite a prisão antes do trânsito em julgado, contanto que estejam preenchidos determinados critérios de cautelaridade.

Executar provisoriamente a pena é permitir que o acusado seja punido com o cerceamento de sua liberdade, após condenação em segunda instância, mesmo estando pendente os recursos especial e/ou extraordinário.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 126.292 SP, alterando posicionamento em sentido contrário, decidiu pela possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, sob fundamentos diversos, em sua maioria extrajurídicos e relacionados com a segurança pública.

Assim, em meio a essas argumentações, a presente pesquisa revela-se de fundamental importância a fim de esclarecer o problema referente ao tema, ou seja, apontar se a Suprema Corte estaria violando o princípio tripartite da separação dos poderes tomando para si, a incumbência de outra esfera (executiva ou legislativa) ao decidir pela execução provisória da pena como instrumento de segurança pública.

Visando solucionar o estudo em questão, este trabalho partirá das seguintes hipóteses: O STF, guardião da Constituição, pode fundamentar decisões judiciais nos argumentos relacionados ao combate da corrupção sistêmica que atinge o nosso país, permitindo para esse fim e, por conseguinte, a prisão em segunda instância ou o STF não pode substituir a função de segurança pública do administrador para possibilitar a execução provisória da pena como argumento para combater a impunidade.

Em relação à pesquisa, sua natureza será básica-estratégica, no qual se busca expandir a compreensão a respeito do tema. Quanto aos objetivos, a pesquisa será descritiva, apresentando e descrevendo as características do assunto estudado. No que diz respeito à abordagem, a pesquisa será qualitativa, buscando desenvolver a resposta do problema apresentado, por meio das interpretações dos textos e informações coletadas. O método empregado será o hipotético-dedutivo, estabelecendo hipóteses e analisando qual delas está certa ou errada. No tocante ao procedimento a pesquisa usará como instrumentos de coleta as fontes bibliográficas, dentre as quais serão bastante consultados a doutrina, a jurisprudência, as leis e os artigos científicos.

No primeiro capítulo será feito um estudo sobre a evolução da pena ao longo da história, partindo das penas cruéis até o momento em que a prisão se tornou o principal meio de punição da atualidade.

No segundo tópico far-se-á uma análise a respeito do cumprimento antecipado da pena, suas possibilidades e consequências perante nossos ordenamentos.

O terceiro e último capítulo avaliará a execução provisória da pena à luz do sistema de freios e contrapesos do ordenamento representado pelo princípio tripartite da separação dos poderes.

Nesse sentido, busca-se ao final do presente estudo, atender a todos os objetivos propostos, obtendo a resposta do problema de pesquisa, bem como, demonstrar a afirmativa da hipótese apresentada.

2 A PRISÃO COMO PENA: UM OLHAR HISTÓRICO

Os aspectos históricos da prisão como pena mostra sua evolução ao longo do tempo e como se estabeleceu como a principal forma de punição atualmente. Seu conceito consiste em retirar do convívio social o indivíduo que viola uma norma positivada considerada como crime, alojando-o em um estabelecimento prisional para evitar que este, cometa novos delitos.

De acordo com Renato Brasileiro³, a prisão tem a seguinte definição:

A palavra "prisão" origina-se do latim *prehensio*, que vem de *prehensio* (prehenção, orhs), que significa prender. Nossa legislação não a utiliza de modo preciso. De fato, o termo "prisão" é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado (CF, art. 5º, inciso LXVI; CPP, art. 288, caput).

³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.863.

E a pena, como assevera Nucci⁴, detém o caráter preventivo geral e especial, ambos subdivididos em positivo e negativo. O caráter preventivo geral positivo afirma que a pena se aplica com o escopo de demonstrar para a população que o direito penal existe e tem força. E o preventivo negativo, por sua vez, adverte que, quando o estado consegue realizar a pena, o seu poder de intimidar aumenta perante todos a quem o direito penal se destina. O caráter especial positivo almeja reintroduzir o apenado na sociedade por meio da ressocialização e reeducação, enquanto o caráter especial negativo busca, por meio da pena, garantir que o inculpa, privado da sua liberdade, não cometa novos crimes.

Conforme veremos nesse capítulo, a prisão nem sempre possuiu esse viés de ressocializar e educar o apenado, buscando reinseri-lo na sociedade. O cárcere era caracterizado apenas por manter o acusado preso sofrendo castigos, enquanto aguardava uma pena cruel e suplicante.

Para abordarmos sobre a evolução da prisão como pena, é relevante discorrer sobre o surgimento da pena em si, a qual passou por mudanças progressivas e lentas, e que não ocorreu de forma imediata em todos os lugares. Nos primórdios, quando surgiu a necessidade de se conviver em grupos, o homem percebeu ser indispensável coibir determinadas condutas que iam de encontro ao interesse da coletividade ou que representassem uma ameaça à vida dos integrantes do bando.

Conforme nos ensina Greco⁵:

Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos contrários a seus interesses. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco sua existência.

Desta forma, foi preciso estabelecer alguma forma de regulação e punir aqueles que transgredissem tais regramentos. Masson⁶ explica que a pena surge junto com o aparecimento do ser humano e que em todas as civilizações a pena foi o meio utilizado para coibir qualquer atitude que violasse o direito de alguém.

Assim sendo, a pena torna-se o meio de punir o transgressor da ordem constituída pelo agrupamento em que se encontrava. Tais ordens ou regramentos não eram ditados por leis escritas, mas tão somente pelos costumes. Gonçalves⁷ ilustra que, nessa época, punia-se sem

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. NP.

⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. NP.

⁶ MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. Vol. I. 11.^a ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2017. p.73.

⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) volume I. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

noção alguma de proporcionalidade ou senso de justiça pela infração praticada, aplicavam-se as penas cruéis e severas, apenas e tão somente como vingança.

Foi um período conhecido como vingança penal que se dividiu em três períodos: a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública.

A vingança privada foi a fase de punição que era realizada pela própria vítima. Era a fase da lei do mais forte, a chamada justiça com as próprias mãos. As penas eram totalmente desiguais e muitas vezes transcendiam a pessoa do ofensor, gerando conflitos entre os grupos ou clãs. De acordo com Sanches⁸:

Por não haver regulamentação por parte de um órgão próprio, a reação do ofendido (ou do seu grupo) era normalmente desproporcional à ofensa, ultrapassando a pessoa do delinquente, atingindo outros indivíduos a ele ligados de alguma forma, acarretando frequentes conflitos entre coletividades inteiras.

A vingança divina, por sua vez, consistia na crença nas forças místicas e sobrenaturais. O grupo, através do representante divino, penalizava o infrator para que os deuses se acalmassem. Nessa linha de pensamento, afirma Gonçalves⁹:

Na fase da vingança divina, o desrespeito às normas comportamentais (tabus) devia ser punido porque se acreditava que a omissão poderia gerar a ira divina, que, em tal caso, recairia sobre todo o grupo. Como os fenômenos naturais não eram compreendidos à época, pensava-se que a impunidade poderia gerar tempestades, estiagens prolongadas, surgimento de pragas etc. Assim o castigo era aplicado por todo o grupo como forma de evitar a fúria dos deuses.

O fato é que, esses castigos apresentavam-se como uma punição severa, cruel e degradante; muitas vezes, com a morte do infrator. Por fim, temos a vingança pública, que se baseia na punição executada pelo estado. Segundo Cleber Masson¹⁰ “Com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o estado avocou o poder de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos. A pena assume, nítido caráter público.”

Apesar dessa legitimidade estatal para punir, as penas continuavam violentas e cruéis, tendo como exemplo, o esquartejamento, decapitação, forca, entre outras barbáries.

Com a queda do Império Romano do Oriente, surge o período da Idade Média que se dividiu em Alta e Baixa Idade Média e que teve grande influência do Direito Germânico e Canônico.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p.44.

⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) volume I. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

¹⁰ MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. Vol. I. 11.ª ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2017. p.76.

Uma das heranças do Direito Germânico nesse período foi a substituição das sanções pela fiança. Nas palavras de Bitencourt¹¹, a aplicação das penas na Idade Média, sofriam grande influência dos governos arbitrários. Nesse contexto, aqueles que gozavam de um status social privilegiado tinham a oportunidade de substituir as penas corporais ou de morte pela prestação em metal ou espécie; composição que beneficiava os mais abastados e relegava aos pobres as penas mais severas.

Com tal processo, o Direito Canônico teve uma grande relevância no sistema punitivo deste período, pois, em um primeiro momento, na Alta Idade Média, a Igreja, por meio do cristianismo, fixava as suas regras na sociedade e perseguia aqueles que não concordavam com os seus preceitos.

De acordo com Gonçalves¹², para forçar o indivíduo a confessar um crime, a Igreja por meio de seus tribunais, aplicava a tortura em larga escala. Na Santa Inquisição, a intolerância predominava contra todos que representassem uma ameaça aos dogmas da Igreja.

As penas corpóreas eram utilizadas para intimidar a população e servir como exemplo. O suplício era o método de castigo prolongado e aflitivo, aplicado ao corpo do acusado, que era penalizado aos olhos da multidão.

Para Arruda¹³:

A punição por suplícios tinha como alvo principal o corpo do condenado, através de um espetáculo de punição física que sempre ultrapassava a gravidade do crime praticado. Existiram na sociedade até meados do século XIX. Nesse período, tortura e pena de morte eram espetáculos públicos e só o deixaram de ser com o advento da Justiça moderna. [...]

Foucault¹⁴ define os suplícios como medidas premeditadas a causar, de acordo com os crimes praticados, um tormento intenso e prolongado estabelecidos por mandamentos que orientavam qual atitude de expiação seria manuseada. No primeiro capítulo de sua obra *Vigiar e Punir*¹⁵, o filósofo traz o exemplo de suplício sofrido por Damiens, que suportou diversos flagelos pelo corpo e logo após, teve seus membros arrancados e seu corpo jogado na fogueira.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

¹² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios *Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) volume I*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

¹³ ARRUDA, Ana Luíza Gardiman. *A PENA E A MORAL DO RESSENTIMENTO EM NIETZSCHE*. 2016. p. 243. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/72>> Acesso em: 01/05/2019.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p. NP.

¹⁵ *Ibidem*. NP.

Masson¹⁶ exemplifica alguns dos suplícios empregados na época como, “[...] força, fogueira, arrancamento das vísceras, enterramento com vida, afogamento, esquartejamento, mutilações (pés, mãos, lábios, orelhas e castração), entre outras de semelhante natureza.” Um período nefasto que envergonha a história da humanidade.

Em um segundo momento, na Baixa Idade Média, houve um progresso na forma de punir integrantes da Igreja. Nessa época existiam dois tipos de prisões, a de estado e a prisão eclesiástica. Na prisão de estado o preso sofria com os castigos corporais e as penas de morte, enquanto a prisão eclesiástica tinha um viés mais humano, seu propósito era fazer com que o preso se aproximasse de Deus, refletindo sobre sua condição e se arrependesse do mal praticado. Nas palavras de Bitencourt¹⁷:

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondiam as ideias de caridade, redenção e fraternidade da igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e de meditação. Recolhiam-se os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio da penitência e da oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda.

De fato, este tipo de sanção aplicada pela Igreja da época foi o embrião dos sistemas prisionais da atualidade. Uma pena com a finalidade de reabilitar o apenado, sobrepondo os suplícios e as penas de morte pela pena privativa de liberdade. Para Bitencourt¹⁸, devido a especialidade de ser aplicada apenas aos membros do clero, a prisão eclesiástica, não por acaso, poderia ser classificada como uma exceção à prisão custódia da Idade Média.

Apesar do aspecto positivo e um viés humanizado, diante das punições cruéis que eram praticadas na época, a prisão eclesiástica não foi um modelo seguido na Idade Média. As punições continuavam sendo empregadas por meio das torturas, expiações corporais e execuções, porém, a citada prisão eclesiástica inspirou a ruptura com o atroz sistema penal medieval.

Na Idade Moderna, o sistema que predominava era o absolutismo, no qual todo o poder se concentrava nas mãos do rei. Dessa forma, este podia punir a seu bel prazer. Conforme Gonçalves¹⁹, “[...] Em tal período, o direito penal continuou marcado pela adoção de penas cruéis e pelo grande arbítrio dos juízes que podiam aplicar as penas como bem entendessem, já que o próprio monarca lhes delegava tal poder.[...]” Os castigos e penas de

¹⁶ MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. Vol. 1. 11.^a ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 81.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

¹⁸ Ibidem. p. 34.

¹⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) volume I. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

morte se davam em via pública, num grande espetáculo de horrores que perdurou até o fim do absolutismo. Conforme nos fala Chiaverini²⁰:

[...] A pena de morte do absolutismo, então, apresenta as seguintes características, considerando o espaço e o tempo: pena pública explícita, no espaço da comunidade e tempo do suplício determinando a gravidade da conduta praticada pelo condenado à morte. A atenção dos expectadores e do sistema está voltada para a punição exemplar do criminoso.

A ruína desse sistema de punições arbitrárias ocorre a partir do século XVIII, quando os adeptos do movimento denominado “iluminismo”, apresentam sérias críticas contra a forma de punir da época.

Bitencourt²¹ narra que no direito penal desse tempo existia um processo penal marcado por privilégios a determinados indivíduos que, devido a sua condição social, eram julgados com parcialidade, bem como, as normas vigentes eram voltadas a garantir castigos cruéis e excessivos, findando com a execução do condenado desprivilegiado.

Os iluministas defendiam que o apenado fosse visto de fato como um ser humano e como tal, deveria ter uma punição adequada; exigia-se que houvesse uma proporção entre a punição e o crime cometido. Assinala Greco²²:

O período iluminista teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora, necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.

Os filósofos e pensadores seguidores deste movimento como BECCARIA, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, entre outros, se pautaram na razão e na humanidade para transformar o sistema punitivo da época, defendendo o uso das penas privativas de liberdade, como meio principal de sanção e fortalecendo o modelo adotado pelas primeiras casas de correção.

As casas de correção apareceram entre os séculos XVI e XVII na Inglaterra e Holanda diante das mudanças sociais e econômicas que ocorreram no velho continente. Um dos reflexos dessas mudanças fez emergir uma população de mendigos e miseráveis que por falta de oportunidade de trabalho cometiam os mais variados tipos de delitos. Para combater esse

²⁰ CHIAVERINI, Tatiana. Origem da pena de prisão. 2009. p. 76. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8885>> Acesso em: 05/05/2019.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

²² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. NP.

problema que se alastrava pela Europa, surgem as casas de correção. De acordo Souza e Jupiassú²³:

Diante disso, iniciou-se um grande movimento de criação e construção de estabelecimentos para abrigar os condenados por delitos menores. Surgiram, enfim, as casas de correção, edificações destinadas a recolher mendigos, vadios, prostitutas e jovens rebeldes de todas as origens, que povoavam as principais cidades do Velho Continente.

As referidas casas de correção funcionavam com uma disciplina rigorosa e eram utilizadas para recuperar o infrator e aproveitar sua mão-de-obra, mesmo que este não quisesse trabalhar. O objetivo era tirar aquele infrator do estado de desocupação, fazendo com que este, exercesse uma atividade laboral para quando estivesse livre, pudesse conseguir um trabalho. Mais tarde, surgem, na Holanda, as casas de correção para homens, outras para as mulheres, e, em seguida, uma divisão somente para os jovens.

Com o tempo outras casas similares surgiram, contendo o mesmo objetivo das casas de correção, dentre as quais podemos citar como exemplo as *workhouses* (casas de trabalho) que se alastraram pela Inglaterra. Apesar de terem a finalidade de combater os delitos de menor potencial, essas casas, tanto de trabalho, como as de correção, consolidam o surgimento da prisão como pena conhecida até os dias atuais²⁴.

No ano de 1500, a punição evoluía paulatinamente em algumas civilizações, enquanto no Brasil, os índios que aqui viviam, penalizava os membros de suas tribos de forma primitiva e baseada na vingança privada. De acordo com Nucci²⁵, “Antes do domínio português, prevalecia a lei da selva, ditada pelos indígenas, geralmente com o predomínio da vingança privada ou mesmo da lei do talião. [...]” quando os portugueses aqui chegaram, trouxeram consigo os métodos punitivos do ordenamento jurídico lusitano. O primeiro código implementado em terras brasileiras foram as ordenações Afonsinas, conforme demonstra Bitencourt²⁶:

A partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar em nossas terras o Direito lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo.

²³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros/ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018. NP.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39-40.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.118.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

As ordenações Afonsinas foram implantadas na época do Brasil colônia e se baseavam no direito penal da vingança pública e esteve vigente até o ano de 1521. Nessas ordenações existia a instituição da prisão, mas não como pena, e sim como meio de custódia. Nas palavras de Hofmeister²⁷:

A prisão era prevista naquele ordenamento, com caráter preventivo e objetivando evitar a fuga do autor do crime até julgamento. Era também aplicada como meio de coerção para obrigar o autor ao pagamento da pena pecuniária. Em raras hipóteses figurava como reação de natureza repressiva.

Em substituição às ordenações Afonsinas, entra em vigor em 1521 as ordenações Manuelinas que são sucedidas pelas ordenações Filipinas em 1603. Destaque-se, todavia, que nessas ordenações estavam previstas sanções cruéis, desumanas bem como a pena capital.

Em 1824 nasce a primeira constituição brasileira com um viés humanista e com ela a necessidade de código criminal que surgiu em 1830, trazendo uma série de inovações quanto às penas, inspirado pelo movimento iluminista da Europa.

Das inovações trazidas pelo código do império Souza e Jupiassú²⁸ ressaltam:

Dentre as suas características mais marcantes, pode-se destacar: a exclusão da pena de morte para os crimes políticos; a imprescritibilidade das penas; a reparação do dano causado pelo delito; ter considerado agravante o ajuste prévio entre duas ou mais pessoas para a prática do crime; a responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, antecipando-se ao sistema belga; a previsão da circunstância atenuante da menoridade e a antecipação do sistema dos dias-multa.

O código de 30 ainda mantém algumas sanções aflitivas, mas apresenta no seu ordenamento a previsão da prisão como pena, são elas: a prisão com trabalho e a prisão simples prevista nos artigos 46 e 47. Souza e Jupiassú²⁹ destacam que, apesar de a constituição de 1824 afastar algumas sanções cruéis como a tortura e os açoites, para os escravos restava o chicote como punição quando não fosse necessário aplicar medidas mais drásticas como as galés ou a pena capital.

No período republicano, mais precisamente no ano de 1890, um novo código foi implementado. A recente norma apresenta, como pena, quatro modalidades de prisão: a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho e a prisão disciplinar. Este código sofreu diversas críticas devido as suas imperfeições, nas palavras de Bitencourt³⁰, “O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu

²⁷ HOFMEISTER, Carlos Freire. a pena privativa de liberdade e a inclusão social do preso na perspectiva dos direitos humanos. 2002. p.23. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83442>> Acesso em: 05/05/2019.

²⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros/ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018. NP.

²⁹ Ibidem. NP.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

tempo”. As críticas não se fizeram esperar e vieram acompanhadas de novos estudos objetivando sua substituição. [...]”

Finalmente, diante da necessidade de uma reforma do ordenamento de 1890, é instituído o código penal de 1940. O citado código manteve a pena privativa de liberdade como sanção, prevendo a aplicação da reclusão para os crimes mais graves e a detenção para os menos graves. Muitas mudanças ocorreram desde 1940, mas o referido código continua em vigor.

3 CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA: POSSIBILIDADES E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Após a edição do código penal de 1940 tivemos três Constituições que o afetaram. A Carta Política de 1946 conforme relata Tavares³¹ afastou de seu texto sanções retrógradas, como pena de morte, prevista na constituição anterior (1937), o banimento e as de caráter perpétuo. As constituições de 1967/1969 são marcadas pelos retrocessos implementados pelo regime militar, quando o autoritarismo restringiu alguns direitos e garantias fundamentais. A tortura, até então, banida do nosso ordenamento, ressurgiu como prática recorrente, embora dissimulada.

Sobre isso, afirma Agra³²

Os direitos e garantias constitucionais se tornaram deleites formais para estudiosos, porque na realidade o que predominava era o autoritarismo, a censura e, o que foi mais grave, a tortura. Aqueles que tivessem a ousadia de discordar do regime eram perseguidos, o direito de reunião e de liberdade de expressão foram arrefecidos. As suspensões dos direitos e garantias fundamentais eram feitas em nome da “segurança nacional”.

No que toca à nova ordem constitucional inaugurada pela CF de 1988, a recém-outorgada Carta Política proibiu todo tipo de pena cruel e desumana em concordância com o previsto no artigo 5º, XLVII da CF³³, que enuncia que, “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”

³¹ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. NP.

³² AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 104.

³³ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/07/2019.

Para Agra³⁴ “O fundamento para os impedimentos desses tipos de pena é o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Essas penas ferem flagrantemente um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana.”

No ordenamento jurídico brasileiro a prisão pena ou prisão definitiva é a sanção aplicada ao acusado que após todas as fases da persecução penal, tenha contra si uma sentença condenatória transitada em julgado, conforme explicita o inc. LVII do artigo 5º da CF³⁵ ao dispor que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Destarte, a sentença condenatória transitada em julgado é o requisito primordial para que alguém seja preso em definitivo. Porém, com o HC 126.292 de 2016, o STF interpretou ser possível a condenação em segunda instância, tema que será abordado posteriormente.

A prisão pena tem um caráter definitivo e consiste na privação de liberdade de um indivíduo, advinda de uma sentença transitada em julgado, nos termos literais do direito positivado na Constituição Federal.

Entretanto, existe as excepcionalidades em que se permite a prisão antes do trânsito em julgado, não como cumprimento da pena, mas como prisão de caráter provisório. São as prisões cautelares, que entre seu rol encontra-se a prisão preventiva, prevista nos artigos 311 a 316 do CPP, e que pode ser executada em qualquer fase do processo, tendo como objetivo, entre outros, o de garantir o êxito das investigações e do processo criminal.

Nas palavras de Pacelli³⁶, a prisão preventiva objetiva privar o indivíduo de sua liberdade, para proteger a persecução penal de qualquer conduta deste, ou de um terceiro interessado, que possam impossibilitar o desenvolvimento do processo. Para tanto, só será aplicada se houver uma fundamentação por parte do magistrado, justificando que tal medida é a mais apropriada.

Por ser uma prisão que é imposta de forma excepcional, no qual o acusado a cumpre em regime integralmente fechado, deve se observar os requisitos exigidos para sua decretação. Conforme afirma Lopes Jr.³⁷ São pressupostos da prisão preventiva o *fumus commíssi delicti* e o *periculum libertatis*. O *fumus commíssi delicti* significa que devem estar presentes, a comprovação da materialidade do delito e as evidências que apontam ser o

³⁴ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 258.

³⁵ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29/07/2019.

³⁶ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.440.

³⁷ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

acusado o autor da infração. Já o *periculum libertatis* é a comprovação de que a liberdade do suspeito é prejudicial ao bom andamento do processo.

Ainda sobre o pressuposto do *periculum libertatis* existe alguns fundamentos necessários para que, possa ser válida a prisão preventiva. Será preso o acusado quando sua liberdade afetar a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a garantia de aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica e o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares de acordo com o artigo 312 do CPP³⁸.

Desse modo, a prisão preventiva somente pode ser decretada quando estiverem reunidos os pressupostos e requisitos que a autorizam, nos crimes dolosos com pena superior a quatro anos.

É importante destacar que, devido a sua natureza cautelar e a necessidade de observância de seus pressupostos, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência/não culpabilidade, porquanto não se trata de custódia imposta com fundamento na culpa, mas na necessidade de acautelar, de algum modo, o processo ou a sociedade.

Nesse sentido, encontra-se a súmula 9 do STJ³⁹ ao afirmar que a prisão provisória não implica em ofensa ao princípio da presunção de inocência, dispondo: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Há diversos diplomas que normatizam a prisão como medida cautelar, permitindo a coexistência e relativização do mencionado princípio, entre elas, a própria carta magna, em seu artigo 5º, incisos LXI, LXVI⁴⁰.

Desse modo, o princípio da presunção de inocência visa salvaguardar a liberdade do indivíduo, para que esta, não seja cerceada arbitrariamente pelo estado. Essa regra assegura que no decorrer do processo, todos devem ter seu estado de inocência assegurado até a comprovação definitiva de sua culpa pela sentença penal condenatória transitada em julgado.

Assim sendo, o incriminado deve, como regra, responder ao processo em liberdade. Configurando, como afirma Capez⁴¹, uma transgressão ao princípio da presunção de inocência, a decretação de prisão preventiva sem observância dos pressupostos/requisitos

³⁸ BRASIL, DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 27/07/2019

³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: Súmula nº 9. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portallp/Jurisprudencia/Sumulas>> Acesso em: 29/07/2019

⁴⁰ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29/07/2019.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

legais, eis que importa o cumprimento antecipado de “pena”, expressamente, vedado na Constituição.

Destaque-se, todavia, a possibilidade de aplicar ao réu a execução provisória da pena, quando esse se encontrava preso preventivamente no curso do processo, eis que, nesse caso, o início de cumprimento da pena revela-se mais favorável ao acusado que a manutenção da sua custódia preventiva, a qual não se aplica a possibilidade de progressão de regime.

Nesse sentido, o entendimento sumulado do STF⁴² que assim descreve (súmula 716): “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Quer dizer, permite-se a antecipação da “prisão pena”, antes do trânsito em julgado, apenas para que o réu possa se beneficiar dos direitos inerentes à execução penal. O que se adequa, perfeitamente, ao princípio da não culpabilidade, eis que, sendo uma garantia de liberdade do acusado não pode ser interpretado em detrimento desse, a fim de manter por mais tempo sua situação de custódia integral, como ocorre na prisão preventiva.

Nesse sentido, afirma Nucci⁴³:

Os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, CF) são escudos protetores do indivíduo contra o Estado e não podem, jamais, ser usados contra os seus interesses. Portanto, não se pode alegar que, em homenagem à presunção de inocência, mantém-se o preso no regime fechado, porque em decorrência de prisão cautelar, quando ele poderia ir para regime mais favorável, sem nenhum prejuízo à sua ampla possibilidade de defesa. Em função da presunção de inocência, ninguém pode ser prejudicado. Logo, a consolidação da progressão de regime do preso provisório é uma vitória dos direitos humanos fundamentais contra a lamentável lentidão da Justiça brasileira.

É sabido que, para uma condenação definitiva, podem-se levar anos, caso o réu faça uso de todos os recursos a que tiver direito dentro do processo penal; não sendo razoável que o acusado, para exercer o direito de recorrer, tenha que cumprir, preventivamente, tempo de custódia superior ao que seria necessário para sua progressão de regime⁴⁴.

⁴². BRASIL. STF: SÚMULA 716. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 03/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>> Acesso em: 02/08/2019.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. NP.

⁴⁴ Nesse sentido, merece destaque o *Habeas Corpus* 119152 SP do STF: EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR SUPERIOR À PENA DEFINITIVA. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO CONDICIONADA À PRISÃO DO CONDENADO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DECISÃO MONOCRÁTICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Sob pena de supressão de instância, não se admite habeas corpus neste Supremo Tribunal contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior:

Diante disso, desde que alcançados todas as condições, o juízo de execução penal concede ao réu, privado de sua liberdade cautelarmente, o direito de progredir do regime fechado para o semiaberto⁴⁵, por exemplo, mesmo antes da sentença definitiva transitada em julgado.

A possibilidade existe mesmo que haja a oportunidade de recurso por parte da acusação, requerendo a majoração da pena. Nada obsta um aumento da pena caso o réu seja condenado, conforme nos diz Rodrigo Duque Estrada⁴⁶ “[...] da mesma forma que a pena pode aumentar em caso de recurso do Ministério Público, a pessoa inicialmente condenada também pode ser posteriormente absolvida em caso de recurso exclusivo da defesa, sem que isso impeça a execução provisória.”

Isto posto, a aplicação da execução provisória da pena nos casos em que seja para beneficiar o réu é tema sedimentado na nossa jurisprudência; todavia, fora desses casos, doutrina e jurisprudência seguem em controversa que restou acirrada com o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP.

A violação, ou não, do princípio da não culpabilidade pela execução provisória da pena sempre foi alvo de grandes discussões.

Inicialmente, como destaca Renato Brasileiro⁴⁷, observa-se que o artigo 637 do CPP fundamentou a execução provisória da pena antes da sentença condenatória transitada em julgado, por prescrever que os recursos, especial e extraordinário, não possuíam efeito

Precedentes. 2. Compete ao juízo de execução criminal a apreciação de pedido de detração penal, configurando flagrante constrangimento o indeferimento, pelo juízo de primeiro grau, do pedido de expedição de guia definitiva de pena, por impedir que a matéria seja submetida ao juízo competente, mais ainda quando se alega cumprimento integral da pena definitiva no período de prisão provisória. 3. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para confirmar a liminar. (STF – HC: 119153 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 20/05/2014, Segunda Turma, Data de Publicação DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014). STF. HABEAS CORPUS: 119152 AC. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 02/09/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24120499/habeas-corpus-hc-119152-ac-stf>>. Acesso em: 12/08/2019.

⁴⁵ Nucci exemplifica o benefício afirmando que, caso o acusado tenha sido condenado a seis anos em regime fechado por roubo e esteja recorrendo preso preventivamente, permanecendo nesta condição por um ano. Nesta situação, o réu já teria cumprido 1/6 da pena, um dos requisitos para progressão de regime estabelecido no artigo 112 da lei 7.210/84 lei de execução penal, podendo requerer desde que obedecido os demais critérios, a mudança para uma medida menos severa. NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. NP.

⁴⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. NP.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único I. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.46

suspensivo, prevalecendo esse entendimento por muitos anos, mesmo após a promulgação da constituição de 1988.

Todavia, em 5 de fevereiro de 2009, no *habeas corpus* 84.078 do qual, por sete votos a quatro, houve uma mudança de entendimento, a luz da Constituição Federal, em que a Suprema Corte reconheceu que a prisão em segunda instância, antes da sentença transitada em julgado estava em desacordo com o artigo 5º, inciso LVII, da constituição federal de 1988. O referido artigo versa sobre o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade e preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, passando a entender que o réu só poderia ser preso depois de esgotados todos os recursos no STJ e no STF.

Nesse sentido, resume Cipriano e Feistler⁴⁸:

[...]de acordo com entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 84.078, o réu não pode ser submetido a nenhuma pena provisória (exceto as de caráter cautelar) antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, por ferir o princípio constitucional da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, dificultando desta maneira, o papel do Estado em satisfazer a sua pretensão de executar a sentença condenatória.

Conquanto, a modificação de interpretação trazida pelo *habeas corpus* 84.078 fazer valer a literal expressão do texto constitucional, esse entendimento foi novamente revisado, em 2016, por meio do HC 126.292, para, desta feita, com base em argumentos extrajurídicos, decidir o STF pela possibilidade da execução provisória da pena em detrimento do acusado, conforme se analisará a seguir.

4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO MÉTODO DE SEGURANÇA PÚBLICA E A INVERSÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES.

Conforme visto no capítulo anterior, somente as prisões cautelares são permitidas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória sem ferir ou violar nenhuma norma ou princípio; contanto que, obedecidos os critérios que as autorizam, bem como, a execução provisória, desde que, para beneficiar o réu.

⁴⁸ CIPRIANO, Bruno Rafael; FEISTLER, Ricardo. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSÍVEL SENSACIONALIZAÇÃO DE IMPUNIDADE IMPOSTA PELO JULGADO DO HABEAS CORPUS 84.078. 2013. p. 460. Disponível em: <<http://saber.unioeste.br/index.php/travessias/article/view/8890>>. Acesso em: 12/08/2019.

Nada obstante, no *habeas corpus* 126.292 SP, os votos dos ministros do STF fundamentaram a execução provisória na necessidade de combater a impunidade e desestimular a prática delitiva pelos membros da sociedade, haja vista a certeza da aplicação da pena, usando a decisão como um instrumento de segurança pública aplicado pela Suprema Corte.

Nesse contexto, cumpre analisar o princípio da tripartição dos poderes ou somente separação dos poderes e que advém das contribuições dos filósofos ARISTÓTELES, JOHN LOCKE e MONTESQUIEU, pelo qual se caracteriza a necessidade democrática de separação dos poderes estatais, e, bem assim, suas atuações independentes e harmônicas.

Apesar de ter sido desenvolvida ao longo da história por outros filósofos, a clássica separação dos poderes foi aprimorada no século XVIII por Montesquieu, na sua obra o espírito das leis. A obra em comento objetiva delimitar o poder do estado, garantindo, assim, os direitos e a liberdade da população. A ideia era enfraquecer o absolutismo do governo da época, retirando de suas mãos as funções de criar leis, julgar e executar, para que não houvesse mais arbítrios por parte deste. Nessa linha de pensamento, Costa Maia⁴⁹ explica que: “No absolutismo, as normas eram editadas de acordo com a vontade do rei. Era ele quem dizia, aplicava e decidia o direito, sem qualquer limitação. O indivíduo era submetido ao soberano, ao seu poder ilimitado, sem condições de se opor.”

É visando combater esse abuso de poder desenvolvido com a concentração do poder nas mãos de um único governante que surge a tripartição dos poderes. Conforme afirma Dallari⁵⁰, é com Montesquieu que se consagra a separação entre os poderes, dividindo-os em legislativo, executivo e judiciário; os quais passam a atuar harmônica e independentemente entre si, estando presente em boa parte das constituições.

Assim como o modelo desenvolvido por Montesquieu, atesta Barcellos⁵¹ que este princípio na constituição cidadã de 1988 tem o escopo de tutelar direitos e garantias contra os abusos que uma possível concentração de poder nas mãos de um único ente poderia ocasionar. A Carta Política, assim, prevê, em seu artigo 2º, o princípio da separação dos poderes que desta forma prescreve: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o

⁴⁹ MAIA, Cleusa Aparecida da Costa. A MEDIDA PROVISÓRIA ANTE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 2015. P.05. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/medida-provisoria-ante-separacao-dos-poderes-e-o-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 05/10/2019.

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria do Estado. 30. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 216.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. NP.

Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁵² Isto posto, a nossa Carta Política determina a divisão dos poderes estabelecendo quais as funções de cada ente que podem ser típicas e atípicas.

Das funções típicas e atípicas dos poderes, cabe ao legislativo elaborar as leis e fiscalizar o Poder Executivo através do tribunal de contas da união. Entre as funções atípicas incube ao legislativo julgar os crimes de responsabilidade do presidente da república, bem como administrar os atos de sua organização.

O executivo administra e executa atos do governo, legisla quando se trata das medidas provisórias e julga quando resolve conflitos na sua seara administrativa.

Ao Judiciário compete a função de julgar e aplicar a lei para solucionar as contendas, cabendo-lhe, atipicamente, a função legislativa ao exercer a iniciativa de leis que regem suas atividades e administrar serviços e pessoas que exercem atividades em suas instalações.

Não existe subordinação entre os poderes. Cada poder executa suas funções de forma independente, cabendo, porém, o exercício das limitações recíprocas de poder, por meio do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*); a fim de evitar que haja excessos no desempenho das atribuições de cada poder, conforme explica Padilha⁵³:

Apesar do princípio da independência dos poderes (art. 2.º), a Constituição Federal, visando, principalmente, evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais, criou mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. Esse sistema de interferência recíproca é chamado de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

O princípio da tripartição dos poderes, inclusive, constitui cláusula pétrea da nossa Constituição Federal, prevista no artigo 60, § 4º, III e que segundo Padilha⁵⁴, não admite que lhe seja imposta limitação fora daquelas previstas no mencionado dispositivo, nem mesmo pelas constituições dos estados que compõem a república federativa do Brasil, nem, tampouco, interpretações extensivas.

Assim, pode-se afirmar que qualquer limitação de poder ou interpretação que se apresente em desacordo com a Constituição Cidadã, viola o princípio da separação dos poderes, não sendo, desta feita, admitida.

Passados breves sete anos do entendimento que vedava a aplicação da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, o STF, em 17 de fevereiro de 2016, muda sua compreensão a respeito da execução provisória ao julgar o *habeas corpus* 126.292 SP que

⁵² BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/10/2019.

⁵³ PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. NP.

⁵⁴ Ibidem. NP.

declarou ser possível que o condenado em segunda instância possa cumprir a pena mesmo que seja passível de recurso especial ou extraordinário. De acordo com Freire e Santos⁵⁵:

No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292-SP os Ministros decidiram, por maioria dos votos, pela possibilidade da execução provisória da pena após a confirmação da condenação por acórdão proferido por tribunal em segundo grau de jurisdição. Nesse sentido compunha o argumento vencedor pelo voto do Ministro Relator Teori Zavascki, que foi acompanhado pelos votos dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Discorrendo brevemente sobre o ocorrido, trata-se de um caso de roubo majorado no qual o acusado foi condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e no qual, o TJ/SP, que manteve a condenação, mandou expedir o mandado de prisão para início do cumprimento da pena, antes do trânsito em julgado, tendo o STJ negado a liminar, mantendo a condenação⁵⁶.

Allegando haver constrangimento ilegal, por não existir motivos que justificasse uma prisão preventiva, como também, por não haver sido a sentença transitada em julgado ainda, entre outros argumentos, a defesa impetra o *habeas corpus* 126.292 no STF na tentativa de reverter a condenação.

No caso, a Suprema Corte preserva a decisão e mudando o seu próprio entendimento, passa a admitir, novamente, o cumprimento da sentença penal condenatória, antes do trânsito em julgado.

Dos ministros presentes no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, sete votaram a favor da execução provisória da pena e quatro votaram contra a tal medida⁵⁷.

Entre os argumentos trazidos pelos ministros do STF, extraídos dos votos do relator Teori Zavascki, de Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e do ministro Gilmar Mendes para permitir a execução provisória, tem-se o sistema protelatório dos recursos, o prejuízo, a efetivação da jurisdição, o combate à impunidade, a exigência da ordem pública e o fim da seletividade do sistema criminal. Os demais ministros acompanharam os votos ou simplesmente atacaram somente a não violação do princípio da presunção de inocência.

Na argumentação apresentada por Teori Zavascki⁵⁸ este alega que a execução provisória é sim possível, citando dentre alguns de seus argumentos que a execução provisória

⁵⁵ FREIRE, Phablo. SANTOS, Álef da Costa. O PAPEL DO STF NO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA, MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O JULGAMENTO DO HC 126.292. 2017. P.41. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/4277>> Acesso em: 13/08/2019.

⁵⁶ BRASIL. STF: HABEAS CORPUS 126.292 SP. Relator: Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> Acesso em: 10/07/2019. P. 2-3.

⁵⁷ Ibidem. p.1.

⁵⁸ BRASIL. STF: HABEAS CORPUS 126.292 SP. Relator: Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> Acesso em: 10/07/2019. P.15 e seg.

já era praticada antes da CF/88 e do HC 84.078/MG; e menciona também as súmulas 716 e 717 como dispositivos que autorizam o cumprimento antecipado da pena.

Dando sequência a justificção do voto do citado ministro, o mesmo argumenta que devido ao recurso especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, nada obsta que o réu seja recolhido para a prisão, e que aguardar a sentença condenatória transitada em julgado seria apenas mais uma forma de a defesa entrar com vários recursos, a fim de obter a prescrição do crime, prejudicando, assim, a efetividade da jurisdição penal.

Nas palavras de Teori Zavascki ⁵⁹:

[...] não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistigados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Em sequência, antes de proferir o seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso⁶⁰ aponta que a impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado traz três consequências negativas, entre elas, menciona o mesmo argumento demonstrado por Teori Zavascki, a respeito dos recursos protelatórios que entende ser um instrumento para impedir a efetivação da justiça. Outro fator, diz respeito à situação da seletividade da justiça penal que desfavorece aqueles que não possuem condições para pagar um bom advogado, restando, assim, o gosto amargo da prisão, enquanto aqueles que têm dinheiro conseguem os melhores defensores, respondendo o processo em liberdade e arrastando o processo por sucessivos recursos.

Com efeito, Barroso pondera que o entendimento anterior trouxe inúmeros casos de prescrição do direito de punir estatal, agravando, desta forma, a sensação de impunidade e o descrédito que a sociedade detém a respeito da justiça penal. Entende também, que ao artigo 5º, LVII, que trata do princípio da presunção de inocência, deve ser dada uma interpretação condizente com a realidade atual⁶¹, para garantir, dessa forma, a efetividade da justiça.

⁵⁹ Ibidem. p. 16-17

⁶⁰ Ibidem. p. 32 e seg.

⁶¹ De acordo com as palavras do ministro Luís Roberto Barroso, Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. BRASIL. STF: HABEAS CORPUS 126.292 SP. Relator: Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>> Acesso em: 10/07/2019. P.35

Nesse ínterim, o jurista acrescenta que deve ser feita uma ponderação entre o princípio da presunção de inocência e o da efetividade da lei penal em benefício da prevenção geral e específica e dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal. Nas palavras do ministro Barroso⁶²:

[...]Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade.

Percebe-se que o jurisconsulto fundamenta seu voto na premissa de que a prisão antes do trânsito em julgado é uma exigência de ordem pública e concretiza a efetividade da lei penal, da mesma maneira que consagra a prevenção geral e específica, sendo, na prática, um meio de coibir novos delitos, consagrando, com isso, um instrumento de segurança pública no combate à impunidade.

Também pronuncia o ministro que o princípio da presunção de inocência é superado, uma vez que a probabilidade de uma modificação de sentença advinda dos recursos especial ou extraordinário é quase nula.

Diante disto, Barroso aplica, como meio de ponderação, o princípio da proporcionalidade, para salvaguardar que o estado promova os direitos e garantias preceituados na CF/88. De acordo com o ministro Luís Roberto Barroso⁶³ “[...] A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes.” Ou seja, permitir que o réu fique retardando a sua condenação não só prejudica a proteção da ordem pública como também torna o direito penal ineficiente e sem credibilidade perante a sociedade, ampliando a sensação de impunidade.

Os próximos jurisconsultos a votar são Luiz Fux⁶⁴ e Gilmar Mendes⁶⁵, ambos se reportam ao sistema de recursos infundáveis utilizados pelo réu na busca da prescrição de sua condenação como forma de não ter sua liberdade cerceada. Gilmar Mendes pondera que a execução antecipada da pena é um instrumento de ordem pública. Salienta Fux que, interpretar o princípio da presunção de inocência de modo que o condenado, em segundo grau de apelação, não vá para prisão, não serve mais para sociedade.

⁶² BRASIL. STF: HABEAS CORPUS 126.292 SP. Relator: Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> Acesso em: 10/07/2019. p.40.

⁶³ Ibidem. p. 42.

⁶⁴ BRASIL. STF: HABEAS CORPUS 126.292 SP. Relator: Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> Acesso em: 11/07/2019. P.58 e seg.

⁶⁵ Ibidem. p. 63 e seg.

Nesse contexto percebemos que as motivações trazidas pela Suprema Corte para julgar o HC 126.292/SP configuram um típico caso de ativismo judicial às avessas, pelo qual o Poder Judiciário atua para além de suas competências previstas no texto constitucional e, com a finalidade de afastar uma de suas disposições expressas, alberga um direito fundamental de qualquer pessoa humana.

Por ativismo judicial, Agra⁶⁶ expõe “[...] vem a ser a forma como o Judiciário exerce atuação em uma seara que não era originalmente sua. Esclarece-se que a posição ativista seria aquela que ultrapassa os limites do Poder Judiciário, sem alicerce legal, invadindo as esferas dos poderes Legislativo e Executivo.”

Neste sentido, certo é que para o ativismo judicial encontrar a legitimidade no ordenamento ele precisa operar sob a ótica da proteção e garantia dos direitos fundamentais e não para negá-los. Neste entendimento, somente diante de uma lacuna na lei ou da omissão tanto do Legislativo quanto do Executivo em concretizar os direitos fundamentais preconizados na Magna Carta, o Poder Judiciário pode ser utilizado como um instrumento para efetivar esses direitos. Sendo assim, o Judiciário atuaria extrapolando sua competência, interpretando e aplicando os princípios esculpidos na nossa lei maior para atingir tal objetivo. Para Ávila⁶⁷ o ativismo judicial se desenvolve da seguinte forma:

[...] no caso do ativismo judicial, quando utilizado para preencher o vácuo deixado pelo legislador, supre de modo adequado e provisoriamente a omissão legislativa diante da ameaça ao não reconhecimento de direitos fundamentais na lide. Isso num primeiro momento não significa quebra do princípio da separação. É fato que os tribunais estão mais acessíveis ao cidadão que as demais instâncias políticas, sendo natural que esse recorra àqueles para a concretização de seus direitos individuais e coletivos. O que não se pode admitir é que o Judiciário negue a aplicação imediata desses direitos em oposição à ordem expressa do constituinte originário[...]

Como bem destaca Jacob⁶⁸ essa interferência atuante do Poder Judiciário deve obedecer ao texto constitucional, precisa ser realizada dentro seus limites e respeitar os princípios da inércia e da imparcialidade; sempre em prol do cidadão, que terá no ativismo mais um instrumento a seu favor para garantia de seus direitos quando a lei assim não

⁶⁶ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.656

⁶⁷ ÁVILA, André Cambuy. O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil. Caderno Virtual, v. 1, n. 1, 2012. p.18. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>> Acesso em: 05/10/2019.

⁶⁸ JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro. 2018. P.77. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/view/2590>> Acesso em: 15/08/2019.

dispuser. Ou seja, a intromissão do Judiciário em outra esfera de poder, jamais deve ser de ofício, quando permitida, deve ser desempenhada com prudência.

No caso da execução provisória da pena entendida pela Suprema Corte, não houve omissão e nem uma lacuna por parte do legislativo em relação à matéria que justificasse tal ativismo, dado que, a constituição é bem clara ao estabelecer que a prisão definitiva somente ocorre após o trânsito em julgado.

Todos os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) tem a incumbência de exercerem suas atividades em proveito da satisfação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais estão previstos no título II, artigo 5º da carta cidadã de 1988, do qual elenca um conjunto de direitos humanos positivados na nossa Lei Maior. Gonçalves⁶⁹ aponta que garantir a satisfação desses direitos a todos os cidadãos é que consagra a constituição como soberana. Ainda sobre os direitos fundamentais, Barcellos⁷⁰ atesta que:

[...] O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem, para o respeito e promoção de seus direitos, e não fins em si mesmos ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro.

Resta então esclarecer que, assim como o princípio da separação dos poderes, os direitos fundamentais através do estado democrático de direito também limitam o poder ou qualquer arbítrio que venha a ser exercido pelo estado. Entendimento este, que podemos retirar do artigo 16 da declaração dos direitos do homem e do cidadão, no qual estatui que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.”⁷¹

Desse modo, o Supremo viola sua função de guardião maior da Constituição⁷² ao utilizar argumentos extrajurídicos e objetivos próprios de outros poderes para negar eficácia ao comando constitucional.

Isso porque, usar a prisão de um acusado como forma de combater a insegurança, com a ideia de que, dessa forma, se “faz justiça célere”, de que está mitigando a sensação de impunidade, pela prevenção geral e específica, desestimulando, com isso, a reiteração e o

⁶⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p.319.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. NP.

⁷¹ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO - 1789. Universidade de São Paulo – USP. BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, 2019. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30/07/2019.

⁷² Art. 102 da CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...”. BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29/07/2019.

cometimento de novos crimes, nada mais é que se substituir o papel do Poder Executivo, como agente de segurança pública.

Citada função está expressamente disposta no artigo 144 da constituição que afirma⁷³: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio[...]” por meio dos seus órgãos (polícia federal, militar, civil e etc.)” para garantia da ordem pública e direitos dos cidadãos.

Assim, quando o STF afirma que vai prender um acusado, antes do momento constitucional permitido, para fins outros que não o de, simplesmente, julgar conforme o direito, há violação ao princípio em tela.

Não cabe, em substituição à fundamentação jurídica correspondente ao caso concreto, utilizar a grande quantidade de recursos existentes no ordenamento (algo que somente pode ser modificado pelo Legislativo), para justificar a restrição à liberdade de alguém.

Além disso, como afirma Renato Brasileiro⁷⁴, compete ao Judiciário identificar quando o réu está se utilizando dos recursos apenas com o intuito de retardar o processo, e com isso evitar que a sua pena se inicie. Caso isso ocorra, deve os tribunais ordenar a execução para que este tenha sua liberdade cerceada, por ter-se utilizado de forma irregular do direito de defesa e cometer uma violação ao princípio da cooperação.

O combate à impunidade, conforme observado, foi uma das alegações atribuídas pelo pretório excelso para dar legitimidade à execução provisória da pena. Entende-se por impunidade, a falta de imputação de uma sanção penal para aquele que violou a lei. Com isso, a punição não aplicada ao indivíduo transgressor da norma penal aos olhos da sociedade, gera uma sensação de insegurança social e um pessimismo em relação ao Poder Judiciário e sua forma de aplicar as leis.

Neste sentido assevera Sônia Maria⁷⁵:

A impunidade produz na população a desconfiança e o total descrédito na execução das leis. Esse descrédito, decorre da falha na aplicação de punições aos infratores, acaba por fomentar o cometimento dos mesmos delitos ou de novos por pessoas diferentes, e ainda estimula a reincidência.

⁷³ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02/08/2019.

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.50.

⁷⁵ PEREIRA, Sônia Maria Pires. GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: UM CAMPO DE DESAFIOS. 2018. p. 24. Disponível em: <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/handle/123456789/184>> Acesso em: 12/09/2019.

Outro fator bastante recorrente que aumenta a sensação de impunidade na população brasileira são os casos de corrupção (principalmente na política) que são noticiados quase que diariamente na mídia em geral, no qual, na maioria das vezes, os envolvidos saem impunes.

Aline Lemos⁷⁶ afirma que, ante a essa sensação de impunidade, faz crescer na população o desejo de justiça, tal como o pedido na elaboração de leis mais severas, visto que a impunidade, só faz crescer a violência e a criminalidade.

Ainda menciona a referida autora que os meios de comunicação muitas vezes sensacionalistas, aproveitam para inflamar esses anseios sociais, através da propagação do medo, insegurança, impunidade, exclusão, influenciando assim, o coro social:

Essas verdadeiras “pregações”, defendidas diariamente pelos apresentadores desses telejornais sensacionalistas, são a reprodução de teses sustentadas por movimentos ideológicos que incentivam o recrudescimento das penas impostas pelo Estado e/ou a supressão dos direitos humanos e das garantias individuais. Representam ideais de um sistema penal repressivo e intolerante como instrumento de controle social.⁷⁷

Salles e Brito⁷⁸ apontam que as consequências estabelecidas pela impunidade, vão além do aumento da criminalidade, prejudicam a paz social, trazem a insegurança, comprometem as instituições estatais, bem como atrasam o país, mantendo-o em um estado de estagnação e comprometendo, portanto, o seu desenvolvimento.

Na necessidade de dar uma resposta a este clamor social, o STF utiliza a execução provisória da pena como uma medida para combater a impunidade, porém, extrapolando suas funções típicas e atípicas, eis que se trata de argumento extrajurídico e afeta o núcleo de funções do Poder Executivo.

Também não se justifica que a aplicação da pena vai prevenir contra a prática delituosa, visto que estudos apontam que muitos são os fatores que levam alguém a infringir uma norma penal. Conforme vimos no primeiro capítulo, as penas eram severas, cruéis e mortais. Nem por isso, o ser humano deixou de violar as leis. Nas palavras de Vagner de Farias⁷⁹:

⁷⁶ FELIX, Aline Lemos. Sistema Penal e impunidade: os discursos midiáticos e a função punitiva no estado democrático de direito. 2017. p.28. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4427>> Acesso em: 12/09/2016.

⁷⁷ PEREIRA, Sônia Maria Pires. GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: UM CAMPO DE DESAFIOS. 2018. p. 29. Disponível em: <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/handle/123456789/184>> Acesso em: 12/09/2019.

⁷⁸ DE PAULA SALLES, Luiz Carlos; BRITO, Ronaldo Figueiredo. Impunidade: consequência da criminalidade no Brasil?. Saber Digital, v. 9, n. 01, p. 55-78, 2017. p. 74. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/SaberDigital/article/view/380>> Acesso em: 12/09/2019.

⁷⁹ DE FARIAS, José Vagner. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA AUTORIZADA PELO STF: AMPLIAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 11, n. 2, p. 21-42, 2018. p. 25-26. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15460>> Acesso em: 13/09/2019.

Não existe uma teoria geral dos motivos para a prática de crimes em geral, pois o crime de roubo cometido por pessoas tendo em vista a manutenção de vício é diferente do homicídio que ocorre por motivação de traição da vítima companheira ou da sonegação fiscal por um grande empresário. Todos são vistos como apenas como crime, porém cada um tem suas peculiaridades e motivações distintas.

Várias são as correntes que procuram explicar as razões para a prática de crimes. As teorias enfatizam o indivíduo, sob os aspectos biológicos (como a superada frenologia) ou psicológicos, outras com ênfase na sociedade, seja na pobreza, na desigualdade de renda, teoria do controle e cultura. Porém o discurso de combater a criminalidade apenas pela repressão é o que prevalece na sociedade, em especial nas campanhas sensacionalistas da mídia, sem que se faça um estudo sério sobre as origens dos crimes no Brasil.

Porém, o maior dilema do “punitivismo” é o ataque a direitos fundamentais e, em tempo de crises econômica e política, os mesmos ficam mais vulneráveis, já que a democracia é testada nesses momentos.

No tocante à eficiência do direito penal, Renato Brasileiro⁸⁰ aponta a mudança da norma penal como um meio de se admitir a execução provisória da pena. Para o autor, somente pela via legislativa, e não jurisdicional, seria possível legitimar o cumprimento antecipado da sanção penal condenatória de segunda instância.

Com base nessas informações, observa-se que a atuação do Judiciário no HC 126.292/SP, extrapola suas funções. Se o princípio da separação dos poderes visa coibir que o poder se concentre nas mãos de uma única esfera estatal, não pode o Judiciário intervir ativamente na competência de outro poder, nem tampouco dar interpretação distinta do que está prescrito no texto constitucional.

Chama à atenção as palavras de Barcellos⁸¹: “[...] o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados. [...]”

Desta forma, pode-se afirmar que houve uma violação do princípio tripartite da separação dos poderes por parte do Poder Judiciário, que, no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, decidiu a favor da possibilidade da execução antecipada da pena, extrapolando os limites de sua competência; baseando-se em fundamentos extrajurídicos de que tal medida protegeria os bens jurídicos tutelados pelo direito penal, combateria a impunidade, seria uma exigência de ordem pública, como também inibiria os membros da sociedade a não praticar crimes com base na certeza da aplicação da pena.

Vislumbra estabelecer, por fim, que a medida em questão, é mais um instrumento para ampliar um sistema punitivista judicial, em detrimento de direitos e garantias fundamentais constituídos na Magna Carta.

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 48 - 50.

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. NP.

Neste diapasão, certo é que ao concretizar o direito penal, é dever da Suprema Corte, mais que de qualquer outro órgão jurisdicional, observar os dispositivos previstos na constituição no tocante aos direitos fundamentais no qual estão elencados a vida, a integridade, a liberdade, a segurança, entre outros.

Destaca Greco⁸² que, para atingir o seu objetivo de obter um convívio social equilibrado, caberá ao direito penal salvaguardar os bens jurídicos previstos na Magna Carta, tornando-se um mecanismo além de coativo, protetor.

Para Capez⁸³ :

O Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e refreando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir, com método e ciência, o justo anseio social.

Mesmo na busca por uma adequação das mudanças sociais, em que a população anseia por um direito penal mais efetivo, que combata a impunidade, deve o legislador, ao elaborar as leis e o Judiciário ao decidir as demandas sociais, respeitarem os princípios e as normas constitucionais que norteiam os direitos fundamentais e, bem assim, aquelas que ao lado dos citados direitos, servem de fundamento ao Estado Democrático.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após séculos de transformações ao longo da história no modo de punir, a pena privativa de liberdade se tornou um dos principais meios de sanção da atualidade. No Brasil, a constituição e a normas infraconstitucionais estabelecem quais são as possibilidades em que o acusado possa ter sua liberdade cerceada, evitando desta forma que haja prisões arbitrárias.

À luz do que determina o nosso ordenamento, percebe-se não haver a possibilidade de punição antes do trânsito em julgado, apesar de, em um recente contexto histórico, ter se entendido de forma diferente pela Suprema Corte.

Se por um lado sua possibilidade traz sérias consequências no ordenamento jurídico brasileiro, por se apresentar como uma interpretação contrária ao texto constitucional e normas infraconstitucionais, por outro, o STF tenta revestir o crescente aumento da criminalidade de uma aparente legitimidade para justificar a sua viabilidade.

⁸² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. NP.

⁸³ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. NP.

A situação torna-se mais aguda caso identifique-se que a Suprema Corte comete o excesso de competências, interferindo em uma atribuição que pertence a outro poder, caracterizando assim, uma verdadeira ofensa ao princípio da separação dos poderes. O STF como guardião da Carta Magna deve garantir que todas as suas normas e princípios sejam cumpridos e não conferir uma interpretação contrária a ela.

É bem sabido que o poder judiciário pode atuar na garantia e defesa dos direitos fundamentais, uma vez que a própria constituição determina que o judiciário não deixará de apreciar ameaça ou lesão a direito. Este ativismo judicial, ao qual é conhecido, ocorre quando o estado não garante satisfatoriamente determinados direitos cabendo ao judiciário assegurá-los aplicando os princípios presentes na constituição.

Um dos fundamentos utilizados para justificar tal ativismo exercido pela suprema corte foi a de que estaria protegendo direitos como vida, segurança e propriedade. Acontece que a proatividade do STF na defesa desses direitos extrapola suas funções, a suprema corte antecipa a privação de liberdade contrariando o próprio texto constitucional.

Diante disso, a presente pesquisa extraiu o resultado de que houve uma violação do princípio da separação dos poderes, visto que a Suprema Corte utilizou-se de fundamentos extrajurídicos, alegando que o cumprimento antecipado da pena seria um meio de combate à impunidade, garantidor da ordem pública e instrumento para desestimular a prática de crime por meio da prevenção geral e específica. Com isso, houve uma invasão de competência do Poder Executivo, tal como modificou o sentido do texto constitucional. Das hipóteses apresentadas pode-se afirmar que o STF não pode substituir a função de segurança pública do administrador para possibilitar a execução provisória da pena como argumento para combater à impunidade.

O estudo mostrou-se complexo e interessante, com margens para novas pesquisas a respeito do tema. Sugere-se então, a análise do crescente ativismo judicial e a reserva do possível constitucional na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARRUDA, Ana Luiza Gardiman. **A PENA E A MORAL DO RESENTIMENTO EM NIETZSCHE**. Revista Pensamento Jurídico, v. 10, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/72>> Acesso em: 01/05/2019.

ÁVILA, André Cambuy. **O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil**. Caderno Virtual, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>> Acesso em: 05/10/2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/07/2019.

BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 27/07/2019

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça: Súmula nº 9**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>> Acesso em: 29/07/2019

BRASIL. STF: **HABEAS CORPUS 126.292 SP**. Relator: Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> Acesso em: 10/07/2019.

BRASIL. STF: **Súmula 716**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 03/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>> Acesso em: 02/08/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. volume I. parte geral: (arts. 1º a 120)** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8885>> Acesso em: 05/05/2019.

CIPRIANO, Bruno Rafael; FEISTLER, Ricardo. **CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSÍVEL SENSACÃO DE IMPUNIDADE IMPOSTA PELO JULGADO DO *HABEAS CORPUS* 84.078**. Travessias, v. 7, n. 1. Disponível em: <<http://saber.unioeste.br/index.php/travessias/article/view/8890>>. Acesso em: 12/08/2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

DE FARIAS, José Vagner. **EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA AUTORIZADA PELO STF: AMPLIAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 11, n. 2, p. 21-42, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15460> > Acesso em: 13/09/2019.

DE PAULA SALLES, Luiz Carlos; BRITO, Ronaldo Figueiredo. **Impunidade: consequência da criminalidade no Brasil?** Saber Digital, v. 9, n. 01, p. 55-78, 2017. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/SaberDigital/article/view/380>> Acesso em: 12/09/2019.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO - 1789. Universidade de São Paulo – USP. BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, 2019. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30/07/2019.

FELIX, Aline Lemos. **Sistema Penal e impunidade: os discursos midiáticos e a função punitiva no estado democrático de direito**. 2017. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4427>> Acesso em: 12/09/2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. - 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

FREIRE, Phablo; DA COSTA SANTOS, Álef. **O PAPEL DO STF NO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA, MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O JULGAMENTO DO HC 126.292**. Interfaces Científicas-Direito, v. 5, n. 3, p. 31-50, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/4277>> Acesso em: 13/08/2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120) volume 1 - 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HOFMEISTER, Carlos Freire et al. **A pena privativa de liberdade e a inclusão social do preso na perspectiva dos direitos humanos**. 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83442>> Acesso em: 05/05/2019.

JACOB, Muriel Amaral. **Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro**. STATUS LIBERTATIS, v.1, n.1, p.64-79, 2018. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/view/2590>> Acesso em: 15/08/2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único I**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. 1.856p.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAIA, Cleusa Aparecida da Costa. **A MEDIDA PROVISÓRIA ANTE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 2015. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/medida-provisoria-ante-separacao-dos-poderes-e-o-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 05/10/2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. Vol. 1. 11.ª ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

PEREIRA, Sônia Maria Pires. **GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: UM CAMPO DE DESAFIOS**. 2018. Disponível em: <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/handle/123456789/184>> Acesso em: 12/09/2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros/ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. São Paulo: Atlas, 2018.

STF. **HABEAS CORPUS: 119152** AC. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 02/09/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24120499/habeas-corp-hc-119152-ac-stf>>. Acesso em: 12/08/2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.