



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIA JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANDRÉ OLIVEIRA ABRANTES**

**ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS  
DESENCARCERADORAS AO PRESO PREVENTIVO**

**CAMPINA GRANDE  
2021**

ANDRÉ OLIVEIRA ABRANTES

**ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS  
DESENCARCERADORAS AO PRESO PREVENTIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)  
apresentado à Coordenação do Curso  
Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cynara de Barros Costa.

**CAMPINA GRANDE  
2021**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A161a Abrantes, Andre Oliveira.

Análise sobre a constitucionalidade da aplicação de medidas desencarceradoras ao preso preventivo [manuscrito] / Andre Oliveira Abrantes. - 2021.

32 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2021.

"Orientação : Prof. Dr. Cynara de Barros Costa , Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Prisão preventiva. 2. Efetividade da prestação jurisdicional. 3. Benefícios da execução penal. 4. Mora judiciária. I. Título

21. ed. CDD 345

ANDRÉ OLIVEIRA ABRANTES

**ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS  
DESENCARCERADORAS AO PRESO PREVENTIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)  
apresentado à Coordenação do Curso  
Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 04 / 06 / 2021 .

**BANCA EXAMINADORA**

*Cynara de Barros Costa*

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cynara de Barros Costa (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

*Ana Alice Ramos Tejo Salgado*

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Alice Ramos Tejo Salgado  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

*Rayane Félix Silva*

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Rayane Félix Silva  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Aos meus pais que com dedicação e esforço descomunal me forneceram condições para que pudesse concluir esta formação.

“Aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de conceder que a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, se deve promover.” (ROXIN, 2006, p. 3)

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>INSTITUTO DA PRISÃO PROVISÓRIA</b> .....	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Princípios aplicáveis às prisões cautelares</b> .....	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Alterações legislativas e jurisprudenciais recentes a respeito da prisão provisória</b> .....	<b>13</b>
<b>3</b>	<b>MOROSIDADE JUDICIÁRIA E EXCESSO DA PRISÃO PREVENTIVA</b>	<b>16</b>
<b>4</b>	<b>BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL</b> .....	<b>18</b>
<b>4.1</b>	<b>Termo inicial para obtenção dos benefícios da execução penal: exame da súmula 716 do STF</b> .....	<b>20</b>
<b>4.2</b>	<b>Aplicação análoga aos presos provisórios dos benefícios da execução penal antes da sentença em primeiro grau</b> .....	<b>21</b>
<b>5</b>	<b>APLICAÇÃO ANÁLOGA DO BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL AOS PRESOS PROVISÓRIOS À LUZ DA ADPF 347</b> .....	<b>24</b>
<b>5.1</b>	<b>O reconhecimento do ECI e a sua relevância para a aplicação de privilégios desencarceradores durante a prisão sem pena</b> .....	<b>27</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>28</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>30</b>



## ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS DESENCARCERADORAS AO PRESO PREVENTIVO

### ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE APPLICATION OF FREEDOM MEASURES TO PREVENTIVE PRISONERS

ANDRÉ OLIVEIRA ABRANTES<sup>1</sup>

#### RESUMO

A prisão é o último recurso que deve ser utilizado pelo Estado e por isso, muitos autores a ela se referem como a *ultima ratio*. Para a sua imposição, quando de natureza punitiva, é imprescindível a certeza da materialidade e autoria do delito, fundamentadas em sentença transitada em julgado. Contudo, o legislador elaborou requisitos que, uma vez preenchidos, permitem a decretação preventiva da prisão, pois muitas vezes será o único meio viável para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Ocorre que a flexibilidade e subjetividade de seus requisitos permitem que sejam aplicadas imoderadamente. Ainda pior: a duração da medida se estende indefinidamente até que se conclua o processo penal, que pode durar anos e isto se dá em razão da ausência de termo final para esta hipótese de encarceramento. Nessas circunstâncias, a legislação e a jurisprudência vêm avançando no sentido de garantir medidas menos constritivas e com duração delimitada. Por meio do método exploratório e com base na pesquisa bibliográfica, o presente trabalho tem por objeto analisar a viabilidade da aplicação análoga dos benefícios próprios da execução penal aos presos provisórios como meio de solucionar os danos oriundos da mora judiciária e da omissão do prazo de duração da medida cautelar de prisão. Após este levantamento, observou-se que beneficiar o preso preventivo com possibilidades desencarceradoras como as da execução penal antes mesmo que tenha condenação em juízo de primeira instância, é meio viável para garantir a razoabilidade da extensão da medida.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Efetividade da prestação jurisdicional. Benefícios da execução penal. Mora judiciária.

#### ABSTRACT

Prison is the last recourse that should be used by the State and for this reason, many authors refer to it as the ultimate ratio. For its imposition, when of a punitive nature, it is essential to be sure of the materiality and authorship of the crime, based on a final and unappealable sentence. However, the legislator has developed requirements that, once fulfilled, allow for the preventive decree of imprisonment, as they will often be the only viable means to guarantee the effectiveness of judicial surrender. It turns out that the flexibility and subjectivity of their requirements allow them to be applied immoderately. Even worse: the duration of the measure extends indefinitely until the criminal process is concluded, which can last for years and this is due to the absence of a final term for this hypothesis of incarceration. In these circumstances, legislation and advanced jurisprudence are advancing in order to guarantee less constrictive measures with limited duration. Through the exploratory method and based on

---

<sup>1</sup> Aluno de graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, Campus I, Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, E-mail: andrearbrantes98@gmail.com.

bibliographic research, the present work aims to analyze the feasibility of applying by analogy the benefits of criminal execution itself to pre-trial detainees as a means of solving damages arising from judicial arrears and the omission of the term of duration of the precautionary measure of imprisonment. After this survey, it was observed that the pre-trial detainee with the penalizing possibilities of criminal execution even before he was convicted by first instance judges, is a viable means to guarantee the reasonableness of the extension of the measure.

**Keywords:** Pre-trial prisoners. Effectiveness of jurisdictional provision. Benefits of criminal enforcement. Delays in court.

## 1 INTRODUÇÃO

A utilização exacerbada da medida cautelar de prisão durante a persecução criminal e o seu prazo indeterminado consoante a omissão legislativa, proporciona a violação dos direitos fundamentais do acusado, notadamente os direitos e garantias constitucionais relativos à liberdade de locomoção e à presunção da inocência. Provoca, ainda, impactos que vão além do abuso da aplicação e duração da medida, mas que sujeita o acusado à situação desumana sobre a qual se estrutura o sistema prisional brasileiro.

O contexto histórico mostra que o legislador e o poder judiciário têm caminhado no sentido de impedir a banalização da prisão cautelar. Todavia, os levantamentos realizados pelos órgãos estatais responsáveis pela administração da justiça e do sistema penitenciário no Brasil, demonstram números que expressam a realidade negativa da persecução criminal e da condição do preso provisório.

A situação do detido cautelar é ainda mais grave quando observado que este não goza de qualquer benefício despenalizador em decorrência da omissão legislativa neste sentido. Em razão disso, é possível afirmar que a sua condição é mais prejudicial que a do próprio condenado, uma vez que estes últimos podem usufruir das garantias da execução penal flexibilizadoras do cárcere, após cumpridos determinados requisitos. Enquanto que, para o preso provisório, a única possibilidade de ter a sua liberdade reintegrada é por meio de decisão judicial que reconheça que as condições que ensejaram a medida deixaram de existir, independente do tempo que dure a sua condição de encarcerado cautelar.

Com isto, pode-se auferir que na maioria das vezes, a flexibilização da medida preventiva estará condicionada a decisão de primeiro grau, quando então terá o acusado a absolvição decretada ou, caso condenado, poderá gozar de algum benefício da execução penal, isto se já não tiver cumprido a pena que lhe for imputada. Portanto, o estopim dessa disfunção da cautelar reside na morosidade do processo penal, que costuma se estender por um penoso e longo período. Se a prestação jurisdicional se realizasse em tempo razoável, não haveria que se falar em excesso de duração da prisão preventiva.

Ao enfrentar essa adversidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os direitos da execução penal são devidos ao preso provisório a partir da primeira sentença condenatória. Entretanto, nota-se que foi esquecida a situação da morosidade do judiciário durante a primeira instância. Porém, é justamente nesta fase processual em que o trâmite é mais demorado.

Mediante esse cenário, emerge a problemática do presente estudo. A mercê da decisão de mérito pelo juízo de primeiro grau, a manutenção da preventiva, em

regra, acaba se arrastando até que seja tomada tal providência, o que transforma os presídios em verdadeiras salas de espera pelo provimento judicial.

Como enfrentamento ao problema, abordar-se-á a possibilidade de aplicação analógica dos benefícios da execução penal para abranger o indivíduo cautelarmente recluso e lhe garantir a liberdade que seria devida caso já fosse considerado culpado em primeira instância. Assim, prestigia-se o princípio da presunção da inocência e da aplicação da sanção prisional como *ultima ratio*. Esta providência evitaria o excesso da prisão provisória no início da persecução penal, bem como impediria os danos decorrentes do encarceramento somados à demora do poder jurisdicional.

O objeto da pesquisa se justifica em razão dos seus reflexos jurídicos, que primam pelos direitos constitucionais dos presos cautelares frente ao quadro de violação massiva dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, traz discussão que envolve grupo de minoria qualitativa, vítimas das falhas estruturais e falência das políticas públicas e que, em razão do estigma social que lhes recai, sofre com a ausência de motivação dos poderes políticos para resolver o problema.

Para o desenvolvimento deste estudo foi utilizado o método exploratório. A elaboração e as conclusões tiradas da pesquisa são frutos do levantamento bibliográfico e documental, portanto, foram analisados livros e revistas jurídicas, além das legislações e jurisprudências pertinentes ao tema abordado e que discutem a problemática que está ao seu entorno.

## 2 INSTITUTO DA PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão é medida constritiva de liberdade que pode ser aplicada à pessoa natural em algumas situações. Uma das principais aplicações desta imposição se dá em decorrência de sentença criminal condenatória transitada em julgado e, nesta hipótese, trata-se de prisão-pena, verdadeira medida satisfativa que corresponde a uma resposta do Estado ao delito cometido. (TÁVORA, 2017. p. 891)

Uma vez consagrado na ordem Constitucional brasileira o princípio da não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção fosse possível apenas por força de título judicial executável, em decorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, por vezes, será necessário que no curso da persecução penal ou da investigação, para amenizar os riscos de situações que comprometam a prestação jurisdicional, seja decretada a prisão do acusado ou réu mediante uma necessidade devidamente fundamentada em decisão ou, em razão de flagrante delito. (BRASILEIRO, 2020. p. 974. TÁVORA, 2017. p. 891)

A prisão sem pena denomina-se “prisão cautelar” e é efetuada durante a persecução criminal, ainda na fase do inquérito ou durante o trâmite processual. No presente capítulo, será abordada a conceituação das espécies de prisões provisórias que se dividem em: a) prisão em flagrante; b) prisão temporária; c) prisão para fins de extradição; d) prisão por transgressão ou crime militar; e) prisão preventiva.

O flagrante é uma das espécies de prisão sem pena, que se dá em razão da constrição da liberdade quando o agente ainda está na prática dos atos executórios ou logo após cometê-los. Esta modalidade permite que se faça cessar imediatamente a transgressão com a prisão do agressor. Também poderá ocorrer devido ao autor do fato criminoso, ter sido perseguido logo após o crime em situação que faça presumir a autoria da infração – flagrante impróprio – ou, quando o agente

é preso com instrumentos do crime, logo depois do ilícito - flagrante presumido. (TÁVORA, 2017. p. 905-906)

Já a prisão temporária, regulamentada pela Lei 7.960/1990, também com natureza cautelar, pode ser imposta durante as investigações perpetradas no inquérito policial ou quando ordenadas na fase processual. Recebe esse nome por ser estabelecida por prazo determinado de, no máximo, cinco ou trinta dias (nos casos de crimes hediondos), ambos prorrogáveis por igual período. A sua decretação é cabível apenas em casos de crimes específicos previstos na legislação própria e depende de decisão judicial mediante a representação da autoridade policial ou do Ministério Público. A medida é indicada quando for imprescindível para o êxito das investigações ou, na ausência de residência fixa do indiciado ou, quando este não puder ser identificado. (TÁVORA, 2017. p. 944-949)

Outra espécie de medida restritiva é a prisão para assegurar a excoatoriedade da extradição, que, em princípio, era aplicada como mera consequência do processo de cooperação jurisdicional. Com a evolução da jurisprudência, passou a estar condicionada à observância dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do CPP, ganhando natureza de verdadeira prisão cautelar. Este entendimento restou consolidado com a entrada em vigor da Lei de Migração, que determinou que sua decretação depende do requerimento do Estado interessado na extradição, conjunta ou previamente à formalização do pedido. Esta modalidade de prisão também tem prazo determinado, e não pode ser superior a 60 dias. No caso de o processo de extradição durar mais que esse período, o preso extraditando deverá ser posto em liberdade. (BRASILEIRO, 2020. p. 968-970)

Mencione-se ainda a possibilidade constitucional da prisão extrapenal em razão da transgressão militar, e a prisão em decorrência do cometimento de crime propriamente militar, de caráter penal. Com características de encarceramento sem pena, essas duas prisões ocorrem antes mesmo do início da fase processual, e são efetuadas pela autoridade administrativa militar com fundamento artigo 5º, da Constituição<sup>2</sup>. A primeira tem finalidade puramente administrativa em prol da manutenção da ordem e disciplina exigida aos militares. Contudo, a prisão militar decorrente da suspeita de crime corporativo tem caráter penal, e o indivíduo recolhido à prisão deve ser apresentado à autoridade judicial para averiguação da necessidade de manutenção da medida, o que se dá com base nos requisitos da prisão preventiva. (BRASILEIRO, 2020. p. 970-973)

Por último, no segmento das prisões processuais, a decretação da prisão preventiva é a modalidade mais ampla do ordenamento brasileiro, pode ser decretada mesmo antes da instauração do inquérito policial, quando os elementos investigativos indicarem cumprimento dos requisitos legais. Porém, trata-se de uma providência de urgência fundada na suspeita da existência de crime e indícios suficientes de sua autoria (*fomus comissi delicti*), e/ou no perigo que a liberdade do acusado pode causar para o processo ou para a ordem pública (*periculum libertatis*). Contudo, são medidas precárias, que devem ter a sua utilização reduzida ao mínimo possível, pois, apesar de se tratar de um mal necessário que ainda não podemos prescindir, a prisão é medida deletéria, principalmente quando imposta ao acusado anteriormente à sentença condenatória. (BRASILEIRO, 2020. p. 973. LOPES, 2017. p. 61-62)

---

<sup>2</sup> Art. 5º. LXI. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.** (grifo nosso)

O presente trabalho tem como objeto de estudo esta última modalidade de prisão cautelar, dado que a subjetividade de seus requisitos e flexibilidade no prazo de duração fazem com que a sua aplicação seja efetuada com abusos, submetendo os indivíduos a diversas violações de direitos fundamentais. Em especial, será analisada a ausência de aplicação de benefícios análogos ao da execução penal aos presos provisórios, principalmente, antes da primeira sentença judicial, omissão legislativa e jurisprudencial que faz com que o preso preventivo esteja submetido à vontade do Estado e do julgador, o que, não raras vezes, acarreta na antecipação de eventual pena do acusado. Nesse sentido, tem-se a posição de LOPES:

Infelizmente, as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. (LOPES, 2017. p. 29)

A constrição da liberdade individual de locomoção deve ser aplicada como *ultima ratio*, ainda mais quando levada em consideração a situação carcerária no Brasil. Presídios superlotados é apenas um dos males dos estabelecimentos prisionais. As condições sub-humanas às quais estão sujeitos os encarcerados, tornam nítido o quadro de violação dos direitos constitucionais desta população esquecida pelo Estado. Não é demais se pensar em medidas que tornem o quadro menos calamitoso, ainda mais quando se fala em presos que têm ao seu favor o princípio constitucional de presunção de inocência.

## 2.1 Princípios aplicáveis às prisões cautelares

Os princípios são os ideais centrais de um sistema que lhe dão sentido lógico, mas, diferentemente das regras, não prescrevem uma exigência elaborada para ser aplicada em situações específicas. Portanto, têm caráter genérico e são necessariamente aplicados a todos os casos como garantia mínima. Especificamente na matéria das prisões cautelares, são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão processual em simultaneidade ao princípio geral da presunção de inocência. (LOPES, 2017. p. 21)

O princípio da jurisdicionalidade, disciplina que qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal deve estar condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, ainda que posteriormente a sua aplicação, como se dá no caso da prisão em flagrante. A não apreciação da medida pelo magistrado implica seu relaxamento. Isto se dá pela necessidade de promover as garantias mínimas do contraditório e ampla defesa ao acusado, contra quem se aplica a medida cautelar, relacionando-se com o princípio do devido processo legal<sup>3</sup>. Aclama, também, a premissa da individualização da prisão - não somente a individualização da pena. (BRASILEIRO, 2020. p. 933-934)

Mencionou-se que é necessário a presença dos requisitos *fomus commissi delicti e periculum libertatis* para a manutenção ou decretação da prisão provisória, mas esses pressupostos devem ser atuais, não se admitindo que vigore esta constrição da liberdade quando se tratar de perigo passado, futuro ou incerto,

---

<sup>3</sup> Art. 5º LIV, da CF. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

consoante preceitua o princípio da provisionalidade. Desta feita, a prisão preventiva é situacional, ou seja, tutela uma situação fática presente. Não comprovada esta contemporaneidade, a prisão se torna infundada e desnecessária, portanto, ilegal. Este princípio está consolidado no código processual, e permite ao juiz revogar a medida cautelar ou substituí-la sempre que cessarem os seus motivos, bem como poderá novamente decretá-la, desde que surja a necessidade<sup>4</sup>. (LOPES, 2017. p. 24-25)

O princípio anterior guarda estrita ligação com a característica de precariedade da prisão provisória, visto que o seu caráter instrumental implica a temporariedade desta restrição, que deve ser de breve duração, levando em conta um cenário de celeridade processual. Entretanto, diferentemente da prisão flagrante e temporária, não há determinação de prazo de duração da prisão preventiva, o que lhe torna suscetível a excessos, não só na sua aplicabilidade, mas também quanto à sua extensão.

A controvérsia acerca do tempo máximo da prisão preventiva, veio à baila com o projeto de Lei nº 4.208/2001, que trazia dispositivo determinando a duração máxima desta prisão, que não poderia ultrapassar 180 dias em cada grau de jurisdição, no entanto, a norma acabou vetada na promulgação da Lei nº 12.403/2011. (LOPES, 2017. p. 25-27)

Em discussão mais recente, a Lei nº 13.964/2019, introduziu o prazo de 60 dias para a revisão da referida medida, o que já representa grande avanço para a concretização da provisoriedade da prisão.

Por fim, a proporcionalidade elenca que o poder público não pode agir imoderadamente. Este princípio adverte que a prisão preventiva deve ser adotada em casos estritamente necessários, como medida de excepcionalidade, devido aos males do encarceramento. Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão é a ingerência mais gravosa, aplicando-se aos casos em que seja imprescindível para a segurança do processo, além de que, deve corresponder a única medida cabível para este fim. Portanto, impõe-se ao magistrado o uso da ponderação na avaliação dos benefícios processuais, e malefício do cárcere sobre o acusado. (BRASILEIRO, 2020. p. 937-940)

É nesta ponderação de valores que reside a legitimação da prisão cautelar como medida de *ultima ratio* para garantir a eficácia da persecução criminal. Caso a sua imposição implique consequências danosas maiores que o provimento processual, a prisão perde o seu caráter instrumental, tornando-se medida de caráter punitivo.

## **2.2 Alterações legislativas e jurisprudenciais recentes a respeito da prisão provisória**

A problemática da prisão cautelar trouxe importante debate jurídico que deságua na busca pelo legislador em limitar a aplicação da prisão processual apenas aos casos em que haja estrita necessidade, ao passo que almeja garantir, também, maior segurança ao processo penal, evitando a perda do objeto da persecução criminal. Neste sentido, efetuaram-se modificações legislativas que reforçam a tendência de que a prisão deve ser considerada medida excepcional.

---

<sup>4</sup> Art. 282. §5º do CPP. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobreviverem razões que a justifiquem.

A partir do ano de 2011, o legislador reformou completamente o capítulo III do CPP, que versa acerca da prisão preventiva, uma vez que todos os seus artigos sofreram alterações. Uma das mais relevantes mudanças operadas no ordenamento brasileiro, foi a promulgação da Lei nº 12.403/2011, que trouxe pertinente inovação no que diz respeito às medidas cautelares alternativas à prisão. Antes desta Lei, havia o que a doutrina denominou de “bipolaridade cautelar”, isto porque apenas era possível que o acusado respondesse ao processo ou preso cautelarmente, ou em liberdade provisória com algumas obrigações. Essa limitação de opções processuais não protegia o acusado, tampouco, o processo penal, assim, tanto a prisão cautelar era aplicada temerariamente, como o processo muitas vezes era ineficaz. (BRASILEIRO, 2020. p. 931)

Com o advento da referida Lei, alterou-se o artigo 319 do CPP<sup>5</sup> para ampliar o rol das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, o que deu ao juiz da causa a possibilidade de tomar escolhas mais ajustadas, concretizando-se o princípio constitucional de individualização da pena, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes ao encarceramento. Com isso, a prisão cautelar passou a ser adotada apenas quando não for possível substituí-la por outra medida. (BRASILEIRO, 2020. p. 932. HAMRA, 2015. p.19)

Em consonância com o pensamento legislativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidou que, uma vez aplicada a prisão cautelar, deverá o julgador fundamentar o que levou à não aplicação das demais medidas cautelares, não bastando a fundamentação apenas da necessidade de imposição da restrição da liberdade<sup>6</sup>.

Ainda na esteira da evolução trazida pela Lei nº 12.403/2011, esta regulamentou que a prisão em flagrante tem termo final 24 horas após sua efetivação. Neste íterim, deve o preso ser apresentado à autoridade judiciária, que poderá tomar as seguintes medidas: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes seus requisitos e; c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Deste modo, vedou-se a possibilidade de excesso durante a prisão em flagrante, dando obrigatoriedade às autoridades judiciárias de submeter o preso à audiência de custódia no prazo de 24 horas. Apesar de a prática mostrar que nem sempre esse prazo é cumprido, esta regulamentação foi relevante para a diminuição do número de presos provisórios.

---

<sup>5</sup> Art. 319 do CPP. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

<sup>6</sup> ADPF/347. Rel. Ministro Marco Aurélio. Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando: a) aos juízes e tribunais - que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Complementarmente, a mais recente modificação massiva no CPP, trazida pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), regulamentou que a conversão da prisão em flagrante na prisão preventiva - ou a decretação de qualquer medida cautelar - dependerá de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público<sup>7</sup>. A nova redação prestigia o sistema acusatório vigente no processo penal brasileiro, que determina ao juiz abster-se de promover atos de ofício, sob pena de comprometer a imparcialidade do magistrado. (BRASILEIRO, 2020. p. 947)

Ainda na esteira desta Lei, buscou-se a desafetação do acusado pela aplicação das prisões provisórias. Nestes termos, incluiu-se o parágrafo único ao artigo 316 do CPP, disciplinando que: a prisão provisória deverá ser revisada a cada 90 dias pelo órgão que a decretou e, em caso de manutenção da medida, a decisão deverá estar pautada na necessidade da continuidade da prisão, sob pena de se tornar ilegal.

No mesmo segmento, procurou retirar o estigma de que a prisão provisória seria a resposta imediata ao crime como demonstração de presteza do Estado em punir o criminoso, pois introduziu expressamente ao código processual a sua finalidade instrumental. Desta feita, dispôs que sua aplicação não se dá em decorrência da mera instauração da investigação ou pelo simples recebimento da denúncia, tampouco se trata de antecipação de cumprimento de pena<sup>8</sup>, pois, se assim o fosse, estaria comprometida a ordem constitucional, por quebra ao princípio da presunção de inocência.

Vê-se que a busca por soluções alternativas à privação total da liberdade provisoriamente é incessante e obteve considerável avanço. O pensamento legislativo e jurisprudencial tem evoluído no sentido de adotar opções que representem um meio termo do processo penal mediante a adequação ao caso concreto, não se aplicando os extremos da prisão ou da liberdade. Nesse progresso legislativo, prestigia-se, além do princípio constitucional da presunção da inocência, a efetivação do sistema acusatório que vige no processo brasileiro e, principalmente, a individualização da prisão, com medidas que demonstram proporcionalidade entre a constrição do direito pessoal do acusado e a situação fática, de acordo com o crime que lhe é imputado.

Ocorre que a constituição legal de direitos não acarreta necessariamente a sua concretização prática. É bem verdade que a legislação trouxe inovações deveras importantes, mas a banalização do direito penal, mormente em uma sociedade caracterizada pelos jargões extremistas dos discursos político-sociais, clama por uma “justiça” penalizadora, em que a prestação jurisdicional criminal apenas estará satisfeita com o encarceramento do acusado. (LOPES, 2017. p. 22)

Nessa linha de raciocínio, vê-se a intensificação no debate social e jurídico da teoria do “Direito penal do inimigo”. Defendida por Gunther Jakobs, ela atribui ao direito penal a função de assegurar o império das normas. Segundo essa corrente, aquele que se desvia do cumprimento da Lei, deve ser combatido como inimigo. O pensamento afirma que o Estado deve responder ao crime de forma intensa e célere, o que não implica necessariamente na concretização da justiça, pois permite a flexibilização de garantias e direitos fundamentais. Assim, a ideiação do direito

---

<sup>7</sup> Art. 282, §2º do CPP. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

<sup>8</sup> Art. 313, §2º do CPP. Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.



penal, na sociedade moderna, passa por turbulenta fase que caminha no sentido oposto da busca pelo legislador em solucionar os problemas do encarceramento precoce. (CUNHA, 2020. p. 36)

Ademais, apesar de materializada intensa reforma no sistema das prisões provisórias, trazendo o reconhecimento dos excessos na aplicação e duração dessas medidas, ainda há omissão legislativa e jurisprudencial no que concerne a aplicação de benefícios aos presos preventivos que proporcione a flexibilização do cárcere para se evitar o excesso da medida. Semelhante ao que ocorre quanto a aplicação dos benefícios da execução penal aos condenados, que podem angariar o regime semiaberto, aberto ou até mesmo o livramento condicionado à certas obrigações. Entretanto, a discussão acerca desta possibilidade é deveras precária, inexistindo expectativas para que tal previsão venha a ser efetivada na seara jurídica.

### 3 MOROSIDADE JUDICIÁRIA E EXCESSO DA PRISÃO PREVENTIVA

O cometimento de um crime (ou a sua suposição) gera um litígio em que se tem, de um lado, o Estado, interessado na defesa do bem-estar social e na promoção da justiça, e, de outro, o indivíduo, a quem se imputa a autoria delitiva. A formação desta lide, reclama a intervenção do poder judiciário, competente em dar provimento à pretensão de uma das partes ou ambas, total ou parcialmente. O processo, até a efetiva prestação jurisdicional, é composto por procedimentos que garantem às partes direitos e deveres, de modo que possibilite ao magistrado competente conhecer a verdade real, para ao final, aplicar a imperatividade da lei de forma justa. (TÁVORA, 2017. p. 45-47)

Com efeito, o processo penal é o meio pelo qual se confere efetividade ao direito penal material. Neste diapasão, a presteza processual está relacionada à análise do mérito que se discute de forma célere e eficaz, o que se resume na aplicação do melhor direito ao caso, no menor espaço de tempo possível. A Constituição Federal, elenca como direito fundamental individual, a garantia à um julgamento em prazo razoável<sup>9</sup>. Portanto, é inconcebível que o processo se estenda demasiadamente, ainda que o réu esteja solto, pois como elenca a doutrina de Aury Lopes Júnior, quando o processo atinge o limite da duração razoável, se torna, *per sí*, uma pena, ainda mais na esfera penal, em que a investigação criminal traz verdadeiro estigma sobre a figura do acusado. (LOPES, 2020. p. 108)

Para tanto, afóra os procedimentos especiais, o CPP/41 prescreveu diferentes ritos processuais comuns que se aplicam a depender da pena máxima cominada ao crime que se imputa, com a premissa de tornar mais veloz o desfecho processual, principalmente nos casos de crimes de menor gravidade, mediante o aprazamento de determinados atos processuais<sup>10</sup>. Contudo, são impróprios os prazos aos quais estão submetidos os magistrados, isto é, servem apenas como parâmetro para a prática do ato, mas o seu descumprimento não suscita qualquer sanção, fator que leva a dilação processual desmedida. (LOPES, 2020. p. 112)

A ineficácia dos prazos, aliada a fatores como a complexidade dos casos, a alta demanda judicial e a falta de pessoal em determinadas comarcas, influi para que o processo se estenda demasiadamente. Ademais, não há qualquer menção legislativa que delimite a duração máxima do processo penal. Na última pesquisa

---

<sup>9</sup> Art. 5º. LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>10</sup> Artigos 400; 411, §9º; 412; 531 do CPP.

realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, apurou-se que o processo criminal no Brasil, do seu início até a baixa processual na fase de conhecimento - do início do processo até o início da execução ou até a remessa do processo em grau de recurso -, tem duração média de 4 anos e 1 mês, considerando os números apenas da justiça estadual, segmento que representa 91,4% dos litígios criminais no poder judiciário. Como dito, o cenário piora devido ao congestionamento de processos: no ano de 2019, ingressaram 1,6 milhões de novos litígios penais no judiciário, culminando em uma demanda judicial 70% superior à sua capacidade de processamento<sup>11</sup>.

Ao lado da ausência de prazo máximo para a duração do processo, não existe nada em termos de limite temporal da prisão preventiva. Isto associado ao abuso na aplicação desta cautelar resulta em excessos também quanto à duração da medida, sujeitando o acusado ao cárcere por tempo indeterminado, enquanto aguarda ao menos a sentença de primeiro grau. Por óbvio, se os processos tramitassem a passos rápidos, não haveria que se falar em excessos na prisão preventiva. Trata-se, portanto, de uma relação de causa e consequência. (LOPES, 2017. p. 26)

Neste seguimento, a constrição da liberdade preventivamente é diligência que pode ser adotada a qualquer momento. Posto isto, e com base no dado de que o judiciário demora mais de 4 anos da inicial até a remessa dos autos ao grau recursal ou para a execução, é bem provável que o imputado preso preventivamente, percorra todo esse longo período submetido ao cárcere preventivo, sem ter ao seu favor qualquer benefício de execução penal, mesmo quando ainda vigora a presunção da sua inocência.

Estes indicativos não são mera especulação, pois coincidem com o alarmante quantitativo de presos provisórios nos cárceres brasileiros, o que aponta a aplicação da cautelar de prisão como uma regra, em contra senso à máxima da excepcionalidade do encarceramento. Os presos provisórios correspondem a 30,15% do total da população carcerária no Brasil, isto é, cerca de  $\frac{1}{3}$  dos presos aguardam o trânsito em julgado de suas condenações ou, sequer já tiveram contra si a prolação de alguma sentença condenatória. No país em que se estima uma superlotação prisional superior a 50% e se tem um custo exorbitante com este sistema, adotar outras medidas que não ensejem a prisão processual ou alternativas que evitem a duração excessiva destas, seria importante assistência na amenização da problemática do cárcere<sup>12</sup>.

A vista grossa de todas as violações às garantias fundamentais individuais, que decorrem do extenso curso do processo penal e do excesso de prazo das custódias provisórias, permanecem operantes as súmulas 52 e 21 do STJ, com os seguintes enunciados:

Súmula 52 do STJ - Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo. (terceira seção, julgado em 17/09/1992, DJ 24/09/1992)

---

<sup>11</sup> Os dados apresentados são os mais recentes fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e refletem o cenário de 2019. Os dados estão disponíveis em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 19/05/2021

<sup>12</sup> Os dados apresentados são os mais recentes fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional e refletem o cenário de janeiro a junho do ano de 2020. Os dados estão disponíveis em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>> Acesso em: 19/05/2021.

Súmula 21 do STJ - Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constringimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução. (terceira seção, julgado em 06/12/01990, DJ 11/12/1990)

As referidas súmulas antecipam o fim do processo penal, o que é incompatível com o direito constitucional à razoável duração do processo, visto que o reduz ao direito à razoável duração da instrução. Em momentos oportunos a jurisprudência do STJ, em interpretação com sentido contrário às súmulas, deu provimento ao RHC 20.566-BA, ordenando que o réu preso aguardasse o julgamento em liberdade, mesmo após já encerrada a instrução criminal, sob o fundamento de que o término da instrução não põe fim ao processo<sup>13</sup>. (LOPES, 2017. p. 26)

No entanto, as súmulas ainda necessitam de uma revisão crítica que discuta a sua constitucionalidade, o que, por silogismo, conduziria à superação de seus enunciados. Além do mais, estes entendimentos contrariam a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Brasil em seu Ordenamento, por meio do Decreto 678/1992. Entretanto, enquanto não ocorre a supressão destas súmulas, na prática, elas continuam sendo utilizadas pelos Tribunais para embasar a negativa ao pleito pela liberdade do acusado.

A mora do poder judicial, somada aos mais diversos motivos que desaguam na transgressão aos direitos fundamentais constitucionais do acusado, demonstram a necessidade de se pensar limites para a extensão da prisão preventiva. É neste sentido que se discute a aplicação por analogia dos benefícios da execução penal aos custodiados processuais, como meio pelo qual seja aplicada as garantias mínimas concernentes ao direito de liberdade de locomoção, mesmo quando o processo e a prisão preventiva exceder a linha do razoável e se tornar ilegal.

#### **4 BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL**

A Lei penal estatui algumas normas despenalizadoras com o propósito de atingir o seu fim de reeducar o encarcerado e introduzi-lo na sociedade, livre do crime. Neste contexto de amenização das consequências da pena, o legislador elaborou uma conjuntura de regras que salvaguarda a liberdade de locomoção do indivíduo, em detrimento do direito estatal de punir, tanto na fase processual inicial, como na executória.

Portanto, como dedução lógica da individualização da pena, emerge o princípio da individualização executória. Isto implica que o cumprimento da sanção penal, deverá ser acompanhado individualmente e o sujeito encarcerado terá a oportunidade de reaver seu direito à liberdade, com maior ou menor independência, a depender do benefício que fizer jus, desde que cumpra os requisitos previamente estipulados pela lei penal.

Nessa esteira, mostra-se necessário, antes de adentrar no estudo da aplicabilidade desses benefícios ao preso preventivo por analogia, abordar os seus conceitos. Portanto, em seguida, serão apresentadas as descrições dos institutos da progressão e remição da pena, livramento condicional e saída temporária. Deixou-se

---

<sup>13</sup> RHC 20.566-BA. PRISÃO PREVENTIVA. SÚMULA.52-STJ. A Turma deu provimento ao recurso em habeas corpus porque o recorrente, preso a mais de três anos, aguarde em liberdade julgamento processo mediante compromisso comparecer a todos os atos do processo para os quais for chamado. Isso no entendimento de que, ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo diante a garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, com a reinterpretação da Súmula.52-STJ à luz da EC nº 45/2004.

de lado o indulto, a graça e a anistia, pois se tratam de benesses concedidas, exclusivamente, por mera liberalidade, respectivamente, do Presidente da República ou do Congresso Nacional.

A legislação penalista estabelece que a pena será cumprida conforme um sistema progressista. A progressão é uma medida de política criminal que serve, de um lado, como estímulo ao condenado durante o cumprimento da pena, e de outro, como meio para a obtenção da finalidade reeducadora da prisão. Por meio deste benefício é admissível que o preso passe a cumprir pena em regime menos rigoroso ao qual iniciou e, paulatinamente, galgar a sua reinserção no convívio social. Para a concessão dessa benesse, é exigido que o preso apresente bom comportamento - requisito subjetivo - e tenha cumprido determinado percentual da pena que lhe foi atribuída, considerando algumas particularidades do caso. (GRECO, 2017. p. 644. CUNHA, 2020. p. 564)

Por seu turno, a remição, instituto de política criminal, trata-se de um desconto na pena por decorrência da prática da atividade trabalhista ou do estudo. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva alguma ocupação, livrando-se do ócio e contribuindo para a sua formação e reeducação. A remição se dá mediante os seguintes parâmetros: a) 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3 dias e/ou; b) 1 dia de pena a cada 3 dias de trabalho. Saliente-se que no regime aberto, apenas é possível a remição mediante o estudo, visto que o trabalho é condição própria para que o preso ingresse neste regime. (NUCCI, 2020. p. 251)

Nesta continuidade, o livramento condicional é benefício da execução penal que concede ao condenado a liberdade antecipada e provisória. Para fazer jus ao livramento, é necessário que o apenado tenha cumprido determinado tempo de sua pena, que pode variar a depender das circunstâncias especificadas em lei, além de ter que reparar o dano causado pela conduta delitativa quando for possível e apresentar boa conduta durante o período que esteve submetido ao cárcere. Esta liberdade prévia estará condicionada a uma série de obrigações que devem ser cumpridas pelo apenado, quais sejam: a) obter ocupação lícita; b) comunicar ao juiz a sua ocupação; c) não mudar de comarca sem prévia autorização. Ademais, o magistrado poderá estabelecer outras medidas previstas em lei. (NUCCI, 2020. p. 263)

Por fim, a saída temporária permite que o preso submetido ao regime semiaberto saia do estabelecimento prisional para: a) visitar a família; b) frequentar curso escolar e; c) participar de atividade que promova o retorno ao convívio social. O benefício será concedido ao preso que apresente bom comportamento e tenha cumprido no mínimo um sexto ou um quarto da pena, se for reincidente. Mencione-se que com a reforma trazida pela Lei nº 13.964/2019, restou vedada a possibilidade de saída temporária para os condenados pela prática de crime hediondo com resultado morte. (NUCCI, 2020. p. 243-246)

Todos esses benefícios executórios, garantidos ao custodiado condenado, são fundamentados na premissa de que a pena não se esvai em sua função meramente sancionatória. A penalidade imposta ao delinquente é na verdade instrumento pelo qual se procede a reabilitação do agente delituoso. Quando demonstrada a sua capacidade de retornar, gradualmente, para a sociedade, o encarceramento que é medida crítica se torna segundo plano. Assim, outorga-se ao incriminado o direito de ter reintegrada a sua liberdade de locomoção, total ou parcialmente, apesar de subsistir a pena.

Todas estas possibilidades de flexibilização do cárcere são próprias da execução penal, portanto, não são utilizadas para salvaguardar o direito à liberdade dos presos preventivos. Assim, a liberdade destes está à mercê da prolação da sentença judicial, quando só então, mediante decisão absolutória poderão se ver livres do cárcere e em caso de condenação, passarão a poder gozar destes privilégios da execução criminal. Isto posto, deduz-se que, apesar de inconcebível, a situação do indivíduo preso ainda inocente é mais gravosa do que a da pessoa já condenada.

Ocorre que, como foi visto, o trâmite processual poderá demorar anos, período suficiente para que o preso cautelar adquira algum desses direitos que torna a prisão menos rígida. Haja visto essa problemática, nos capítulos seguintes, aborda-se a aplicação de benefícios desencarceradores aos presos provisórios, tomando por base os direitos da execução penal concedidos aos presos condenados, acima elencados.

#### **4.1 Termo inicial para obtenção dos benefícios da execução penal: exame da súmula 716 do STF**

Em determinados casos, a aplicação da prisão provisória será imprescindível para assegurar a prestação jurisdicional e assiste razão o legislador ao prever medidas que proporcionem a aplicação da legislação penal. Contudo, a primazia da lei não pode atingir o indivíduo recluso preventivamente de modo a restringir os seus direitos fundamentais que garantem a reintegração da liberdade, condicionando o prazo da prisão provisória que se dá apenas em regime fechado, ao tempo de duração do processo penal, que pode se arrastar por longo tempo.

A lentidão da justiça tornou-se, então, um obstáculo ao direito constitucional de liberdade, pois a aplicação dos benefícios da execução penal apenas ocorreria após o trânsito em julgado, portanto, seria postergada indefinidamente. (NUCCI, 2020. p. 34)

Diante disso, a suprema corte fixou a sentença de primeiro grau como o termo inicial para que o preso preventivo passe a fazer jus aos direitos executórios da pena. Para tanto, definiu a súmula 716, cujo teor se transcreve abaixo:

Súmula 716 do STF - 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.

Apesar de a súmula tratar apenas da progressão de regime, na prática, a sua utilização é ampliada para abranger a aplicação de todos os demais benefícios executórios. (NUCCI, 2020. p. 34)

Em argumento contrário, alguns doutrinadores, ainda que minoritariamente, criticam o enunciado sob o argumento de se tratar de execução provisória da pena, instituto vedado pela própria corte no julgamento das ADC's 43,44 e 54. Para esta parcela da doutrina, firmar o início da progressão da pena antes do seu trânsito em julgado, extrapola o princípio da presunção da inocência para considerar culpado aquele que está preso provisoriamente, o que caracterizaria a antecipação da execução penal. Concordamos com o entendimento doutrinário de que não se pode alegar o princípio da presunção da inocência contra os próprios interesses do tutelado, para, assim, mantê-lo em regime fechado quando poderia ir para regime menos gravoso. Em função da presunção de inocência, ninguém pode ser prejudicado (NUCCI, 2020. p. 34)

Em suma, se o acusado tivesse de esperar pelo trânsito em julgado, este já teria cumprido pena por período demasiadamente superior ao requerido para preenchimento dos requisitos de concessão dos benefícios da execução penal, posto que a morosidade processual ainda é um problema latente. Isto se o apenado, após a realização da detração, já não tiver cumprido a pena integralmente. Entretanto, a súmula 471 do STJ veda o cumprimento integral da pena em regime fechado<sup>14</sup>.

Com esta estipulação jurisprudencial, questionou-se a aplicação da súmula quando houvesse recurso da sentença de primeiro grau. Nessa situação, a solução prática é de que, interposto o recurso unicamente pelo réu, não há óbice para aplicação dos benefícios executórios. Mediante tal situação, aplica-se a proibição da *reformatio in pejus*, isto é, a pena cominada em primeiro grau apenas poderá ser abrandada. Portanto, não faria sentido deixar de aplicar desde logo os direitos da execução, já que teria como base a pena mais grave. (NUCCI, 2020. p. 35).

Noutro giro, havendo interposição de recurso da acusação, o entendimento majoritário é pela não aplicação do enunciado, uma vez que, nesta ocasião, a pena poderá ser agravada de forma que, computado o tempo de reclusão preventiva, o preso não satisfaça os requisitos para aquisição dos direitos despenalizadores da execução. (BRASILEIRO, 2020. p. 631)

Entretanto, no entendimento de Guilherme de Souza Nucci, deve ser aplicada a súmula mesmo quando houver apelo acusatório, pois se trata de mera probabilidade de alteração do *quantum* da pena. Além do mais, se provido o recurso e agravada a pena, poderá ser determinada a regressão de regime, a revogação do livramento condicional ou o recálculo da remição penal. Não poderíamos entender noutro sentido, uma vez que concordamos com a aplicação por analogia dos benefícios despenalizadores da execução penal aos presos provisórios, antes mesmo da prolação de sentença em primeiro grau, como restará demonstrado adiante. (NUCCI, 2020 p. 562)

A referida súmula cita ainda que, caso a sentença comine regime inicial de cumprimento de pena diferente do fechado, o preso provisório passará a ser imediatamente submetido ao regime menos gravoso. Deste modo, prestigiou-se o princípio da proporcionalidade, em que a prisão cautelar não será aplicada quando for mais danosa que a própria prestação jurisdicional penal. (BRASILEIRO, 2020. p. 938)

Deveras importante a previsão sumulada que antecipa a concessão dos benefícios da execução penal para abranger os presos provisórios, desde que complementado os seus requisitos. Sem dúvidas, esse entendimento representa uma vitória dos direitos humanos contra a lamentável lentidão da justiça brasileira. Contudo, a referida jurisprudência desconsiderou o fato de que a morosidade judicial assola sobremodo o primeiro grau de jurisdição, com uma demora superior a 4 anos apenas nesta fase. O próximo capítulo, buscará apresentar os meios viáveis pelos quais poderá ser estendido o entendimento para alcançar o encarcerado cautelarmente ainda nesta fase inicial do processo.

## **4.2 Aplicação análoga aos presos provisórios dos benefícios da execução penal antes da sentença em primeiro grau**

---

<sup>14</sup> Súmula nº 471 do STJ - Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

Tendo em vista o que já foi exposto e com base nos seguintes critérios: a) a morosidade dos processos criminais no judiciário brasileiro; b) o uso excessivo da prisão preventiva e a inexistência de prazo para sua duração; c) os requisitos previstos no CPP para a aplicação da cautelar de prisão preventiva<sup>15</sup>, é indispensável que se pense em medidas para evitar a sujeição precoce do indivíduo ao cárcere ou, quando indispensável a sua imposição, que esta se restrinja ao menor espaço de tempo. Para isso, devem ser criadas barreiras que evitem o excesso da duração da prisão provisória.

Omitir-se em outorgar aos acusados presos preventivamente os privilégios desencarceradores e manter termo inicial para tal apenas após a condenação vai em sentido contrário à tendência de afastar a antecipação da pena, além de criar distinções entre o condenado e o acusado que criam uma espécie de discriminação positiva em favor do primeiro, numa lógica bastante complexa, pois o condenado já foi sentenciado e o acusado ainda goza da presunção de inocência.

Não se justifica a manutenção da preventiva, que se dá apenas em regime fechado, após decurso de tempo excessivo que faria com que o preso, caso condenado, houvesse adquirido relaxamento da restrição ao cárcere por alcançar privilégio da execução. Assim, alinhamo-nos ao pensamento de que é necessária a concessão de direitos que possibilitem a reintegração da liberdade pelo preso preventivo em caso de excesso na medida cautelar, consoante o entendimento doutrinário de Renato Brasileiro:

Parece racional o desejo de impedir que, mesmo nos casos em que a prisão seja admissível, a persecução penal inflija a quem a suporta um mal maior, irremediável, que a própria reação legítima do Estado em caso de condenação. Já numa apreciação vulgar, se apresenta como um contrassenso o fato de que, por uma infração penal hipotética, o imputado sofra mais durante o processo que com a pena que eventualmente lhe será aplicada, em caso de condenação, pelo fato punível que lhe é atribuído. (BRASILEIRO, 2020. p. 938)

Não obstante, um dos entraves para se conferir privilégios como os da execução penal ao preso sem pena é a ausência de parâmetro para analisar os requisitos objetivos destes favorecimentos, em razão de ainda não existir a dosimetria da pena. Contudo, é possível estabelecer, como paradigma para o cálculo desses benefícios, a pena máxima abstrata cominada ao crime que se imputa ao acusado.

Ademais, essa previsão não acarretaria qualquer prejuízo para a acusação, uma vez que, ao final do processo, não poderia ser estipulada pena superior àquela utilizada para o relaxamento da preventiva. Isso leva à conclusão de que, se já houvesse contra o acusado uma condenação, ainda que em pena máxima, de todo

---

<sup>15</sup> Art. 313 do CPP. Nos termos do 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; §1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

modo este já teria obtido benefício próprio da execução em razão do tempo de reclusão.

Pode-se alegar que norma neste sentido traria estigma para a figura do preso provisório, pois caracterizaria antecipação do cumprimento da pena para aquele que sequer foi condenado, lesionando o direito à presunção de inocência. Este argumento não deve prosperar, pois não se trata de aplicação dos benefícios executórios estrito senso, mas de previsão que garanta direitos análogos àqueles outorgados ao preso condenado na fase de execução da pena. Portanto, estes privilégios iniciais não são fundados na expectativa de uma futura condenação, mas agem tão somente como limites ao excesso da medida cautelar por decorrência da mora processual em primeira instância e com critérios próprios, o que justifica até mesmo o uso da pena máxima em abstrato como parâmetro. Ademais, como falado outrora, a presunção de inocência não pode ser arguida de modo a prejudicar o seu tutelado<sup>16</sup>.

O critério para conseguir o benefício na fase inicial fundado na pena máxima, pode ser alvo de julgamento negativo no sentido de que não soluciona a condição desfavorável do acusado quando comparado com o preso condenado, pois a isonomia entre a vantagem concedida no início do processo e a aquela conferida na fase executória, só ocorreria caso fosse cominada ao condenado à pena máxima prevista ao delito. Caso contrário, os parâmetros para que o condenado fizesse jus aos benefícios despenalizadores da execução seriam mais favoráveis.

Entretanto, não se pode limitar o estudo unicamente a esta equiparação, pois o intuito primordial é salvaguardar os direitos constitucionais do preso preventivo e evitar que a prisão sem pena se estenda em detrimento da liberdade do acusado, que seria conquistada mesmo que contra ele já houvesse condenação. Trata-se, portanto, de uma isonomia de direito e não de fatos.

Outro meio possível para o estabelecimento de benefício antes da primeira sentença recorrível, é a regulamentação de outro parâmetro de tempo que tenha como base a pena máxima do delito, similar ao que ocorre com a contagem da prescrição punitiva abstrata<sup>17</sup>. Contudo, apesar de se apresentar como solução viável, cremos que esta possibilidade, possivelmente, traria situação não muito favorável ao acusado, já que o tempo para aquisição do privilégio executório teria como parâmetro, tempo superior ao *quantum* máximo da pena. Assim, mais adequada a primeira hipótese apresentada.

Com finalidade didática, cabe, enfim, exemplificar o que se aduz com a aplicação análoga dos benefícios da execução penal ao preso provisório antes da sentença de primeiro grau. Para tanto, imagine-se que ao acusado, primário, está sendo imputada a prática dolosa do crime de lesão corporal de natureza grave, ao qual pode ser cominada a pena máxima de reclusão por 5 anos<sup>18</sup>. Satisfeitos os requisitos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, poderá ser decretada a

---

<sup>16</sup> A discussão de que a aplicação dos benefícios executórios antes do trânsito em julgado fere o princípio da inocência, tratada no capítulo anterior, ao qual remetemos o leitor para evitar repetições.

<sup>17</sup> Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

<sup>18</sup> Art. 129, §1º do CP.



prisão preventiva, uma vez que a pena máxima do delito é superior a 4 anos. Considerando que a média de tempo entre o recebimento da denúncia e a baixa processual<sup>19</sup> é de 4 anos e 1 mês, ainda que ao final do processo seja imputada a pena máxima ao acusado, este já teria cumprido: mais que 25% (1 ano e 2 meses) da pena, requisito objetivo para progredir para regime menos gravoso e; mais que um terço (1 ano e 6 meses) da pena, requisito objetivo para concessão do livramento condicional. Isto sem considerar a possibilidade de ter o preso provisório remido a pena pelo estudo ou trabalho. Fora estes, obviamente, será necessário também o cumprimento dos requisitos de ordem subjetiva.

Vê-se que, na condição de acusado, o preso deixa de ter melhores condições de reaver a sua liberdade do que se fosse condenado. Tendo como parâmetro o pior cenário de condenação ao fim da persecução penal, ainda pior é a sua posição de processado, quando não terá direito a qualquer benefício que promova a sua liberdade, mesmo que a prisão e o processo perdurem por tempo indeterminado.

A análise aqui efetuada revela que, após cominada a pena e transitada em julgado a sua sentença, busca-se meios para a sua execução e que se evite a fuga do apenado. Ainda assim, admite-se a flexibilização do cárcere com o regime semi aberto, aberto ou mesmo o livramento condicional e as saídas temporárias sem que haja a perda do objeto da execução. Ora, se estes institutos são compatíveis com o cumprimento da pena, não há porque vedar sua aplicação análoga à prisão sem pena, pois, se no primeiro caso não implica risco ao processo de execução, também não causa perigo à fase de conhecimento.

## **5 APLICAÇÃO ANÁLOGA DO BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL AOS PRESOS PROVISÓRIOS À LUZ DA ADPF 347**

Foucault, ao escrever sua célebre obra “Vigiar e punir: o nascimento das prisões”, prestigiava o nascedouro das penitenciárias, no sentido de que se abandonava a criação medieval da pena. Naquela época, as punições eram traduzidas em verdadeiro suplício, cujo objetivo era de infligir ao apenado sofrimento físico ou morte. Assim, o autor aclama a prisão como uma valorosa evolução do sistema de punições que possibilitou o acesso do apenado à dignidade, caracterizando as prisões como estabelecimento de cumprimento da pena das sociedades civilizadas (Foucault, 1987. p. 260).

Contudo, o modelo de que a prisão se constitui como um reformatório e um aparelho disciplinar exaustivo que não se interrompe senão quando terminada sua tarefa de educação total, não retrata os modelos reais de cárcere. É fatídica a evolução da aplicação das penas através do surgimento das prisões, que busca substituir o flagelo do corpo pela privação de liberdade, na tentativa de reinserir o apenado à sociedade livre do crime. Entretanto, o cenário do sistema penitenciário ainda reflete a imagem da pena como forma de afetação corpórea e psíquica do apenado, ainda que não seja este o seu fim. De igual modo, a privação da liberdade, na forma como é imposta, representa a prisão-castigo e a inocuidade da prisão-reparação.

Na prática, o estado de calamidade do sistema carcerário no Brasil é exposto em números assustadores. De acordo com a mais recente atualização do Departamento Penitenciário Nacional as prisões brasileiras comportam 446.738 presos, porém a população carcerária é de 678.506 o que representa um déficit de

---

<sup>19</sup> Da denúncia até a baixa processual é compreendido o período entre a inicial acusatória até a remessa dos autos para o grau recursal ou o início da execução, na ausência de recurso.

231.768 vagas, este quadro de superlotação é agravado em função do abuso na aplicação da prisão provisória visto que 30,15% (228.976) da massa carcerária está presa sob esta condição.<sup>20</sup>

A superlotação dos presídios induz o Estado a tomar medidas urgentes em busca de soluções para a situação carcerária, afora as inúmeras outras problemáticas como: falta de acesso à educação ou trabalho, ausência de separação de presos por gravidade do ilícito cometido, falta de divisão entre os prisioneiros provisórios e os condenados, entre outras complicações. Este descaso já ensejou até mesmo a intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção devida das pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país<sup>21</sup>.

Pode-se resumir a referida situação nas palavras do ministro Teori Zavascki: “embora as leis digam ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis.”<sup>22</sup>. É nesse contexto que a Constituição de 88 consagra os mais lídimos preceitos da dignidade humana, uma vez que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), assegura ao preso o respeito a integridade física (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Contudo, a mera previsão normativa ainda que de alto grau hierárquico, como a mencionada, não garante a efetivação da segurança que deve ser prestada aos encarcerados.

O descumprimento de preceitos fundamentais é evidente e desafia a intervenção jurisdicional. Nesse contexto, medidas devem ser adotadas com o intuito de combater as violações à Constituição, especialmente quando se constata atos ou omissões do poder público que afetem grupos de minorias qualitativas, como no caso dos prisioneiros.

Mediante um quadro também de complicações no setor de segurança pública, em precedente inovador, a Corte Constitucional Colombiana julgou que a jurisdição constitucional tem o dever de restabelecer a ordem fundamental quebrada, colaborando de maneira harmônica com os demais órgãos do Estado no sentido de emitir uma ordem as autoridades públicas competentes. O objetivo seria eliminar os fatores que incidem para gerar um estado de coisas que resultam, obviamente, em inconstitucionalidade. O mecanismo para esta intervenção se deu por meio da declaração e reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, instituto que, apesar de não encontrar expressa previsão na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, deve ser manejado para solucionar situações excepcionais que representam afronta aos direitos humanos de grupos vulneráveis. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-153/98)

Desta forma, adota-se o seguinte conceito de Estado de Coisas Inconstitucional:

A figura do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definida como um mecanismo ou técnica jurídica criada pela Corte Constitucional, mediante a

<sup>20</sup> Os dados se referem ao levantamento realizado no período de Janeiro a Junho de 2020 pelo DEPEN, disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>> Acesso em: 10.05.2021

<sup>21</sup> Resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de maio de 2014, reconhecendo o estado de violação dos direitos humanos no Centro Penitenciário Aníbal Bruno, de Recife/PE; em 28 de julho de 2006 e 30 de setembro de 2006 reconhecendo o estado de violação dos direitos humanos no Complexo de Pedrinhas, São Luiz/MA.

<sup>22</sup> Voto do Ministro Teori Zavascki no RE 580.252 disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp>> Acesso em: 13.05.2021.

qual se declara que determinados fatos se mostram amplamente contrários à Constituição, por violar de maneira massiva direitos e princípios consagrados na mesma. Portanto, cabe às autoridades competentes, dentro de suas funções e de termo razoável, adotarem as medidas necessárias para superar tal estado de coisas<sup>23</sup>. (LYONS, MONTERROZA, MEZA, 2011. p. 71)

A inovadora decisão da Corte Colombiana passou a ser sustentada por diversos outros Tribunais e Cortes Constitucionais. Nos Estados Unidos a declaração do ECI foi utilizada para o combate a segregação racial nas escolas públicas, melhoria do sistema psiquiátrico e enfretamento de problemas prisionais. Cite-se como exemplo o ocorrido nos chamados “*prison reform cases*”, neste caso, a Suprema Corte Americana reconheceu as violações aos direitos fundamentais dos detentos em razão da superlotação nos presídios do Estado da Califórnia e ordenou a soltura de 46.000 (quarenta e seis mil) prisioneiros de menor periculosidade.<sup>24</sup>

Seguindo essa linha, o instituto do “Estado de Coisas Inconstitucional” é acionado pela primeira vez no Brasil no julgamento da cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 de 2015 - com mérito ainda pendente. A arguição foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), na condição de legitimado (Art. 103, inciso VIII da CF/88). O partido político pleiteou em sede de cautelar que a Corte brasileira reconhecesse o ECI de todo o sistema prisional, bem como, que fosse atribuído ao governo e ao legislador a responsabilidade pela formulação de planos e ações para a superação do dito estado de coisas, requereu ainda que medidas fossem imediatamente impostas para as mais diversas esferas do poder no sentido de conter a violação aos direitos fundamentais dos presos.

O quadro crônico de omissões com a população carcerária levou o STF a adotar postura ativa no julgamento da liminar da ADPF 347. Mediante decisão que deu parcial provimento ao pedido cautelar, a Corte determinou a adoção de medidas que evitem o agravamento do sistema penitenciário e ordenou aos órgãos competentes, em especial aos juízes e tribunais, que adotem soluções para a crise prisional. Assim, no momento de tomada de decisões pelos mais diversos setores do Estado, que imprimam a privação da liberdade, deve ser considerado o ECI nas prisões brasileiras, evitando-se que os indivíduos sejam sujeitos às condições violadoras dos direitos fundamentais em decorrência do aprisionamento.

O novel instituto do ECI encontra respaldo teórico no “*structural remedies*” e Neoconstitucionalismo Ideológico. Essas duas vertentes convergem no sentido de que, o poder judiciário tem permissão de agir de modo ávido na intervenção da violação de direitos fundamentais com o objetivo de sanar as falhas estruturais decorrentes dos atos ou omissões do Estado. A partir dessa premissa, adota-se o pensamento de que a situação de afronta aos direitos constitucionais dos indivíduos, provoca a articulação de vários órgãos governamentais no objetivo da concretização de políticas públicas. Deste modo, defende-se a ampliação justificada das

<sup>23</sup> Do original: La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.

<sup>24</sup> *Case Brown v. Plata*. 563 U.S. 2011. Disponível em: <supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>

faculdades da Corte Constitucional, em que pese as decisões em prol da efetividade da garantia dos direitos fundamentais. (MONTENEGRO, 2015. p. 20-21)

Contraopondo às teorias apresentadas, os defensores da *"political question doctrine"* aduzem que o poder judicial, como integrante dos poderes harmônicos, não está permitido a decidir assuntos que são de competência do poder legislativo e executivo sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Para esta vertente o juiz constitucional está limitado em propor a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, não cabendo a imperatividade judicial em ordenar medidas, mesmo que em defesa destas garantias. (MONTENEGRO, 2015. p. 19)

Ainda em sentido contrário às decisões judiciais ativistas que impõem medidas a outros órgãos do Estado para sanar vícios constitucionais, a teoria dos custos dos direitos alega que a ordenança judicial afronta o princípio da reserva do possível, uma vez que tomada sem parâmetro das reais dimensões econômicas no que concerne à efetivação dos direitos. A título de exemplo, a estipulação da realização de audiências de custódias na ADPF 347 fez com que o número de audiências desse tipo aumentasse de modo expressivo, necessitando de aumento do quadro pessoal atuante nessa audiência inaugural, afora outros custos decorrentes da decisão. Contudo, os ministros da Suprema Corte, deram por exaurida a referida temática em sede de julgamento da liminar da ADPF, em que se concluiu que o Estado não pode se olvidar de concretizar as garantias mínimas constitucionalmente estabelecidas e inerentes à dignidade da pessoa humana.<sup>25</sup>

Não resta dúvidas da relevância da instituição do ECI, que se propõe a ser medida judicial na busca de sanar vícios estruturais do governo que ocasiona a violação a direitos constitucionais de uma determinada coletividade. Noutro ponto, não se pode dar por concluído o estudo deste instituto que, além de recente, merece maior atenção legislativa, poder a quem incube a sua regulamentação para que não seja utilizado ao bel prazer do poder judiciário.

Essas linhas introdutórias que esclarecem o ECI são de extremo interesse para o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja buscar soluções para as problemáticas que surgem a partir da omissão acerca da aplicação de medidas reintegrativas da liberdade dos presos provisórios.

## 5.1 O reconhecimento do ECI e a sua relevância para a aplicação de privilégios desencarceradores durante a prisão sem pena

Mediante o que foi apontado em referência ao Estado de Coisas Inconstitucional, observa-se que este instituto parte do ponto de vista das condições carcerárias impositoras de uma situação violadora de direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, para apontar a necessidade urgente de se adotar medidas que evitem ao máximo a exposição de cidadãos a esta conjuntura de desrespeito aos direitos humanos.

---

<sup>25</sup> Voto do Min. Celso de Melo no julgamento liminar da ADPF 347: **Cumpre advertir**, desse modo, **na linha** de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, **“Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”**, p. 105/110, item n. 6. e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g), **que a cláusula** da *“reserva do possível”* – **ressalva a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada**, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade**. (grifos originais)

As cortes constitucionais de diversos países, ao reconhecerem o ECI quanto ao seu sistema carcerário, têm tido atenção especial para o contexto em que estão inseridos os presos cautelares. Nesse sentido, o STF, na ADPF 347, ordenou que os magistrados e tribunais, quando da concessão da cautelar de prisão, levem em consideração o ECI relativo aos presídios e, sempre que possível, imponham medida alternativa.

Com fulcro nisto, tem-se, no tocante aos presos preventivos, previsão normativa que garanta a esses encarcerados privilégios análogos aos da execução penal ainda na fase de conhecimento. Além disso, poderia também ser solução para as barreiras que a declaração do ECI encontra para a sua aplicabilidade, em decorrência das duas principais teses de oposição a este instituto: a teoria dos custos dos direitos e a *political question doctrine*.

O principal objetivo de se outorgar ao preso cautelar privilégios que garantam a recomposição da sua liberdade é deixar de submeter excessivamente o acusado à situação violadora dos direitos e garantias constitucionais a que estão submetidos os presídios. Para tanto, cria-se requisitos análogos aos dos benefícios da execução penal, que permitem a flexibilização do cárcere provisório. Se incorporada previsão neste sentido, restará afastada a crítica realizada pela teoria da *political question doctrine*, uma vez que, com a regulamentação, não haverá que se falar ativismo judicial, pois da aplicação das medidas desencarceradoras, estar-se-á o magistrado apenas determinando o cumprimento da Lei.

No mesmo segmento, é certo que quanto menos tempo durar o cárcere do indivíduo menor também será o gasto com este aprisionado. Portanto, a delimitação do cárcere preventivo põe fim à discussão que fundamenta a teoria dos custos dos direitos fundamentais quanto a este tema. Neste ponto, poderia ser alegado que haveria aumento de custos com esta inovação em razão da necessidade do estabelecimento de magistrados para o acompanhamento do preenchimento dos requisitos desencarceradores da prisão preventiva, semelhante ao que ocorre no juízo de execução. Entretanto, com a recente inovação legislativa, já tratada anteriormente, que fixou prazo de revisão da preventiva a cada 60 dias realizado pelo próprio juízo da fase de conhecimento, entende-se possível que se imponha a este juízo o dever de que averiguar o cumprimento de algum requisito desencarcerador análogo aos da execução penal na mesma periodicidade e oportunidade em que ocorrerá esta revisão.

## 6 CONCLUSÃO

A partir do arcabouço apresentado, concluiu-se que o instituto da prisão preventiva, desde o ano de 2012, sofreu significativas alterações, principalmente de cunho legislativo. A partir de então, todo o capítulo que diz respeito a esta modalidade de prisão cautelar foi modificado, com o intuito de tornar menos rígida a medida e, paulatinamente, trazendo previsões que garantem maior segurança ao preso provisório contra os abusos e excessos dessa prisão.

Neste mesmo passo, a jurisprudência buscou assegurar os direitos constitucionais daqueles que estão submetidos à prisão cautelar. No que diz respeito especificamente ao tema da aplicação dos direitos da execução penal, a corte constitucional brasileira definiu que os presos provisórios passam a se beneficiar dos privilégios despenalizadores que, de outra forma, seriam outorgados apenas na fase executória, a partir da prolação da primeira sentença recorrível. Inegavelmente, esta previsão jurisprudencial representa um progresso jurídico, à medida que traz ao

preso cautelar regulamento para a obtenção de sua liberdade ou relaxamento da medida.

Todavia, ainda permanecem fora da tutela legislativa e jurisprudencial os que são submetidos ao cárcere ainda no início da persecução penal e mantidos nesta condição durante parte ou todo o processo penal. Como demonstrado, não fosse a declarada situação de postergação do processo judicial no Brasil, não haveria problema, pois, caso o provimento jurisdicional fosse prestado em tempo razoável, sequer se falaria em excesso das prisões preventivas.

Afora isto, não se pode olvidar da grave situação em que está inserido o sistema prisional brasileiro. Superlotação, condições indignas de vivência, constância de violência, inexistência de organização, estrutura precária, custo elevado e outros tantos fatores, fazem das prisões brasileiras uma das piores e mais ineficientes do mundo. Em razão da ausência de concretização da divisão prisional que decorre da grande população carcerária, os presos provisórios são submetidos a este cenário de total violação aos direitos fundamentais e, se entram inocentes - princípio da presunção da inocência -, as chances de saírem criminosos são bem maiores que o inverso.

Portanto, torna-se desejável estender os direitos executórios penais para antes da sentença de primeira instância, quando o acusado estiver sob a custódia carcerária do Estado. Assim, busca-se amenizar os danos decorrentes do excesso da prisão preventiva, garantindo ao custodiado a possibilidade de flexibilização da prisão em razão de ter cumprido determinados requisitos que lhe fariam se livrar do regime fechado, mesmo que fosse condenado e remediar um dos problemas derivados da demora judicial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil.**

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.

**Diário oficial da República Federativa do Brasil.** Rio de Janeiro-RJ, 31 dez. 1941.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal.

**Diário oficial da República Federativa do Brasil.** Rio de Janeiro-RJ, 13 out. 1941.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 23 Mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

**Diário oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília-DF, 13 jul. 1984.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347/2015.** Brasília-DF. Relator:

Ministro Marco Aurélio de Melo. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 13 de mai. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.252.** Brasília-DF. Relator: Ministro

Alexandre de Moraes. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp>> Acesso em: 13 de mai. 2021.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020.** Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 12 de mai. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153/1998.** Bogotá, DC.

Relator: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em:

<<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 10 de mai. de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Disponível em:  
<<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 10 de mai. 2021

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Caso Brown v. Plata. 563 US**. Washington, DC. Disponível em:  
<<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>. Acesso em: 13 de mai. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigia e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HAMRA, Isabela Calijuri. **O excesso de prazo na prisão preventiva e a antecipação indevida do cumprimento da pena**. 2015. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2015.

LOPES, Aury Jr. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5ª. ed. aum. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MONTENEGRO, Germán Santiago Montenegro. **Las incidências del Estado de Cosas Inconstitucional em la jurisprudência colombiana**: El desplazamiento de los resguardos nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá. Orientador: Jaime Alfonso Cubides Cárdenas. 2015. Dissertação (Mestrado) - Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C., 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



QUINTERO, L.J; NAVARRO, A.M.M; MEZA, M.I. La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como Mecanismo de Protección de los Derechos Fundamentales de la Población Vulnerable en Colombia. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena. Colombia. P. 71-75

ROXIN, CLAUS. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

## AGRADECIMENTOS

Aqui se põe fim a uma fase para que novas se iniciem. Ternos são os sentimentos e memoráveis os momentos vividos. Expresso de antemão minha gratidão à Deus por declinar os seus ouvidos para mim durante minhas súplicas e ser meu amparo constante, mesmo quando não fui merecedor.

Satisfação tamanha é dizer que esta é até então minha maior conquista, mas mérito maior devo aos meus pais, Alcivânia e Abrantes. Os seus esforços hercúleos foram o que me proporcionaram chegar até aqui, vocês me fizeram homem e me formaram muito antes que a faculdade de direito. Meu pai, um homem simples de aparência severa, mas o seu empenho denota seu amor. Minha mãe com sua afetuosidade cativa, minha confidente, sou eu um pedacinho dela.

Agradeço aos meus irmãos, Arthur e Ayrton, que sempre foram minha inspiração e nunca hesitaram em me apoiar. Eu, como caçula, os tenho como exemplos e me orgulho de toda a trajetória que construíram.

Essa caminhada de cinco anos não seria a mesma se nesse ínterim não tivesse conhecido o amor. Não há tristeza grande o suficiente que vença um sorriso, tampouco distância tamanha que não possa percorrer ao teu lado, Lídia Jade. Durante esse tempo você acreditou em mim mais que eu mesmo e isso é combustível para nunca desistir. Além do eu te amo, meu muito obrigado.

A Faculdade de Direito também me presenteou com amigos pelos quais tenho respeito e admiração, Johnson e Henrique. Agradeço a vocês por todo o incentivo. Serão amigos para o resto da vida.

Agradeço a professora Cynara Barros que me conduziu ao resultado desse trabalho com bastante presteza, além de ter tido oportunidade de aprender em suas aulas e orientações de outros projetos. Sem dúvidas guardarei comigo seus ensinamentos.

Deixo meus agradecimentos à Ana Rafaely, Anna Esther, Maria Karolayne e Lívia Alves. Amigos que mesmo antes do início deste curso tiveram função determinante e permanecem ao meu lado.

Agradeço a todos os professores e colegas que contribuíram para a formação do meu caráter e da minha educação, tanto aqueles da Escola Ana Amélia, como da Escola Estadual Virginius da Gama e Melo.

Agradeço aqueles que participaram da minha vida enquanto atleta de natação no SESI - Clube, o esporte e as pessoas que o compunham sem dúvida foram determinantes na minha educação. Agradecimentos especiais a Davi Silva que como treinador me fez alguém bem mais determinado. As dores dos treinos e a água fria da noite não foram em vão.

Grato ao momento e a todos que dele fizeram parte.