



unifaema

CENTRO UNIVERSITÁRIO FAEMA – UNIFAEMA

IGLEN DIAS CAMPOS

**PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UM DEBATE
CONSTITUCIONAL A LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE**

**ARIQUEMES - RO
2023**

IGLEN DIAS CAMPOS

**PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UM DEBATE
CONSTITUCIONAL A LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário FAEMA – UNIFAEMA como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ma. Camila Valera Reis Henrique.

**ARIQUEMES - RO
2023**

FICHA CATALOGRÁFICA
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C198p Campos, Iglén Dias.

Prisão após a condenação em segunda instância: um debate constitucional a luz do princípio da não-culpabilidade. / Iglén Dias Campos. Ariquemes, RO: Centro Universitário Faema – UNIFAEMA, 2023.

42 f.

Orientador: Prof. Ms. Camila Valera Reis Henrique.

Trabalho de Conclusão de Curso – Bacharelado em Direito – Centro Universitário Faema – UNIFAEMA, Ariquemes/RO, 2023.

1. Execução Provisória. 2. Carta Magna. 3. Jurisprudência. 4. Legislação Criminal. I. Título. II. Henrique, Camila Valera Reis.

CDD 340

Bibliotecária Responsável
Herta Maria de Açucena do N. Soeiro
CRB 1114/11

IGLEN DIAS CAMPOS

**PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UM DEBATE
CONSTITUCIONAL A LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de Direito do Centro Universitário
FAEMA – UNIFAEMA como pré-requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ma. Camila Valera Reis
Henrique.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Everton Balbo dos Santos
Centro Universitário FAEMA – UNIFAEMA

Prof. Me. Hudson Carlos Avancini Persch
Centro Universitário FAEMA – UNIFAEMA

Prof. Ma. Camila Valera Reis Henrique
Centro Universitário FAEMA – UNIFAEMA

**ARIQUEMES – RO
2023**

Dedico este trabalho aos meus pais, familiares e amigos, que me apoiaram e incentivaram a seguir em frente com meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus que me permitiu ter saúde, disciplina, não me deixar desanimar, fazendo com que eu conseguisse alcançar todos os meus objetivos durante todo o período de estudo.

Aos meus pais Rodrigo Alex de Campos e Eleandra Dias Oliveira Campos, irmãos Michele Oliviera Campos Cabral e Matheus Dias Campos, esposa Marinês Thomes e filhos Isadora Thomes Campos e Ian Thomes Campos, que sempre estiveram ao meu lado me dando todo o suporte e acolhimento, me incentivando nos momentos difíceis, bem como mantendo minhas forças para chegar até aqui.

Agradeço a minha orientadora Prof. Ma. Camila Valera Reis Henrique por toda paciência, ajuda, correções e ensinamentos, os quais me auxiliaram durante todo o desenvolvimento e certamente contribuiu para minha formação acadêmica, bem como influirá em minha futura atuação profissional.

Agradeço, ainda, a cada pessoa que esteve ao meu lado e contribuiu direta ou indiretamente para a realização do meu sonho em ser Bacharel em Direito, tais como os professores que nossos ensinaram de forma brilhante, colegas de classe, os quais cooperaram para me manter resiliente até o tão aguardado momento de finalização do curso.

Se a liberdade significa alguma coisa, será sobretudo o direito de dizer às outras pessoas o que elas não querem ouvir - George Orwell.

RESUMO

Esse projeto foi desenvolvido mediante pesquisa qualitativa de caráter bibliográfico, sendo apreciadas questões inerentes a possibilidade da prisão após a condenação em segunda instância no Brasil frente ao princípio constitucional da não-culpabilidade, além de elucidar questões quanto a aplicação dos direitos fundamentais do investigado e a importância da execução provisória da pena como meio de garantir a impunidade dos delitos no país. Nesse sentido, o projeto teve como abordagem o método dedutivo para construção da pesquisa, tendo por base de consultas na doutrina, jurisprudência, bem como artigos, os quais possuam elo direto ou indireto sobre o assunto. Além disso, buscou expor as normas constitucionais e infraconstitucionais, de tal forma que sejam explanadas opiniões em que constam a vulnerabilidade do investigado e a importância dos princípios que tutelam dignidade dele, bem como as garantias necessárias a eficaz aplicação da norma penal. Por fim, por meio do estudo feito sobre a evolução dos direitos do investigado bem como a existência de preceitos fundamentais voltados a ele, os quais encontram-se consagrados pela Carta Magna de 1988, além de outros documentos infraconstitucionais, permitiu entender a relevância da aplicação efetiva da legislação criminal como meio de impedir o uso de recursos os quais visam protelar o início do cumprimento da pena, sob um aspecto direcionado a segurança jurídica das decisões ordinárias as quais analisam o mérito da ação penal.

Palavras-chave: Execução provisória da pena; princípio da não culpabilidade; prisão em segunda instância.

ABSTRACT

This project was developed through qualitative bibliographical research, assessing issues inherent to the possibility of imprisonment after conviction in the second instance in Brazil in light of the constitutional principle of non-culpability, in addition to elucidating issues regarding the application of the fundamental rights of the person being investigated and the importance of provisional execution of the sentence as a means of guaranteeing impunity for crimes in the country. In this sense, the project's approach was the deductive method to construct the research, based on consultations in doctrine, jurisprudence, as well as articles, which have a direct or indirect link to the subject. Furthermore, it sought to expose the constitutional and infra-constitutional norms, in such a way that opinions are explained that include the vulnerability of the person being investigated and the importance of the principles that protect their dignity, as well as the guarantees necessary for the effective application of the criminal norm. Finally, through the study carried out on the evolution of the rights of the investigated person as well as the existence of fundamental precepts aimed at him, which are enshrined in the Magna Carta of 1988, in addition to other infra-constitutional documents, it allowed understanding the relevance of the application effective criminal legislation as a means of preventing the use of resources which aim to delay the beginning of serving the sentence, from an aspect aimed at the legal certainty of ordinary decisions which analyze the merits of the criminal action.

Keywords: Provisional execution of the sentence; Principle of non-culpability; second instance arrest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE: CONCEITOS E ASPECTOS HISTÓRICOS	13
2.1 REGRA DE TRATAMENTO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	15
3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO	16
3.1 DOS PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DA CAUTELAR AO ACUSADO.....	21
3.2 DA PRISÃO PENA NO DIREITO BRASILEIRO.....	23
3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS.....	25
4. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS	39

1 INTRODUÇÃO

O princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência é reconhecido em diversos diplomas internacionais, dentre eles: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Contudo, no Brasil, antes do advento da Constituição Federal de 1988, a existência do princípio da não-culpabilidade era implícita no ordenamento jurídico pátrio, sendo decorrência do devido processo legal. Após a promulgação da Lei Maior, passou a ter previsão expressa no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais (título II da Carta Magna) conforme artigo 5º, inciso LVII.

A presunção de inocência determina que duas regras sejam seguidas: a probatória, a qual se respalda no in dubio pro reo, e a de tratamento. A primeira estabelece a quem recairá o ônus da prova no processo penal, que no caso cabe ao Ministério Público a comprovação, além da dúvida razoável arguida, por meio de provas, a culpabilidade do agente. Já no segundo caso, há vedação quanto colocar o sujeito como se condenado já fosse, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença.

Ressalta-se que, a finalidade da regra de tratamento é evitar possíveis prisões processuais automáticas ou obrigatórias. Dessa forma, há vedação quanto a execução provisória da pena, uma vez que a regra no direito processual penal é responder ao processo em liberdade.

Ocorre que, com decorrer dos anos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF passou por várias mudanças quanto ao entendimento sobre o tema, de modo que, ainda na atualidade, há divergências a respeito da execução antecipada da prisão-pena após a condenação em segunda instância.

Nesse contexto, é possível destacar dois momentos históricos da jurisprudência brasileira acerca do tema, quais sejam: de fevereiro de 2016 a novembro de 2019 quando o STF entendeu pela viabilidade da execução provisória da pena (HC 126292), de modo a permitir que o princípio da presunção de inocência sofra algumas restrições em razão da necessidade do equilíbrio entre a não culpabilidade do sentenciado e a efetividade da atuação jurisdicional penal.

Já a segunda situação ocorre em 07/11/2019 no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, momento em que a Corte Maior retorna ao antigo entendimento para vedar que o condenado em segunda instância iniciasse o a execução da pena antes do trânsito em julgado a sentença, uma vez que

a coibição a fatos criminosos não pode desrespeitar a ordem emanada pela própria Constituição Federal, a qual confere direitos e garantias fundamentais ao investigado.

Ante o cenário divergente na jurisprudência nacional no que tange a temas de grande relevância, os quais adentram nos direitos fundamentais do ser humano e a efetividade da norma penal na repressão de crimes, a indagação é quanto no sentido de que execução provisória da pena, após a condenação em segunda instância, violaria o princípio da não-culpabilidade.

Destaca-se que a discussão sobre a violação do princípio da presunção de inocência em razão da execução da pena em segunda instância, justifica-se pela relevância que tem no âmbito jurídico bem como na esfera particular do investigado, vez que se trata da tentativa em coibir a impunidade no Brasil frente a norma constitucional reconhecida como cláusula pétrea.

A partir disso, por meio da metodologia qualitativa de espécie bibliográfica e método dedutivo, o presente estudo irá abordar os entraves jurisprudenciais quanto ao assunto, por meio de casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal - STF e construções doutrinárias acerca da temática, a fim de determinar qual o melhor entendimento quanto a (im)possibilidade da execução provisória da pena em segunda instância com base no princípio da presunção de inocência, legislação infraconstitucional e a Constituição Federal.

2 PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE: CONCEITOS E ASPECTOS HISTÓRICOS

Inicialmente, o princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência manifesta-se diante da necessidade de sopesar o poder punitivo estatal e os direitos individuais do homem perante a persecução penal, nesse sentido, ensina Renan Lourenço da Silva:

A necessidade de imposição de limites ao arbítrio estatal e aos interesses individuais na persecução penal impulsionou a consolidação ao longo da história humana do princípio da presunção de inocência como importante instrumento de resistência à imposição açodada e arbitrária de uma penalidade enquanto não sobreviesse a declaração formal de culpa por meio de provimento judicial. (2018, p. 01)

Nesse contexto, o princípio surgiu pela primeira vez com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em meio a Revolução Francesa, conforme se depreende do artigo 9º do referido documento: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”

Tal marco histórico, baseado nos ideais: *liberté, égalité, fraternité*, decorreu da opressão e regime totalitarista em que vivam o povo francês ante a monarquia absoluta, conforme leciona Benigno Núñez Novo:

Após a Revolução Francesa em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão concedeu liberdades específicas da opressão, como uma “expressão da vontade geral”. O povo de França levou a cabo a abolição da monarquia absoluta e o estabelecimento da primeira República Francesa. (2019, p. 01)

Ademais, outros tantos documentos internacionais previram no texto legal o princípio da não-culpabilidade, como o caso da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual surge em um cenário pós-guerra, fazendo constar no artigo 11.1:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Sobre o tema, discorreu o ex-Ministro Teori Zavascki, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292:

Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no

período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 [...] O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Consoante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecido como Pacto São José da Costa Rica, prevê no artigo 8.2: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Ressalta-se que, com o sucessivo reconhecimento em documentos internacionais do princípio da presunção de inocência, o Brasil o adotou de forma implícita como decorrência do devido processo legal.

Aliás, quanto ao assunto Fernando da Costa Tourinho Filho, afirma que o princípio da presunção de inocência possui tamanha relevância que, a partir dele, restou consagrado o devido processo legal (due process of law) (2010, p. 88).

No Brasil, somente em 1988, após a promulgação da Constituição Federal, foi positivado o princípio da não-culpabilidade no artigo 5º, inciso LVII, o qual preconiza: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal norma conduziu a intensos debates no ordenamento jurídico pátrio quanto ao embate existente na doutrina e jurisprudência brasileira sobre a possibilidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância frente ao princípio constitucional da não-culpabilidade, o qual visa resguardar o investigado.

Conforme ensinamentos do ex-Ministro Teori Zavascki:

A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (nemo tenetur se detegere) [...] O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Entretanto, em razão de os recursos, após a condenação em segunda instância, voltados ao Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Supremo Tribunal Federal - STF, não possuírem efeitos suspensivos, bem como, pela impossibilidade de as

Cortes não poderem reexaminar o mérito da decisão que condenou o investigado, passou-se a sustentar pela possibilidade do cumprimento da pena desde a sentença de segundo grau.

Entretanto, há embate com o texto constitucional, que determina a impossibilidade da prisão, senão após o trânsito em julgado da sentença. Em diferentes momentos, o STF se posicionou nos dois sentidos, tanto pela relativização do princípio da não-culpabilidade como pela proibição da execução provisória da pena, motivo esse o qual tem conduzido a insegurança jurídica quanto a efetiva aplicação da norma processual penal no Brasil.

2.1 REGRA DE TRATAMENTO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência é conceituado por Renato Brasileiro:

o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (2020, p. 43).

Outrossim, desse princípio advém duas regras fundamentais, quais sejam: a probatória, a qual, em suma, aduz que não recai sobre o acusado o ônus de comprovar a inocência dele, pois, será da acusação a tarefa de prova a culpabilidade do réu. Nas palavras de Vitor Dourado Graçano:

Assim, outro aspecto processual trazido pela nova posituação internacional acerca da presunção de inocência operou outra regra processual distinta ao modelo anterior, invertendo o ônus da prova da culpabilidade do investigado para a acusação, não mais pertencendo ao próprio acusado (2020, p. 1).

Nesse sentido, a regra probatória se assemelha ao *in dubio pro reo*, o qual ensina que no caso de dúvida sobre a autoria da conduta delituosa, o acusado deverá ser absolvido, pois, ante o juízo de ponderação a ser feito pelo magistrado, soltar um culpado é menos grave que condenar um inocente.

Para Gustavo Badaró:

Quando a lei exige para uma medida qualquer que existam 'indícios de autoria', não é preciso que haja certeza da autoria, mas é necessário que o juiz esteja convencido de que estes 'indícios' estão presentes. Se houver dúvida quanto à existência dos 'indícios suficientes de autoria', o juiz deve impronunciar o acusado, como consequência inafastável do *in dubio pro reo* (2018, p. 390).

No que tange a regra de tratamento, ela surge para impedir que o investigado esteja em condição de suspeito, acusado, indiciado, ou seja, que recaia sobre ele uma condenação sem antes ter havido o trânsito em julgado da sentença. Além disso, proíbe-se prisões automáticas, bem como a execução provisória da pena.

Nas palavras de Laís Mesquita Gondim: “A privação cautelar da liberdade somente se justifica em casos excepcionais, ou seja, a regra é responder ao processo penal em liberdade, e a exceção é estar preso” (2021, p. 27).

Nessa conjuntura, quanto a execução provisória da pena, o entendimento dos tribunais superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal - STF, mudou em vários momentos no cenário jurisdicional brasileiro. Tais mudanças influenciaram diretamente na tratativa quanto a possibilidade da execução provisória da pena após a condenação em segundo grau.

Atualmente o entendimento da Suprema Corte é no sentido de ser proibida, tendo sido feita interpretação conforme a Constituição Federal, para vedar a prisão automática do acusado após decisão em segunda instância, tendo em vista o respeito ao princípio fundamental da presunção de inocência. Contudo, resta equivocada a interpretação feita, conforme se observará pelos argumentos trazidos ao longo do projeto.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da não-culpabilidade, conforme explanado, garante o direito de presumir a inocência do investigado/acusado até que sobrevenha a condenação. Contudo, isso não induz a plenitude da liberdade durante a persecução penal, haja vista a existência das prisões cautelares, as quais são definidas por Guilherme Souza Nucci, como:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual. Por outro lado, o Código Penal regula a prisão 12 proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado e o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (2020, p. 937).

Nesse sentido, ensina o ilustre Promotor de Justiça Luiz Cláudio Carvalho de Almeida:

Na prisão cautelar não se tem por escopo a aplicação de pena, ou seja, não se faz presente o caráter punitivo-retributivo da sanção penal. O que se visa é o resguardo do processo, ou melhor, busca-se a efetividade da prestação jurisdicional. Como é notório, o Estado se vale do processo para o conhecimento do fato submetido à análise para então, após esgotados os meios de prova, dizer o direito aplicável à hipótese submetida a seu crivo. Para tanto, o tempo é fator indissociável da efetiva prestação jurisdicional. Por mais célere que venham a ser os mecanismos judiciários, o decurso do tempo poderá influir decisivamente na eficácia da decisão. E é justamente o plano da eficácia que atribui ao Estado credibilidade de suas decisões, com repercussão, por certo, na segurança jurídica que ele, o Estado, deve resguardar. Aliás, um dos mais fortes argumentos justificadores da própria existência do Estado é a segurança jurídica. Assim sendo, surge a necessidade de mecanismos de garantia da efetividade do provimento jurisdicional, paralelamente aos mecanismos de apuração da verdade, atinentes ao processo (1999, p. 156).

Tais espécies de prisões estão previstas no Código de Processo Penal no artigo 311 e na Lei nº 7.960/89, artigo 1º, respectivamente:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 1º Caberá prisão temporária: (Vide ADI 3360) (Vide ADI 4109)

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

No que tange a prisão preventiva, a lei processual penal determina que a aplicação dela deverá ser subsidiária, ou seja, somente poderá, o juiz, aplicá-la

quando não for possível fazer a substituição por outro cautelar, conforme estabelece o artigo 282, § 6º da referida norma:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro, prevê, ainda, a prisão em flagrante, a qual, conforme definição dos artigos 301 e 302 do Código de Processo Penal, caberá quando:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

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

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Outrossim, o preso em flagrante de delito deverá ser encaminhado ao juízo competente para que se realize a audiência de custódia, no prazo máximo de vinte e quatro horas, na qual o juiz, de modo fundamentado, decidirá, entre outros, pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, vide artigo 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

- I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nesse sentido, são espécies de prisões cautelares: prisão em flagrante; prisão preventiva; e a prisão temporária. Em todos os casos o juiz deverá justificar a necessidade em restringir a liberdade do agente ante a urgência ou quando não for cabível outras medidas cautelares, pois a regra é responder pelo processo em

liberdade, conforme se depreende da própria normativa Constitucional presente no artigo 93, inciso IX, o qual determina a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Ainda, segundo ensinamento, sobre o princípio da motivação das decisões, do ilustre advogado Iuri Ibrahim B. Zaidan:

O princípio da motivação das decisões judiciais surge com intuito de disciplinar o poder jurisdicional, impondo-lhe limites para que tal poder afaste da sua função toda e qualquer arbitrariedade em detrimento dos direitos inerentes ao cidadão [...] a motivação das decisões judiciais se amolda aos direitos e garantias trazidas pelo Estado Democrático de Direito, pois conforme demonstrado acima, o Poder Jurisdicional encontra limites e esses limites devem respeitar primordialmente os direitos do cidadão que estão sob sua tutela, desta maneira, prevalecerão os direitos enraizados na democracia (2015, p. 1).

Corroborando, além do dever de a decisão do magistrado ser fundamentada, as medidas cautelares não recaem sobre o investigado/acusado de modo automático, em razão da prática de certo delito, posto que devem observar os requisitos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, os quais são definidos pela prof^o Laís Mesquita Gondim:

O *fumus boni iuris* consiste na aparência do bom direito, na plausibilidade do direito requerido pela parte, aferida num juízo de cognição sumária, de mera probabilidade e verossimilhança. No processo penal, ele é denominado *fumus commissi delicti*, consistindo em elementos objetivos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por determinado sujeito, ou seja, prova da materialidade e indícios de autoria ou participação. A plausibilidade é do direito de punir do Estado.

O *periculum in mora*, por sua vez, consiste no perigo da demora do processo, que põe em risco sua eficácia, tendo em vista que o passar do tempo pode tornar a prestação jurisdicional ineficaz (2021, p. 361).

Reforçando os conceitos acima, os artigos 282, inciso I e 312, § 1º e 2º ambos do Código de Processo Penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Por fim, o Código de Processo Penal prevê, ainda, como hipótese de cautelar, a prisão domiciliar, conforme dispõe artigo 317: A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Segundo ensina a profª Laís Mesquita Gondim:

a prisão domiciliar consiste em medida substitutiva da prisão preventiva, de forma que mantém a mesma natureza jurídica cautelar desta. Ela está inserida no Título que dispõe sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade provisória. Ainda, foi tratada em capítulo diverso das medidas cautelares diversas da prisão, de forma que a prisão domiciliar é uma forma de prisão preventiva, não de medida cautelar alternativa (2021, p. 403).

Além disso, a norma processual penal determina os seguintes requisitos para concessão da cautelar de prisão domiciliar, vide artigo 318:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

No que tange as investigações ou processos sobre mulheres, deveram ser observadas, ainda, as seguintes regras, nos termos do artigo 318-A do CPP:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).
 I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).
 II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Assim, as prisões cautelares possuem caráter excepcional e não visam o cumprimento antecipado da pena pelo agente que está sendo investigado/acusado, pois, a finalidade dela é restringir a liberdade dele por determinado momento, a fim de alcançar o sucesso na prestação jurisdicional.

3.1 DOS PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DA CAUTELAR AO ACUSADO

As medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma cumulativa ou isolada, devendo ser observado, contudo, a proporcionalidade da medida com a adequação ao fato delituoso, conforme artigo 282, inciso II e § 1º do Código de Processo Penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
 II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
 § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ademais, para que o juiz proceda com aplicação de qualquer medida cautelar, deverá ser previamente provocado, ou seja, não poderá decretá-la de ofício, em observância ao sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro, vide artigos 282, § 2º e 311 da norma processual criminal:

§ 2º 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
 Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Igualmente, a regra quanto a aplicação de qualquer cautelar de natureza penal é que seja observado o contraditório e a ampla defesa, em qualquer momento da persecução penal, assim, ensina o artigo 282, § 3º do CPP:

Art. 282 (...)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Ressalta-se que, mesmo o requerimento da acusação sendo pela prisão preventiva ou provisória, poderá o juiz determinar outra que julgue adequada ao caso concreto, não ficando, portanto, vinculado à solicitação feita, nesse sentido artigo 282, § 5º do CPP:

Art. 282 (...)

§ 5º 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 sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Contudo, caso o juiz negue o requerimento pela prisão preventiva ou a revogue, caberá recurso em sentido estrito, vide artigo 581, inciso V do CPP:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; (Redação dada pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989).

No mais, com o advento da lei nº 13.964/19, a qual mudou, substancialmente, o Código de Processo Penal, passou a determinar que a necessidade da prisão preventiva fosse revista pelo magistrado, nesse sentido o artigo 316, parágrafo único da lei processual penal:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Isso porque, a prisão preventiva é regida pela cláusula *cláusula rebus sic stantibus*, nos termos da explicação feita pela prof^a Laís Mesquita Gondim:

A decisão que decreta alguma medida cautelar está submetida à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, à persistência do suporte fático que legitimou sua decretação. Assim, quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, a medida cautelar deverá ser revogada. Por outro lado, poderá ser novamente decretada em aparecendo razões que a justifiquem (2021, p. 364).

Por fim, o recurso tem por legitimados o Ministério Público, querelante ou assistente, não tendo, entretanto, qualquer efeito suspensivo. Ademais, a jurisprudência do STJ é firme no sentido da impossibilidade de ser impetrado mandado de segurança pelo membro do parquet a fim de conseguir tal efeito a medida, conforme ensinamentos da Súmula 604 da respeitável Corte: “O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público”.

Da mesma maneira, aduz a prof^o Laís Mesquita Gondim:

Se a lei não confere efeito suspensivo para aquele recurso, não se pode dizer que a parte tenha direito líquido e certo de obtê-lo. Logo, se não existe direito líquido e certo, não é caso de concessão de mandado de segurança. Entretanto, o Ministério Público poderia propor uma medida cautelar para tentar obter efeito suspensivo do recurso (2021, p. 365).

Com isso, as medidas cautelares, em especial as prisões, devem seguir os preceitos normativos processuais e constitucionais vigentes na legislação brasileira, a fim de garantir ao investigado/acusado todos os direitos inerentes a ele, tais como contraditório, ampla defesa, ser tratado com respeito e dignidade, posto que, são medidas necessárias ao fiel cumprimento da lei do devido processo legal.

3.2 DA PRISÃO PENA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro faz diferenciações sobre a prisão-pena, a qual se trata do *jus puniendi* estatal, e prisões cautelares, que visam auxiliar na investigações e processos penais, a fim de alcançar a efetiva resposta frente a certo caso concreto.

Nas palavras de Marcelo Fidalgo:

A prisão-pena será oriunda de uma decisão transitada em julgado; já as prisões sem pena serão utilizadas como medidas cautelares para garantir que o processo seja eficaz quanto ao seu fim, para preservar a ordem pública, a ordem econômica e para conveniência da instrução criminal (2016, p. 1).

Nos termos do artigo 32 do Código Penal a prisão-pena é dividida em:

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa.

Ademais, a norma Penal estabelece qual será o regime inicial, o estabelecimento, com base no delito e pena privativa de liberdade aplicada pelo juiz na sentença condenatória, vide artigo 33:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

No que tange as penas restritivas de direito e de multa, os artigos 43 e 49 do Código Penal dispõe da seguinte forma:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

- I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

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

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Conforme dispõe a Lei Maior em seu artigo art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o qual materializa o princípio da presunção de inocência.

No Brasil, no que tange a prisão-pena há quatro grandes marcos históricos, isso porque, a interpretação da Suprema Corte mudou ao longo dos anos. Assim, o dilema sobre o tema está em torno da possibilidade de o início da prisão-pena nas hipóteses em que restar apenas a pendência de julgamento dos recursos sem efeitos

suspensivos, tais como Recurso Especial ou Extraordinário, haja vista o princípio da presunção de inocência, conforme se demonstrará no próximo a seguir.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

O preceito fundamental da proporcionalidade possui origem na segunda guerra mundial, em meio as atrocidades perpetradas pelo regime Nazista na Alemanha, nos termos dos ensinamentos da juíza Heliana Maria Coutinho Hess:

O princípio da proporcionalidade surgiu após a Segunda Grande Guerra, na Alemanha, para afastar as restrições do Estado intervencionista e para a garantia dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht – BverfGE) tem sido o protagonista em sua aplicação mediante a análise de constitucionalidade dos casos que são aceitos para julgamento por meio de queixas constitucionais (Verfassungsbeschwerden). Por meio do Princípio da Reserva Legal, o Tribunal Federal Alemão realiza o controle da constitucionalidade dos atos administrativos que forem desproporcionais e que visem afastar os direitos fundamentais, ferindo o Estado Social e Democrático de Direito (2015, p. 272).

Além disso, em 1948 com o advento da Declaração Universal dos Direitos humanos, após a segunda guerra mundial, foi previsto no artigo 29 do referido documento:

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 2. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Importante mencionar que, o postulado acima descrito na mais é do que a materialização do princípio da proporcionalidade, assim, aduz Andréa Neves Gonzaga Marques:

A proclamação supra mencionada traz à baila o princípio da proporcionalidade, eis que da forma como foi estabelecido acima, a adequada proporção torna-se condição de legalidade. Quando a medida é excessiva ou injustificável, ela sai da proporcionalidade e por isso é inconstitucional (2010, p. 01).

O princípio da proporcionalidade não possui previsão expressa na Carta Magna, sendo um dos preceitos fundamentais implícitos inerentes ao indivíduo.

Isso porque, uma das facetas de tal norma fundamental é evitar o excesso de Poder do Estado sobre a pessoa, conforme ensina a prof^a Laís Mesquita Gondim:

O mencionado postulado funciona como coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder Público (2021, p. 46).

Com base em tal princípio fundamental busca-se evitar situações de desequilíbrio entre a aplicação da norma frente aos direitos dos indivíduos, a fim de evitar qualquer injustiça ou arbitrariedade estatal.

Nesse sentido, ensina Celina Maria Macedo:

não possui o legislador ampla liberdade de conformação legislativa, tendo em vista que a sua discricionariedade deve ser exercida dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. Desse modo, as normas penais devem estar em consonância com o princípio da proporcionalidade, com vistas a impedir excessos e omissões legislativas que importem violação ao aludido princípio (2010, p. 10).

Outrossim, o princípio da proporcionalidade possui duas facetas, quais sejam: proibição do excesso e vedação a proteção deficiente, os quais estão relacionados aos garantismos negativo e positivo quanto ao poder estatal, respectivamente.

No que tange a proibição do excesso, explica Celina Maria Macedo:

O princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de excesso - Übermassverbot - está diretamente relacionado com o clássico garantismo negativo, segundo o qual compete ao Estado, visto como inimigo dos direitos fundamentais, abster-se de realizar condutas que violem tais direitos, aqui entendidos como direitos de defesa. Trata-se da vertente do princípio da proporcionalidade afinada com os ideais do liberalismo, quais sejam os de proteção do indivíduo frente ao poder estatal (2010, p. 11).

Insta salientar que, na faceta quanto a proibição do excesso, enxerta no princípio da proporcionalidade, há a divisão em três subprincípios, sendo eles, segundo aduz a ilustre docente Laís Mesquita Gondim, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que têm por características os seguintes aspectos:

Por força do princípio da adequação, a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto. Há uma relação de meio e fim, questionando-se se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. O princípio da necessidade ou da exigibilidade, determina que a medida escolhida deve ser a menos gravosa, a que menos restrinja direitos fundamentais. Por último, princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido com a medida, para que se constate se há justificativa plausível para interferência na esfera de direitos fundamentais. Trata-se da verificação da relação de custo-benefício da medida (2021, p. 47).

Ocorre que, muito além de proibir as arbitrariedades do Estado contra o indivíduo, o princípio da proporcionalidade visa evitar que o mesmo ente estatal confira a sociedade proteção deficiente em face aos direitos fundamentais.

Nesses termos, leciona Celina Maria Macedo:

O princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção deficiente - *Untermassverbot* - está diretamente relacionado com o garantismo positivo, segundo o qual compete ao Estado, amigo dos direitos fundamentais, um comportamento ativo na concretização desses direitos, a fim de cumprir com o seu dever de proteção. Trata-se da vertente do princípio da proporcionalidade afinada com os ideais do Estado Democrático de Direito, quais sejam os de concretização das garantias constitucionais a partir de um imperativo de tutela (2010, p. 13).

Corroborando, o princípio da proporcionalidade impõe dois deveres ao Estado frente aos indivíduos, a vedação ao excesso e a proibição da proteção deficiente, consoante Celina Maria Macedo:

Cuida-se, pois, de uma política integral de proteção dos direitos, porquanto o dever de proteção estatal passa a abranger tanto uma proteção negativa, contra abusos estatais, ao limitar o poder de intervenção do Estado, como uma prestação positiva, ao atuar de forma ativa na tutela da segurança e demais direitos fundamentais, de modo a proteger a sociedade¹⁴ contra agressões de terceiros. A proteção dos direitos fundamentais deve ser exercida, então, em favor do cidadão frente ao Estado e em favor do cidadão por intermédio do Estado (2010, p. 14)

Por meio do princípio da proporcionalidade é possível concluir que o indivíduo está protegido contra os abusos estatais (garantismo negativo), mas em contrapartida possui o direito de que o Estado proporcione uma proteção satisfatória em relação aos demais direitos os quais lhe são conferidos pelas Constituição Federal e demais lei infraconstitucionais (garantismo positivo).

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A divergência sobre a possibilidade do cumprimento da pena após condenação em segunda instância percorre por mais de duas décadas, sendo que, até fevereiro de 2009, o STF entendia pela possibilidade da execução provisória da pena, tendo por fundamento o fato de os recursos (especial e extraordinários) remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a Corte Suprema possuem efeito devolutivo, conforme se depreende do julgamento do Habeas Corpus (HC) 68726/DF, ocorrido em 1991:

Os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Assim, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, é possível que o órgão julgador de segundo grau expeça mandado de prisão contra o réu (STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991).

Nesse sentido, esclarece a prof^a Laís Mesquita Gondim:

Até fevereiro de 2009, o STF entendia que era possível a execução provisória da pena. Desse modo, se o réu estivesse condenado e interpusse recurso especial ou recurso extraordinário, teria que iniciar o cumprimento provisório da pena enquanto aguardava o julgamento (2021, p. 368).

Entretanto, entre fevereiro de 2009 a fevereiro de 2016, a regra quanto a execução provisória ganhou nova roupagem, já que a Suprema Corte passou a entender pela impossibilidade de recolhimento do sentenciado ao estabelecimento prisional após as decisões ordinárias.

Com base no julgamento do HC 84078/MG, de relatoria do Ministro Eros Graus, datado de fevereiro de 2009, a antecipação da execução penal é incompatível com a norma Constitucional vigente, bem como restringe o direito de defesa do réu. Além disso, o magistrado considerou ser plenamente possível a decretação de prisão após a condenação em segundo grau a título cautelar, quando presentes os requisitos legais. Nesse sentido:

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5o, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contempção, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A

comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator - -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF. Plenário. HC 84.078-7, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009).

Os principais argumentos para decisão, conforme leciona a prof^a Laís Mesquita Gondim:

o condenado poderia até aguardar o julgamento do REsp ou do RE preso, mas desde que estivessem previstos os pressupostos necessários para a prisão preventiva (art. 312 do CPP). Dessa forma, ele poderia ficar preso, mas cautelarmente (preventivamente) e não como execução provisória da pena.

Principais argumentos: A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa restrição do direito de defesa. A antecipação da execução penal é incompatível com o texto da Constituição. (2021, p. 369).

Ocorre que, tal entendimento se manteve, como dito, até fevereiro de 2016, quando, novamente, o STF enfrentou o tema, diante do julgamento do HC 126292/SP, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, tendo por bases os seguintes argumentos: a execução provisória da pena após a condenação em segundo grau não viola o princípio da não-culpabilidade, pois o recurso especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, conforme artigo 637 do CPP, assim, a decisão recorrida permaneceria produzindo seus efeitos.

Além disso, a presunção de inocência do réu seria mantida até a confirmação da sentença de segunda grau, momento em que o princípio da presunção de inocência é exaurido. Ademais, os recursos extraordinários apenas se prestam a analisar matérias de direito, não sendo possível o reexame de fatos e provas, conforme se depreende de trecho do voto do ex-relator Ministro Teori Zavascki:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado [...] é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016)

Corroborando, o magistrado entendeu também se possível que o princípio da não-culpabilidade poderia sofrer algumas restrições, vide trecho do julgado: “O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas” (2016, p. 10).

Outrossim, para o Ministro Relator a execução provisória da pena não seria comprometida quando somente restasse recursos de natureza extraordinária, já que o sentenciado teria sido tratado como inocente durante toda a persecução penal, segundo seus ensinamentos:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Respaldando o entendimento da Suprema corte no julgado do Habeas Corpus nº 126.292, a prof^a Laís Mesquita Gondim, os principais argumentos foram:

O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso; Até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito; É possível o estabelecimento de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado; A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual; e é necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal. Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos acusados, como também da sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro (2021, p. 369).

Acontece que, em novembro de 2019, quando do julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) n° 43, 44 e 54, ambas do Distrito Federal, o Relator Ministro Marco Aurélio de Mello votou pela impossibilidade da execução provisória da pena, sendo acompanhado pela maioria do plenário.

Na ocasião, levaram em consideração as seguintes questões: O inciso LVII do art. 5º da CF/88 não deixa dúvidas quanto ao fato de que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Além disso, não é possível considerar que o princípio da não-culpabilidade atrapalha as atividades de investigação e persecução estatal, conforme trecho retirado do seu voto:

O inciso LVII do art. 5º da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação [...] É infundada a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado. A repressão a crimes não pode desrespeitar e transgredir a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados. [...] A Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público (2019, p. 293).

Confirmando tal mudança na jurisprudência da Suprema Corte, leciona a profª Laís Mesquita Gondim:

Vale ressaltar que é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado (antes do esgotamento de todos os recursos), no entanto, para isso, é necessário que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP. Dessa forma, o réu até pode ficar preso antes do trânsito em julgado, mas cautelarmente (preventivamente), e não como execução provisória da pena.

No que se refere aos principais argumentos trazidos pela Corte Suprema, destaca a prof^o Laís Mesquita Gondim:

O art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”. Esse artigo é plenamente compatível com a Constituição em vigor; O inciso LVII do art. 5º da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação; É infundada a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado. A repressão a crimes não pode desrespeitar e transgredir a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados; A Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público (2021, p. 370).

Conforme demonstrado o tema é bastante conturbado, não tendo uma posição majoritária quanto à possibilidade ou não da execução da pena. Contudo, não se pode olvidar que por vezes são interpostos recursos meramente protelatórios, visando, tão somente, o retardamento do cumprimento da sanção penal ou mesmo a prescrição.

Segundo lições de Diogo Castor de Mattos:

O abuso no direito de recorrer provoca a lentidão do processo e conseqüentemente o assoberbamento dos Tribunais Superiores. Isso protela, quando não impossibilita, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. [...] Assim, esses entraves se conectam umbilicalmente com as dificuldades práticas operacionais que impedem a obtenção de efetividade nas condenações dos crimes de colarinho branco (2018, p. 86).

Corroborando, Breno Alkmin Camargo:

Salta aos olhos a desnecessidade da concessão de infundáveis recursos. Além disto, atenta de forma incontestante aos princípios da duração razoável do processo e da celeridade processual. Por fim, insta destacar que o abuso no uso de recursos no processo penal, protelando um processo por anos e anos, acaba por findar no instituto da prescrição (2021, p. 33).

No que tange a prescrição, ela é definida por Helenio Cláudio Fragoso como:

a perda de um direito pelo decurso de tempo sem que ele tenha sido exercido. A prescrição penal faz desaparecer o direito de punir do Estado (pretensão punitiva), ou o seu direito à execução da pena imposta. Trata-se da causa de extinção da punibilidade (Art. 107, IV, CP)⁵, que deixa subsistir a ilicitude penal do fato (2006, p. 516).

Nesse sentido, o Código Penal elenca o transcurso de tempo necessário para que ela ocorra, conforme artigo 109, in verbis:

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: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

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. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

No que tange a interrupção da prescrição, o último marco em que ela ocorre é justamente pelo início do cumprimento da pena ou pela continuação dela, vide artigo 117, inciso V do Código Penal: “ Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)”.

Ratificando os termos da lei penal, dispõe o ex-Ministro Teori Zavascki:

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

Nas palavras de Rogério Greco:

Não é incomum no dia a dia forense que muitos recursos sejam impetrados com a finalidade de fazer com que a sentença condenatória de primeiro grau, por exemplo, não transite em julgado. A finalidade, em alguns casos, é a de, justamente buscar a prescrição superveniente, pois que muitos Tribunais demoram, excessivamente, em julgar os recursos interpostos, permitindo que ocorra a extinção da punibilidade (2013, p. 726).

Ante o exposto, é notório que os recursos protelatórios inibem a função estatal de punir e coibir a prática de delitos no Brasil, já que o processo pode se arrastar por anos e, por vezes, gerar até mesmo a extinção da punibilidade pela prescrição.

Corroborando, o ex-Ministro Teori Zavascki:

E 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 indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Em consonância com o entendimento da ex-Ministra da Suprema Corte Ellen Gracie ao julgar o HC 85.886, em 2005: “em país nenhum do mundo, depois de

observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (2016, p. 12, apud Ministro Teori Zavascki).

No que tange aos Recursos Extraordinário e Especial, o Min. Edson Fachin afirma que:

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Ademais, é extremamente criticado por parte da doutrina e jurisprudência a impossibilidade de o cumprimento provisório da pena ocorrer após a condenação em segunda instância, pois causa a seletividade na persecução penal, já que a classe mais desfavorecida não consegue arcar com os custos de um advogado para interposição de tantos recursos e por tamanho período de tempo.

O Ministro Roberto Barroso, foi silente em afirmar quando decidiu, em sede do HC 126.292/SP3:

A ampla e (quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defende-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não, por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária (2016, p. 33).

Diante desse cenário, o autor Flávio Guaragni ensina as razões pelas quais o instituto da prescrição auxilia o não cumprimento da pena quanto aos crimes de colarinho branco:

As razões pelas quais se apresenta a prescrição penal como verdadeiro fator de impunidade, apartando-se de sua original missão de atuar em níveis razoáveis – em termo de política criminal – como causa extintiva de punibilidade, encontram-se tanto na própria sistemática em que está vazado, no Código Penal brasileiro, o instituto, quanto no excessivo liberalismo que caracteriza a jurisprudência nacional em temas de direito penal (2008, p. 17).

No mesmo sentido, Breno Alkmin Camargo:

a seletividade do direito penal se manifesta nas mais variadas formas e, é inegável que o abuso no uso de recursos é uma destas faces, basta ver que quem detém um notável poderio econômico recorre incessantemente, ao passo que o pobre se depara com o trânsito em julgado muito aquém do que aqueles pertencentes as classes abastadas. Mais uma razão pela qual o sistema carcerário resta superlotado de condenados por crimes patrimoniais e quase nenhum preso pela criminalidade do colarinho branco (2021, p. 31).

Assim, conforme exposto, o princípio da não culpabilidade é voltado a proteção da pessoa, lhe conferindo garantias como a regra de tratamento, a qual estabelece que ele seja o investigado sendo considerado inocente até sentença condenatória transitado em julgado, bem como a regra processual a qual aduz que incumbe ao órgão acusador o ônus de prova a autoria e materialidade da conduta.

Entretanto, tal princípio não pode conter caráter absoluta, a ponto de negar a importância das decisões proferidas em instância ordinária, as quais detém toda possibilidade da análise fática quanto ao caso concreto discutido.

Assim, afirma o ilustre Min. Edson Fachin:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiância às decisões provenientes das instâncias ordinárias (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Contudo, o regramento pátrio não pode ser usado como subterfúgio para inibir a atividade punitiva estatal e garantir a impunibilidade de pessoas já condenadas em segunda instância. Além disso, os recursos extraordinários direcionados ao STF e STJ são meramente devolutivos, razão pela qual a decisão recorrida permanece produzindo efeitos, mesmo estando pendente o julgamento de tais instrumentos.

Nesse sentido, bem esclarece o ex-Ministro Teori Zavascki:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. (STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Portanto, necessário se faz dosar o direito-dever do Estado em punir aquele que comete crime e o princípio da não-culpabilidade, vedando o excesso de ambos

os lados, a fim de garantir que seja mantida a ordem jurídica e coibir a impunidade no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todo o exposto, conclui-se que a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância segue sendo um tema controvertido na jurisprudência e doutrina brasileira. O assunto passou por várias mudanças de entendimento ao longo dos anos, contudo, prevalece, atualmente, a impossibilidade do cumprimento antecipado da pena.

Conforme abordado, a controvérsia se pauta em torno do princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988, bem como em diversos documentos internacionais dos quais o Brasil faz parte, a exemplo, o Pacto San José da Costa Rica, vedando a proibição de excessos por parte do Estado.

Tal princípio possui duas regras cruciais, a de tratamento, a qual visa impedir que a pessoa investigada seja condenada antes de ter havido uma condenação transitada em julgado, ou seja, carregue o estigma de ser suspeito/culpado; de outro lado há a regra probatória que determina ser tarefa da acusação, durante o processo penal, provar a culpa da pessoa denunciada pela prática de certo delito, se aproximando, dessa forma, do *in dubio pro reo*.

Ocorre que, a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2019, quando do julgamento das ADC's 43, 44 e 54, determinando a impossibilidade da execução da pena após a decisão em segunda instância, contribuí para a impunidade de crimes no Brasil, em especial aqueles denominados de colarinho branco, os quais são cometidos por pessoas de alto poder econômico, haja vista os inúmeros recursos utilizados para protelarem a persecução penal, os quais, por vezes se prolongam no tempo e alcançam o instituto da prescrição, impossibilitando o Estado de aplicar a execução da pena.

Isso porque, após a confirmação da condenação em segunda instância, os recursos cabíveis são direcionados ao STJ e STF e não possuem o poder de rever a matéria fática ou suspender a decisão proferida pelo tribunal de segunda instância, com isso, se estabelece a chamada seletividade penal, visto que, nem todas as pessoas possuem capacidade financeira em arcar com honorários advocatícios para postergarem o fim da persecução por tanto tempo o processo penal, portanto, privilegia-se cidadão com maior poderio econômico.

Outrossim, em que pese nos julgados acima citados, o Relator Ministro Gilmar Mendes tenha pontuado pela possibilidade da prisão preventiva, após a condenação em segunda instância, essa não é suficiente para garantir o direito-dever do Estado de punir aquele que contrariou as normas sociais e o ordenamento pátrio, vez que as medidas cautelares precisam observar, além dos requisitos estabelecidos pela norma processual, o princípio da proporcionalidade, não sendo viável uma pessoa ficar recolhida à prisão com base em prisão meramente processual.

Assim, embora o princípio da não culpabilidade seja uma garantia fundamental prevista na Carta Magna para resguardar o indivíduo, ele deve ser sopesado a fim de impedir que pessoas já condenadas em duas instâncias se mantenham impunes pelos delitos cometidos, vez que deve-se tutelar, também, à vedação da proteção insuficiente da coletividade, de modo que o Estado Soberano não pode ser garantidor apenas das garantias individuais, devendo resguardar a sociedade como um todo e, isso inclui a imposição daquele que cometeu ilícito penal e foi condenado por tal conduta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho. **A prisão cautelar e o princípio da proporcionalidade**. Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2023.

CAMARGO, Breno Alkmin. **(Im) Possibilidade de prisão após condenação em segunda instância**. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2140/2/TCC%20-%20Breno%20ALKMIN.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2023.

FIDALGO, Marcelo. **Prisão cautelar e prisão preventiva**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/prisao-cautelar-e-prisao-preventiva/348336409#:~:text=A%20pris%C3%A3o%2Dpena%20ser%C3%A1%20oriunda,para%20conveni%C3%Aancia%20da%20instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal>. Acesso em: 12 set. 2023.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

GONDIM, Lais Mesquita. **Direito processual Penal**. 2º edição. Brasília: Cpiuris, 2021.

GRAÇANO, Vitor Dourado. **Presunção de Inocência: Evolução como Princípio e Garantia Fundamental**. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/presuncao-de-inocencia-evolucao-como-principio-e-garantia-fundamental>. Acesso em: 20 ago. 2023.

HESS, Heliana Maria Coutinho. **Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil – aplicações ao Direito midiático**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic11.pdf?d=63667>

SILVA, Renan Lourenço. **Antecedentes históricos e legais do princípio da presunção de inocência.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/antecedentes-historicos-e-legais-do-principio-da-presuncao-de-inocencia/588811224>. Acesso em: 14 set. 2023.

UFMS. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789.** Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ZAIDAN, Iuri Ibrahim B. **A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais: garantia constitucional ao devido processo legal.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-obrigatoriedade-de-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-garantia-constitucional-ao-devido-processo-legal/254021015#:~:text=IX%20CF%2F88.,dos%20direitos%20inerentes%20ao%20cidad%C3%A3o>. Acesso em: 01 out. 2023.

DISCENTE: Iglén Dias Campos

CURSO: Direito

DATA DE ANÁLISE: 01.11.2023

RESULTADO DA ANÁLISE

Estatísticas

Suspeitas na Internet: **4,68%**

Percentual do texto com expressões localizadas na internet [▲](#)

Suspeitas confirmadas: **2,75%**

Confirmada existência dos trechos suspeitos nos endereços encontrados [▲](#)

Texto analisado: **95,29%**

Percentual do texto efetivamente analisado (frases curtas, caracteres especiais, texto quebrado não são analisados).


Sucesso da análise: **100%**

Percentual das pesquisas com sucesso, indica a qualidade da análise, quanto maior, melhor.

Analisado por Plagius - Detector de Plágio 2.8.5
quarta-feira, 1 de novembro de 2023 12:02

PARECER FINAL

Declaro para devidos fins, que o trabalho do discente **IGLEN DIAS CAMPOS**, n. de matrícula **10052**, do curso de Direito, foi aprovado na verificação de plágio, com porcentagem conferida em 4,68%. Devendo o aluno realizar as correções necessárias.

Documento assinado digitalmente
 HERTA MARIA DE ACUCENA DO NASCIMENTO SI
Data: 01/11/2023 16:53:43-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

(assinado eletronicamente)
HERTA MARIA DE AÇUCENA DO N. SOEIRO
Bibliotecária CRB 1114/11
Biblioteca Central Júlio Bordignon
Centro Universitário Faema – UNIFAEMA