

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA**

Caroline Marcelly Dolens de Oliveira

Presidente Prudente/SP  
2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA**

Caroline Marcelly Dolens de Oliveira.

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente – São Paulo  
2020

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA**

Monografia aprovada como requisito  
parcial de Conclusão de Curso para  
obtenção de grau de Bacharel em Direito.

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS  
Orientador

WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR  
Examinador

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA  
Examinador

Presidente Prudente, 22 de junho de 2020

*“Se Deus disse que eu posso, então eu posso! Irei e não temerei mal algum”*

*(Filipenses 4:13)*

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele nada seria possível, e aos meus pais, pilares da minha educação como ser humano.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me dado força e discernimento para a conclusão do presente trabalho.

Aos meus familiares, em especial meus pais e irmãos, que me impulsionaram a concluir o curso, oferecendo todo apoio necessário.

Ao meu orientador, pela oportunidade e confiança doada.

À instituição e seu corpo docente, pelo empenho e qualidade do ensino disponibilizado.

Aos meus amigos e todos aqueles que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação e contribuíram para a elaboração deste trabalho.

Gratidão eterna.

## RESUMO

A prisão após condenação em segunda instância é um tema muito debatido, pois a Constituição Brasileira prevê inúmeros direitos e garantias fundamentais, sendo esse tipo de prisão uma afronta direta a eles. Isto se dá pelo fato de o Direito Penal possuir uma dupla instrumentalidade, pois ao mesmo tempo em que ele trabalha com a opressão, procura também garantir a boa convivência entre as pessoas e, por vezes, ao tentar satisfazer os dois lados, acaba violando alguns direitos do ser humano. O objetivo deste trabalho é trazer as consequências que a prisão em segunda instância gera ao princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade. O trabalho apresenta também soluções para a problemática, com o intuito de não violar os direitos do cidadão, simultaneamente com o impedimento da prescrição do crime pelo decurso do prazo para a pretensão punitiva estatal, garantindo-se, assim, a efetividade da Justiça Criminal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Condenação. Prisão. Segunda instância. Violação de direitos. Princípio da presunção de inocência. Efetividade da Justiça Criminal.

## **ABSTRACT**

Arrest after second-degree conviction is a hotly debated topic, as our Constitution provides for numerous fundamental rights and guarantees, and this type of arrest is a direct affront to them. This is due to the fact that Criminal Law has a double instrumentality, because at the same time that it works with oppression, it also seeks to ensure good coexistence between people, and sometimes, when trying to satisfy both sides, it ends up violating some rights of the human being. The objective of this work is to bring the consequences that imprisonment in second instance generates to the principle of the presumption of innocence, also called the principle of non-culpability. The work also presents solutions to the problem, in order not to violate the rights of the citizen, simultaneously with the impediment of the prescription of the crime by the term for the punitive pretension of the state, thus guaranteeing the effectiveness of the criminal justice.

**KEYWORDS:** Condemnation. Prison. Second instance. Violation of rights. Principle of the presumption of innocence. Effectiveness of criminal justice.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO</b>	<b>11</b>
2.1	Conceito de Princípios	11
2.2	Conceito do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	12
2.3	Enfoque Constitucional	13
<b>3</b>	<b>POSSIBILIDADE DE RECURSO AS CORTES SUPERIORES</b>	<b>15</b>
3.1	Hipóteses de cabimento do Recurso Especial	16
3.2	Hipóteses de Cabimento do Recurso Extraordinário	17
<b>4</b>	<b>INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA</b>	<b>19</b>
4.1	Primeira modificação referente ao início de cumprimento de pena	20
4.2	Segunda modificação referente ao início de cumprimento de pena	20
4.3	Terceira modificação referente ao início de cumprimento de pena	21
4.4	Quarta modificação referente ao início de cumprimento de pena	26
4.5	Quinta modificação referente ao início de cumprimento de pena	29
4.6	Início do cumprimento de pena em outros ordenamentos	30
a)	Inglaterra	30
b)	Estados Unidos	31
c)	Canadá	31
d)	Espanha	31
e)	Argentina	32
<b>5</b>	<b>PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b>	<b>34</b>
<b>6</b>	<b>PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL</b>	<b>38</b>
6.1	Prisão em Flagrante	41
6.2	Prisão Preventiva	43
6.2.1	Prisão domiciliar	44
6.3	Prisão Temporária	45
6.4	Prisão decorrente de Sentença de Pronúncia	46
6.5	Prisão decorrente de Sentença Condenatória Recorrível	47
<b>7</b>	<b>PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS</b>	<b>50</b>
7.1	Primeira decisão no STF sobre prisão em Segunda Instância	50
7.2	Segunda decisão no STF sobre prisão em Segunda Instância	52
7.3	Terceira decisão no STF sobre prisão em Segunda Instância	56
<b>8</b>	<b>INSEGURANÇA JURÍDICA</b>	<b>59</b>
<b>9</b>	<b>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA</b>	<b>62</b>
9.1	Causas Interruptivas	67
9.1.1	Pelo recebimento da denúncia ou da queixa crime	68
9.1.2	Pela pronúncia	68
9.1.3	Pela decisão confirmatória da pronúncia	69
9.1.4	Publicação de sentença ou acordão condenatório recorrível	69
9.2	Comunicabilidade de Causas Interruptivas	70
9.3	Prescrição nos Crimes Falimentares (Lei nº 11.101/05)	70
9.4	Causas Impeditivas ou Suspensivas da Prescrição	71
9.4.1	Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime (artigo 116, I, CP)	71

9.4.2	Enquanto o agente cumpre pena no exterior (artigo 116, II, CP).....	71
9.4.3	Na pendência de embargos de declaração, ou de recursos aos tribunais superiores quando inadmissíveis (artigo 116, III, CP) .....	72
9.4.4	Enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (artigo 116, IV, CP).....	72
9.5	Causas Impeditivas fora do artigo 116, do Código Penal .....	72
<b>10</b>	<b>EFETIVIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL E O DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>74</b>
<b>11</b>	<b>REFORMA DO CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>80</b>
<b>12</b>	<b>SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL E O PACOTE ANTRICRIME</b>	<b>82</b>
<b>13</b>	<b>EMENDAS À CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>84</b>
13.1	PEC 410/18 .....	85
13.2	PEC 199/19 .....	86
<b>14</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>89</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>92</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como foco principal demonstrar se é constitucional a prisão após condenação em segunda instância, por meio da análise de possibilidades para solução do problema, como forma de garantir a efetividade da Justiça Criminal.

De início, tratou-se sobre os princípios que norteiam a problemática, sendo eles o do duplo grau de jurisdição e o princípio da presunção da inocência, que fizeram refletir sobre outros ramos do Direito, em especial, o Direito Processual Penal vigente.

Após, analisou-se a questão do início de cumprimento de pena, ao se promover um estudo acerca das espécies de prisão cautelares de natureza processual penal, uma vez que a primeira impressão é de que elas violariam os princípios constitucionais que regem a questão, tais como o da presunção de inocência.

O trabalho também trouxe um histórico de precedentes jurisprudenciais sobre o assunto e que, de certa forma, levou à insegurança jurídica, pois, atualmente, têm-se mudanças de entendimento em diversos casos. De fato, o tema estudado já dividiu a Corte Suprema por diversas vezes.

A problemática em questão se dá pela morosidade da Justiça brasileira em processar os crimes em tempo hábil, o que dá margem à ocorrência da prescrição nesse espaço de tempo, fato este gerador de impunidade.

Com intuito de responder ao presente momento histórico, de modo a não se abandonar a luta contra a criminalidade, mas também com o intuito de se oferecer uma ampla proteção à pessoa acusada, o trabalho trouxe diferentes soluções para que a efetividade da Justiça Criminal seja alcançada sem a violação de garantias constitucionais.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi a dedutiva, sendo analisada as informações sobre a prisão após condenação em segunda instância, a fim de se obter uma conclusão sobre o assunto. Além disso, o método descritivo também foi utilizado com o intuito de se realizar, posteriormente, uma análise mais precisa possível, por meio da exposição de fundamentos e posicionamentos.

## **2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

No decorrer da história, vários princípios foram criados com a finalidade de estruturar o direito. Esses princípios podem ser observados nas Constituições existentes no mundo, pois contribuem para a formação de uma estrutura básica para determinado sistema.

As garantias decorrem não só de normas internas, mas também de tratados ou convenções internacionais. Tais garantias norteiam o ordenamento jurídico, tanto em âmbito constitucional, quanto infraconstitucional.

### **2.1 Conceito de Princípios**

Popularmente, entende-se, pela palavra princípio, algo que se inicia, porém, no âmbito jurídico, esta mesma palavra, no plural, possui um significado diferente, tratando-se de regras basilares do direito. Em outras palavras, são requisitos primordiais que irão sustentar a aplicação de leis no ordenamento jurídico, de forma a colaborar inclusive para sua criação, sendo uma verdade real, de valores inegociáveis do homem.

Portanto, os princípios são pressupostos universais, que definem regras essenciais e que beneficiam um sistema maior, que é a própria humanidade, pois dão base para a formação de valores. Posto isto, os princípios guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, de modo que servem de limite para a atuação do jurista, ou seja, limitam a vontade subjetiva do aplicador do direito, além de possuir uma função interpretativa.

No Brasil, desde o século XIX, havia certa resistência em relação à criação de uma Constituição, visto que o Brasil era comandado por um rei, de modo que este possuía suas próprias regras. Com o passar dos anos, sete Constituições foram criadas, vindo estas a realizarem mudanças em todo o país, pois, a partir delas, foram implantados os princípios que hoje representam o pilar do Estado brasileiro.

Dentre as definições tradicionais, tem-se a de Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 230), ao dizer que os princípios são verdadeiros alicerces de um sistema normativo, pois se tratam de verdadeiro mandamento nuclear, que se irradia

por diferentes normas, de modo que servem de critério para a compreensão e racionalidade destas, conferindo-lhes, assim, um sentido harmônico.

A vigência e aplicação dos princípios independem de qualquer documento ou norma formal, tendo surgido posteriormente aos costumes, com base no direito natural. De fato, “os valores firmados pela sociedade são transformados pelo direito em princípios” (ROCHA, 1994, p. 25).

Sendo assim, os princípios foram criados para nortear e estruturar o Estado de Direito, que nada mais é do que um modelo de Estado no qual a lei administra não só a vida social, como também a vida do Estado, por meio de leis, por meio da definição de todas as funções e competências de seus órgãos. Além do mais, os cidadãos estarão protegidos por esses mecanismos, que lhes dão o direito de cobrar do Estado quando este não estiver cumprindo seu papel.

## **2.2 Conceito do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**

Diante do conceito de princípios, passa-se agora ao estudo do princípio do duplo grau de jurisdição, que está relacionado ao reexame obrigatório a ser realizado por um órgão hierarquicamente superior ao anterior que proferiu a decisão.

A origem do princípio do duplo grau de jurisdição está de certa forma vinculado ao recurso de apelação, que nada mais é do que a possibilidade de se recorrer de decisões, devido a insatisfação da parte vencida, ou ainda decorrente de uma falibilidade humana (TICIANELLI, 2009, p.75).

Ao se analisar o contexto histórico deste princípio, nota-se o seu surgimento no Direito grego, romano, germânico, canônico e francês, com chegada posteriormente ao Brasil, tendo como ponto de partida o Direito Português, visto que por um longo período o Brasil foi regido pelas leis lusitanas.

Oreste Nestor de Souza Laspro (1995, p.27) denota o instituto do duplo grau de jurisdição:

[...] como sendo aquele sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões, válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo sempre a segunda em relação a primeira.

Ainda neste mesmo sentido, todavia parcialmente, Djanira Maria Radamés de Sá (1999, p. 88) afirma ser a “[...] Possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão”.

Como visto, ambos os autores são unânimes na questão de que a segunda decisão deva ser proferida por juiz diverso do primeiro que apreciou a causa, porém, observa-se que ambos omitiram a questão da hierarquia, já que mencionaram apenas a distinção dos juízes, em que a segunda decisão prevalecerá sobre a primeira.

Já em sentido contrário, Nelson Nery Junior (1997, p.41) argumenta sobre a questão, no sentido de que o princípio do duplo grau de jurisdição possibilita que a sentença definitiva seja reapreciada por um órgão hierarquicamente superior em relação a aquele que a proferiu, o que se faz de ordinário devido à interposição de recurso. Portanto, o autor não considera uma regra que isto aconteça, pois alega somente a possibilidade.

Por conseguinte, Nery, em suas palavras finais, ressalta não haver necessidade de que a segunda decisão seja proferida por órgão distinto, nem mesmo hierarquicamente acima do primeiro, de forma a contrariar os autores supramencionados, pois, ainda que em caráter excepcional, existem casos em que o recurso ocorre para o juiz primitivo. A esse respeito, têm-se como exemplo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

### **2.3 Enfoque Constitucional**

É possível conceituar a Constituição, em seu sentido formal, como uma “norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo” (BARROSO, 2010, p. 75).

O princípio do duplo grau de jurisdição não encontra previsão expressa na Constituição, mas é trazido pelo Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8º, instrumento este considerado uma norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição e acima das Leis Ordinárias.

Ao se analisar a forma como a Constituição foi organizada, nota-se que a função jurisdicional foi distribuída dentro de órgãos do judiciário, de forma a existirem órgãos inferiores e órgãos superiores. A Constituição conferiu a esses

órgãos superiores a competência jurisdicional para revisar as decisões proferidas em órgãos singulares.

Em razão disso, implicitamente, pode-se deduzir que a Constituição nos garante a possibilidade de se recorrer aos órgãos superiores, em caso de insatisfação da parte vencida, visto que estes órgãos irão rever a decisão já proferida, caracterizando, portanto, o princípio do duplo grau de jurisdição de forma implícita. Além do mais, pode-se dizer também que este princípio garante um outro princípio constitucional, qual seja o princípio do devido processo legal, que atua tanto na seara material, quanto formal.

Neste sentido, De Plácido e Silva (1989, p. 433) considera que, além dos princípios expressos no texto constitucional, têm-se também aqueles princípios historicamente objetivados, inseridos de forma progressiva na consciência jurídica e acolhidos implicitamente no texto constitucional.

Desta forma, nota-se que os princípios são fundamentais para a existência do direito, seja para o uso na atividade forense, ou em relações habituais. Logo, não podem ser limitados à previsão expressa da Magna Carta, de modo que também devem ser admitidos aqueles que, embora não introduzidos, possuam extrema importância, de modo a gerar grandes efeitos na seara jurídica.

### 3 POSSIBILIDADE DE RECURSO AS CORTES SUPERIORES

A Constituição de 1988, entre tantos avanços, criou o Superior Tribunal de Justiça – STJ, sendo este um dos órgãos máximos do Poder Judiciário, que possui a missão de velar pela uniformidade de interpretações da legislação brasileira. Por sua origem na Constituição Cidadã, este órgão também é conhecido por Tribunal da Cidadania.

Antes da criação desse órgão, já existia a figura do Supremo Tribunal Federal – STF, porém, a quantidade de processos que chegavam até ele impedia que tal órgão desse a devida atenção às questões mais relevantes do país, de modo que o modelo de acesso a esta Corte inviabilizava a racionalização de seu trabalho.

Na tentativa de findar tal crise do Supremo, ao final da Magna Carta criou-se um novo Tribunal Superior, com encargo de exercer as atribuições de órgão de cúpula, além da composição das estruturas judiciárias defeituosas. Surge, assim, o Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi delegada ampla competência originária e recursal.

Agora, com dois Tribunais Superiores, dividiram-se as hipóteses de recursos em dois grandes grupos. O primeiro referente a casos de decisões que contrariam a Constituição, desafiadas pelo que se convencionou chamar de recurso extraordinário. Já o segundo se relaciona às decisões que contrariam lei federal, ou a aplicam de forma diversa da interpretação que lhe foi imposta, desafiadas pelo que se denominou de recurso especial.

Porém, a realidade judiciária acabou por frustrar o objetivo da criação do STJ, uma vez que os tribunais superiores vêm sendo bombardeados pelos remédios excepcionais, ou seja, aqueles que haviam sido pensados para uso absolutamente extremo estão sendo usados com frequência, na tentativa de reformar as decisões.

A utilização indevida de tais recursos aos Tribunais Superiores geram efeitos nocivos à atividade jurisdicional. Isso porque, devido ao grande número de causas e o pequeno número de julgadores nos órgãos colegiados, os ministros acabam por julgar um grande número de processos, o que os impede de realizar reflexões mais profundas de cada caso.

A atividade recursal tem como alvo a reforma, a integração ou até mesmo a invalidação de dada decisão judicial, tanto em primeiro, quanto em



segundo grau, ou ainda em instâncias superiores. A busca aqui se dá pela reanálise de ponto questionando pelo requerente, sendo esta reanálise realizada por órgão hierarquicamente superior.

### **3.1 Hipóteses de cabimento do Recurso Especial**

As hipóteses de cabimento deste recurso são restritas e estão expressamente definidas no texto constitucional, em seu artigo 105, ao dispor que compete ao Superior Tribunal de Justiça:

- III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
  - a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
  - b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
  - c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Primeiramente, deve-se salientar que a expressão lei federal engloba: as leis de competência da União; outras expressões de direito federal, como decretos, regulamentos, declaração de guerra ou emissão de moeda; normas de competência comum ou concorrente, que venham a ser elaboradas pelo Congresso Nacional; e, por último, o direito estrangeiro incorporado ao ordenamento interno, sem o status de emenda constitucional (MANCUSO, 2010, p. 244-245).

É necessária a caracterização da contrariedade, ou a negativa de vigência à norma federal, implicando contradição entre o sentido da lei e a sua aplicação. É necessário, também, que o recorrente fundamente sobre a violação ao direito federal, de modo que não basta somente a sua menção.

O Superior Tribunal de Justiça vem se utilizando de inúmeras regras formais existentes para não conhecer os recursos especiais, de modo que a mera alegação de divergência entre a decisão do recorrente e a prolatada por outro tribunal, por si só, não alcançará a via especial.

Deve-se argumentar sobre os julgados, de modo a apontar a semelhança entre os casos e as decisões distintas proferidas. Não existindo esta comparação, restará incomprovada a divergência jurisprudencial nos termos da legislação processual. Ressalta-se, ainda, que no recurso especial a análise é restringida às questões de direito, pressupondo-se, ainda, o esgotamento de outras

vias recursais, assim como a existência do prequestionamento da matéria impugnada, em sede do tribunal que proferiu a decisão.

Ainda neste mesmo sentido, tem-se a súmula de número 13 do STJ, que diz que a divergência dentro de um mesmo tribunal não possui poder para gerar recurso especial: “A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”.

A Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, diz ser: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Faz se necessário informar que na área penal é inaplicável o uso do artigo 105, III, b, da Constituição Federal, visto ela mesma ter afirmado que, em matéria penal, a competência para legislar seria exclusivamente da União. Logo, não haveria possibilidade de divergência entre ato do governo local e a lei federal.

Por fim, a respeito da regularidade procedimental do recurso especial, sua interposição deve ser feita no prazo de 15 dias úteis, devendo a petição ser endereçada ao Presidente do Tribunal que proferiu o acórdão a ser questionado, enquanto as razões deverão ser endereçadas ao Superior Tribunal de Justiça.

### **3.2 Hipóteses de Cabimento do Recurso Extraordinário**

O recurso extraordinário é um recurso de uso excepcional, que visa garantir a harmonia entre a aplicação de normas gerais e a Constituição Federal. Portanto, este recurso é o meio pelo qual se faz a impugnação de uma decisão, podendo esta ter sido proferida por um tribunal estadual ou federal, por uma turma recursal, ou, ainda, pelo juizado especial. A impugnação é feita perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da alegação de contrariedade direta e frontal à Constituição da República.

É de extrema importância que o recorrente, ao interpor o recurso, demonstre a repercussão geral da questão constitucional, isto é, que a sua questão é relevante para inúmeros casos similares. A comprovação deste requisito evidencia à Corte Suprema que o caso tem importância e, dessa forma, deve ser apreciado, pois servirá de paradigma para o julgamento de outros recursos, bem como por todos os outros Tribunais Superiores ou de Segunda Instância.

Assim dispõe a CF, *in verbis*:

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Vale ressaltar que esse recurso não se trata de uma contestação apenas de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça, ou ainda pelo Tribunal Regional Federal, uma vez que a Constituição, em seu artigo 102, III, não traz qualquer menção sobre a origem do julgado a ser impugnado.

Sendo assim, o recurso extraordinário é cabível em qualquer acórdão, inclusive aos originados de turmas recursais do JECRIM, ao contrário do que se observa no recurso especial, que é limitado a decisões de única ou última instância, proferidas por TRF ou TJ.

Nota-se que o recurso extraordinário não se presta à reanálise de provas ou questões de fato. Com efeito, nele se faz apenas a análise constitucional da decisão recorrida, de acordo com a Súmula 279 do STF.

Além do mais, para que haja possibilidade do recurso excepcional em instâncias superiores, é necessário o prequestionamento, que se dá com a alegação prévia e análise anterior da matéria de interesse do recorrente pelo órgão antecedente.

Por fim, a respeito da regularidade procedimental do recurso extraordinário, sua interposição deve ser feita no prazo de 15 dias, devendo a petição ser endereçada ao tribunal recorrido, que pode ser TJ, TRF ou Tribunal Superior, enquanto as razões deverão ser endereçadas ao Supremo Tribunal Federal.

#### 4 INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA

A Constituição brasileira estabelece que ninguém poderá ser considerado culpado até que a condenação tenha transitado em julgado. Acontece que trinta anos já se passaram e este tema ainda não é pacífico, pois desde sempre afetado por idas e vindas ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, o posicionamento é o de que a pena não pode ser iniciada após condenação em Segunda Instância.

O Código Penal teve seu projeto iniciado no ano de 1938. A sua criação se deu definitivamente no ano de 1941, mas passou a vigorar somente a partir do ano de 1942. Este Código permitia que o réu começasse a cumprir sua pena logo após a decisão de Primeira Instância.

Tal previsão encontrava-se nos artigos 393, 408 e 594, do Código Penal, que foram revogados, mas que assim dispunham:

Artigo 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Artigo 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento." (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22/11/1973).

§ 1º. Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

Artigo 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto." (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22/11/1973) (Revogado pela Lei nº 11.719/2008).

Como se pode ver, os artigos revogados previam a prisão imediata do réu após decisão de primeiro grau. O Código Penal de 1941 foi instituído por meio do decreto nº 2.848 de 07/12/1940 e entrou em vigor a partir do dia primeiro de janeiro de 1942, amparado por um direito punitivo democrático e liberal.

#### 4.1 Primeira modificação referente ao início de cumprimento de pena

A primeira modificação da regra do cumprimento de pena se deu com o caso do Delegado de Polícia Sergio Paranhos Fleury, que chefiava o departamento de Ordem Política e Social do estado de São Paulo, na época da gestão militar.

Diante desse caso, o Congresso aprovou a Lei nº 5.941/1973, conhecida como “Lei Fleury”, que dava direito ao réu, que fosse primário e com bons antecedentes, de aguardar seu julgamento em liberdade. Esta lei beneficiou não só o Delegado Fleury, como também outros inúmeros condenados.

#### 4.2 Segunda modificação referente ao início de cumprimento de pena

A segunda modificação se deu com a Lei n 11.719/2008, que revogou os artigos 408 e 594, do Código Penal, de forma ainda a modificar o artigo 387, do Código de Processo Penal, de modo que caberia ao juiz decidir sobre a prisão ou liberdade do réu, quando da prolação da sentença condenatória, sem prejuízo do conhecimento do recurso de apelação.

Artigo 387. O juiz ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deve ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Redação dada pela Lei nº 11.719 de 2008);

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões (Redação dada pela Lei nº 11.719 de 2008);

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008);

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (artigo 73, § 1º, do Código Penal).

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

Posteriormente a esta mudança, menciona-se a Súmula 347 do STJ, que reconheceu a possibilidade de recurso de apelação independente da prisão do réu. A fim de unificar a matéria, o Congresso aprovou a Lei nº 12.403/2011, que novamente alterou o Código de Processo Penal, ao criar medidas cautelares pessoais. Ao modificar o artigo 283 do referido Código, criou-lhe dois parágrafos e estabeleceu três hipóteses de cabimento de prisão provisória: em razão de uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária (replicando o artigo 5, LXI, da CF); em flagrante; ou, ainda, a prisão temporária (criada pela Lei nº 7.960/89).

Artigo 283. 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.

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

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

Uma nova modificação se deu com a Lei 13.964/2019, denominada “Lei anticrime”, que deixou o referido artigo em consonância com a Constituição Federal, ao prever o seguinte texto:

Artigo 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

A nova redação do artigo denomina a prisão decretada pelo juiz de prisão processual, retirando a delimitação da redação anterior, isto é, os termos referentes a prisão temporária e preventiva no curso da investigação criminal, pois considerou qualquer prisão como de natureza processual.

#### **4.3 Terceira modificação referente ao início de cumprimento de pena**

Em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 126.296, por maioria (sete a quatro), decidiu por admitir a prisão após condenação em Segunda Instância.

O caso referia-se a um *habeas corpus* em favor do paciente Márcio Rodrigues Dantas, que, devido à prática do crime de roubo majorado, previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, com imposição de regime inicial fechado.

Liminarmente se questionava a decisão proferida pelo TJ/SP, que, ao negar provimento ao recurso, determinou a expedição de mandado de prisão. A alegação era de que a prisão havia sido decretada sem motivos aparentes, de modo que tal ato constituiria constrangimento ilegal, pois o magistrado de Primeiro Grau havia permitido ao réu recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ao final da votação, por maioria, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de execução provisória da pena, tendo como votos favoráveis os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Luiz Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin, Dias Toffoli e Carmen Lúcia. Em contrapartida, ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio e Rosa Weber.

Conforme o julgado do Habeas Corpus 126.292:

(...) por maioria de votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena (JUS.COM.BR, 2018).

Em relação ao voto do relator do HC 126.296/SP, Ministro Teori Zavascki, em seu fundamento buscou apoio em posicionamentos doutrinários e julgamentos anteriores, além do princípio da presunção de inocência.

(...) O alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal (JUS.COM.BR, 2018).

Vale ressaltar, também, que outro fundamento utilizado pelo Ministro Teori Zavascki, em seu voto, foi a forma como o tema é tratado em outros Países, nos quais o cumprimento da pena se dá antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, criticou o uso de recursos destinados ao STJ e STF, que

acabam por favorecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Assim se expressou o saudoso Ministro:

(...) 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 (JUS.COM.BR, 2018).

O Relator finalizou seu voto ressaltando o dever e a importância de o Judiciário garantir uma justiça amplamente efetiva, para que assim o processo se desenvolva na sua função jurisdicional.

Outros votos que seguiram o entendimento do Ministro Teori Zavascki, no HC 126.292/SP, foram os dos ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmem Lúcia, Luis Roberto Barroso e Dias Toffoli, todos com argumentos semelhantes, porém merecendo abordagem em alguns aspectos.

Fachin, em seu voto, argumentou que as regras da Lei de Execução Penal foram revogadas pela Lei nº 8.038/90. Portanto, deixaram de ser argumento capaz de impedir o cumprimento da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

(...) no plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os artigos 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90 (JUS.COM.BR, 2018).

Ao finalizar seu voto, Fachin enfatiza que as medidas cautelares que concedem efeitos suspensivos aos recursos endereçados ao STJ e STF são feitas de ofício pela Suprema Corte, sendo instrumentos eficazes para sanar situações semelhantes.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso foi bastante crítico e severo em seu voto, especialmente no que tange ao uso abusivo e procrastinatório dos recursos. Barroso concluiu sua argumentação no sentido de que a decisão penal condenatória proferida em Segunda Instância não viola o princípio da presunção de inocência, mesmo que ainda sujeita aos recursos especial e extraordinário.



(...) alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos (JUS.COM.BR, 2018).

O Ministro Luiz Fux reiterou aspectos já analisados, porém com uma importante consideração, destacando que:

(...) é preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social – e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais – e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena (JUS.COM.BR, 2018).

Fux concluiu sua alegação no sentido de não haver nenhuma inércia do Ministério Público, sendo a situação da prescrição um fato teratológico, uma anomalia.

A Ministra Carmem Lúcia se manteve na mesma linha de raciocínio proferida em seus votos anteriores, de modo que acompanhou o voto do Ministro Relator, em sentido contrário, portanto, ao pedido de liminar em questão.

Dias Toffoli, de forma parcial, acompanhou o voto do Relator, tendo argumentado que a “execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

O Ministro Gilmar Mendes foi fiel a Constituição, pois manteve sua linha de pensamento no texto constitucional, razão pela qual acompanhou o voto do Relator.

Em prosseguimento, restaram, então, os votos contrários dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Para ilustrar essas divergências, veja-se um breve relato dos respectivos votos.

Weber manifestou-se contrária ao voto do relator, pois encontrou dificuldades em aceitar a revisão da jurisprudência pelo simples fato da alteração dos integrantes da Corte. Em sua visão, para a sociedade, o que existe é a instituição em si, e não cada membro individual, tendo citado, ainda, a existência de questões pragmáticas envolvidas, no sentido de que a alteração do texto constitucional não era o ideal para solucioná-las.

O Ministro Marco Aurélio, assim como em 2009, continuou com o mesmo entendimento, tendo proferido seu voto de forma a repelir a possibilidade da execução provisória da sentença, ponderando que a pena seria precoce sem que a culpa fosse devidamente formada.

Ainda em seu voto, Marco Aurélio alegou que caso fosse admitido o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, ter-se-ia um retrocesso, pois, para ele:

(...) seria um esvaziamento do modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País (JUS.COM.BR, 2018).

Ao finalizar, o Ministro argumentou que qualquer manifestação contrária estaria “usurpando competência legislativa e promulgando, disfarçadamente, uma emenda constitucional” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

O Decano, Ministro Celso de Mello, fez uma análise analítica do texto constitucional em seu voto e argumentou que “existe um momento visivelmente definido a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, não trabalhando a Constituição com esvaziamento progressivo desta à medida que sucedem os graus de jurisdição” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Em uma visão geral, o Ministro expôs que:

(...) há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência

impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades (JUS.COM.BR, 2018).

Para Celso de Mello, a Constituição brasileira é mais intensa em relação ao princípio da presunção de inocência, sendo descabido comparar o Brasil com a experiência de outros Estados democráticos, cujas Constituições não inferem, nem mesmo obrigam, à obediência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Ministro Ricardo Lewandowski, dentre suas observações, apontou a divergência de tratamento dado pelo sistema jurídico em relação às questões que envolvem a execução provisória da pena e proteção à liberdade.

Por fim, o Ministro lamentou o fato de o Supremo Tribunal Federal alterar o seu entendimento, por estar:

(...) decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo (JUS.COM.BR, 2018).

Portanto, a partir daqui, após o Tribunal de apelação confirmar a condenação, ou efetivá-la, seria permitido que os Juízes de Primeiro Grau determinassem a execução provisória das penas. Sendo assim, aqueles que foram condenados após decisão em Segunda Instância já poderiam começar a cumprir suas penas na prisão de forma imediata.

#### **4.4 Quarta modificação referente ao início de cumprimento de pena**

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em outubro de 2016, manter o entendimento fixado em fevereiro do mesmo ano. Porém, agora, por 6 votos a 5, os Ministros entenderam que a pessoa só poderia começar a cumprir a pena após a sentença de um Tribunal de Justiça.

Os votos contrários à execução da pena em segunda instância foram os dos ministros Dias Toffoli, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio de Mello, enquanto os votos à favor da prisão foram os dos Ministros

Luiz Fux, Carmem Lúcia, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Edson Fachin.

A tese dos votos contrários era de que a Constituição, em seu artigo 5º, LVII, é clara em dizer que o início do cumprimento da pena só se dá após o trânsito em julgado, ou seja, momento em que todos os recursos já foram julgados.

Enquanto isso, a tese daqueles que votaram em manter a prisão após a decisão em Segunda Instância era de que uma pessoa que é condenada em dois graus da Justiça já não pode mais ser considerada totalmente inocente, ainda que consiga comprovar sua inocência adiante, tendo-se afirmado que esta interpretação não era impedida pela Constituição. Esses votos foram fundamentados também no fato de que somente as duas primeiras instâncias realizam a análise de provas de um processo, sendo que o STJ e o STF só aceitam recursos de decisões que, em tese, violam leis federais ou a Constituição. Além disso, também foi citada a questão da morosidade da Justiça, que gera a prescrição.

O Ministro Edson Fachin votou pela prisão, com o seguinte argumento:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferida em grau de apelação, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Luís Roberto Barroso também foi a favor da prisão, tendo criticado o excesso de recursos:

Ao somente se permitir a execução depois do trânsito em julgado, isso é um estímulo para que não se deixe transitar em julgado, o que transformou o nosso sistema de justiça, e o nosso sistema recursal, nesse modelo caótico, que constrange a qualquer pessoa que tenha que explicar que um determinado caso teve 25 recursos só no Superior Tribunal de Justiça. É mais puxado para o ridículo do que para o ruim 25 recursos no mesmo tribunal, todos descabidos, todos não conhecidos (G1, 216).

O Ministro Teori Zavascki votou a favor da prisão após o julgamento em Segunda Instância.

A Ministra Rosa Weber novamente votou contra:

Se a Constituição, o seu texto, com clareza, vincula o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a uma condenação

transitada em julgado, eu não vejo como possa chegar a uma interpretação diversa (G1, 2018).

O Ministro Luiz Fux votou pela prisão, pois fundamentou que os acusados usam os recursos para evitar o cumprimento de suas penas.

O ministro Dias Toffoli, entretanto, mudou o entendimento que possuía no começo do ano, tendo decidido, agora, pela impossibilidade da prisão após decisão em Segunda Instância. Entretanto, defendeu uma terceira possibilidade, isto é, que a execução da pena se desse após julgamento do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, uma “terceira instância”:

Não há dúvida, essas análises todas estão constitucionalmente reservadas ao Superior Tribunal de Justiça, em razão de missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e também pela uniformidade de sua interpretação em todos os seus tribunais pátrios (G1,2018).

O Ministro Ricardo Lewandowski manteve-se votando contra a prisão após a Segunda Instância.

Gilmar Mendes, a exemplo da votação anterior, posicionou-se favorável à prisão logo após decisão da Segunda Instância. Assim ele declarou:

Levar em conta não só o aspecto normativo, que a meu ver legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos a partir do voto do relator, como também levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o sistema num sistema de impunidade (G1, 2018).

O Ministro Marco Aurélio de Mello, fiel à sua posição, votou contra a prisão:

A literalidade do preceito não deixa margens para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante a supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019).

O placar empatou com o voto do Ministro Celso de Mello, que decidiu pela execução da pena somente após o julgamento de todos os recursos.

Portanto, o voto decisivo coube à Ministra Carmem Lúcia, Presidente da Suprema Corte à época, que defendeu a prisão após condenação em segunda instância, tornando o placar final em seis a cinco, pela possibilidade da prisão.

#### **4.5 Quinta modificação referente ao início de cumprimento de pena**

No final do ano de 2019, uma nova decisão foi tomada pelo STF, a partir da qual ninguém poderá começar a cumprir sua pena sem que todos os recursos cabíveis tenham sido julgados, inclusive os recursos aos Tribunais Superiores. Então, só será permitido o cumprimento da pena antes, caso se trate de prisão preventiva.

Como bem fundamenta Eugênio Pacelli (2016, p.423):

De todo modo, a atual redação do artigo 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar, mas jamais descumprir.

No julgamento supramencionado, por 6 votos a 5, ficou decidido que a Constituição garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, que é o momento em que todos os meios recursais foram esgotados, de modo que o cumprimento provisório da pena feriria o princípio da presunção de inocência. Anote-se que o único que mudou seu posicionamento anterior foi o Ministro Gilmar Mendes que, agora, passou a entender que a prisão daquele que respondeu ao processo solto somente poderá ocorrer após o trânsito em julgamento da condenação, isto é, quando esgotados todos os recursos, inclusive para os Tribunais Superiores.

Neste sentido, o Doutrinador Távora (2016, p.45) entende que:

Antes do trânsito em julgado as pessoas “devem ser consideradas presumivelmente inocentes”, ou seja, seria inconstitucional o cumprimento da prisão privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Atualmente, prevalece esta última mudança, em respeito não só à Lei Ordinária, que é o artigo 283 do Código de Processo Penal, como também à

Constituição Federal que, em seu artigo 5º LVII, alicerça o princípio da presunção de inocência, havendo uma perfeita harmonia entre elas.

#### **4.6 Início do cumprimento de pena em outros ordenamentos**

Nas palavras da ministra Ellen Gracie: “Em país nenhum no mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Analisar-se-ão, então, alguns exemplos da aplicabilidade do princípio da presunção de inocência no Direito estrangeiro:

##### **a) Inglaterra**

Aqui, tem-se o diploma Seção 81 do *Supreme Court Act* 1981, que nada mais é do que a legislação responsável pela liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória, que garante ao recorrente liberdade mediante pagamento de fiança, durante o exame de mérito do recurso pela Corte. Entretanto, esse direito não é absoluto, de modo que não é garantido em todos os casos.

A possibilidade de recursos à *High Court* foi abolida, após apresentação de restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, feita pelo *Criminal Justice Act* 2003. A matéria ficou quase que de exclusiva competência do *Crown Court* e versava sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado, mediante pagamento de fiança, até o julgamento de todos os recursos cabíveis.

Sendo assim, na Inglaterra, o condenado aguarda o julgamento de seus recursos já cumprindo pena, ao menos que a lei garanta a liberdade mediante o pagamento de fiança.

**b) Estados Unidos**

A presunção de inocência nos EUA, ao contrário do Brasil, não aparece expressamente no texto constitucional americano, sendo apenas resultado das emendas 5ª, 6ª e 14ª. O Código de Processo Penal americano dispõe, em seu artigo 16, que o acusado será considerado inocente até que o oposto seja estabelecido em um veredito efetivo, não sendo contraditória a execução imediata das decisões condenatórias, por seguir mandamento expresso no Código dos Estados Unidos (*Us Code*).

Em comparação com o Brasil, o sistema americano possui um grande respeito ao que aqui se chama de Juízo de Primeiro Grau, já que se observa o cumprimento imediato das decisões proferidas por esses juízes. Portanto, a imediata execução da pena imposta não gera ofensa ao sistema norte americano, mesmo que pendente de revisão.

**c) Canadá**

Nesse País, após a sentença de primeiro grau, a pena é imediatamente executada de forma automática, sendo a inocência uma exceção. O Código Criminal canadense determina que, após ser o autor dos fatos considerado culpado, a Corte deverá, o mais rápido possível, impor a sentença. Com efeito, a presunção de inocência não impossibilita a prisão do acusado antes de sua culpabilidade definitiva, visto ela ser uma exceção. Caso fosse aplicada forma absoluta, corresponderia ao impedimento do exercício de qualquer medida privativa de liberdade, até mesmo as medidas cautelares.

**d) Espanha**

Entre os espanhóis, embora o princípio da presunção de inocência seja garantido constitucionalmente, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias.

O Código de Processo Penal espanhol ainda permite, em seu artigo 983, a possibilidade de se continuar a prisão daquele que foi absolvido em instância



inferior, bem como aquele cujo recurso esteja tramitando com efeito suspensivo em instância superior.

#### **e) Argentina**

O princípio da presunção de inocência é previsto no artigo 18 da Constituição Nacional.

Na Argentina, assim como já visto nos demais países exemplificados, o princípio não impede que a execução penal se inicie antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. De fato, seu Código de Processo Penal dispõe que a pena seja cumprida de imediato, mesmo que tal pena seja a privativa de liberdade, prevista no artigo 494.

A execução imediata da sentença possui previsão no artigo 495, do CPP, com exceção dos casos de mulher grávida, ou que tenha filho menor de seis meses no momento da sentença, ou, ainda, se o condenado estiver gravemente enfermo, caso em que a execução da pena poderá colocar sua vida em risco. Nestas hipóteses, a execução imediata poder ser diferida.

Percebe-se que, nesses Países, não se fica aguardando o esgotamento das vias recursais para que o condenado inicie o cumprimento da pena.

Concluindo, o princípio da presunção de inocência não era previsto taxativamente no ordenamento jurídico brasileiro. No passado, era extraído do princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo surgido, de forma expressa, somente com a Carta de 1988. Dessa forma, hoje, tem-se a garantia da presunção de inocência, salvo se for provado o contrário. Portanto, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu não ostenta status de culpado.

Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *juris tantum*, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios (BULOS, 2014, p.714).

Isso se dá em virtude de um conjunto de princípios: devido processo legal; dignidade da pessoa humana; Estado Democrático de Direito; ampla defesa; contraditório; *in dubio pro reo*; *nulla poena sine culpa*; e, por último, o princípio do

*favor libertatis*. Esse conjunto de princípios resulta no direito de que o acusado responda o processo em liberdade. A prisão, portanto, é uma, exceção.

## 5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, LVII, da Carta Magna, que diz: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". No entanto, conforme entendimento de Mirabete (2006), trata-se de princípio da não culpabilidade, uma vez que a Constituição não presume a inocência, o que ocorre é apenas um estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Este princípio teve sua origem na Revolução Francesa, seguido da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do pacto de San José de Costa Rica (1969).

A presunção de inocência é uma das garantias mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, visto que, por meio dela, ao acusado são assegurados direitos dentro da relação processual.

O princípio da presunção de inocência ganhou repercussão universal com a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948), que diz em seu artigo 11: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não provada sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa"

Atualmente, este princípio é previsto com a intenção de respeitar o estado de inocência em que se encontra todo acusado, até que sua sentença transite em julgado definitivamente. Desse princípio decorrem duas regras: a probatória ou de juízo, que se refere ao ônus da prova caber à acusação e sua regra de tratamento; e a de permanência do estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença.

A presunção de inocência é um estado que a pessoa permanece durante todo o processo, que só se modificará com a declaração de culpado, que, como visto, dar-se-á somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em regra, os direitos constitucionais definidos como fundamentais, democráticos e individuais, são de eficácia e aplicabilidade imediata.

De acordo com Alexandre de Moraes (2003, p.74), o princípio da presunção de inocência é um dos princípios essenciais do Estado de Direito e, como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, de modo que há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é, de forma

constitucional, presumido inocente, sob pena de se retroceder a uma situação de total arbítrio estatal.

Já para Fernando Capez (2007, p.44), o princípio da presunção de inocência só se aplica no campo da apreciação das provas, nunca para interpretar a norma. Tal princípio desdobra-se em três aspectos:

[...] a) no momento da instrução processual, como presunção relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Sabe-se que o Estado possui o interesse de punir aqueles que praticam condutas ilícitas, ou seja, contra a lei e, diante disso, esse Estado poderá aplicar sanções sobre tais indivíduos. Entretanto, deve-se respeitar a liberdade, que é um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites legais.

Para que o Estado possa punir o suposto autor, aquele deve assegurar todas as garantias constitucionais de que este seja titular, de modo a não permitir que o indivíduo tenha sua liberdade cerceada injustificadamente. É necessário que ocorra um processo, pois enquanto não houver uma sentença transitada em julgado, que prove o estado de culpa do suposto autor, presume-se que este seja inocente.

Esse princípio recai tanto sobre o campo probatório, quanto sobre o tratamento de um acusado em estado de inocência. Em relação ao primeiro, deve-se presumir que o acusado seja inocente, logo, cabe à outra parte provar a veracidade do fato alegado e a culpabilidade do suposto réu. Dessa forma, somente após a sentença condenatória transitada em julgado, decorrente do processo judicial, que ele poderá ser considerado culpado.

No segundo caso, durante o processo penal, é considerado inocente aquele que ainda não foi definitivamente condenado. Logo, durante as investigações e o processo, o réu não poderá ser condenado antecipadamente, nem ao menos tratado como culpado, podendo ser aplicadas somente as medidas necessárias, com a mínima restrição de direitos possíveis, em virtude de não se saber se o acusado é inocente ou culpado.

Tem-se ainda um terceiro campo de aplicação da presunção de inocência, que é a prisão cautelar. Além da prisão definitiva, tem-se também a prisão provisória, que ocorre durante o processo como medida cautelar excepcional. Esta prisão somente é possível antes do trânsito em julgado da sentença definitiva e, ainda, se for indispensável para garantir o curso do processo, sendo condicionada ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Vale ressaltar que a presunção de inocência não é violada ao se adotar medida cautelares restritivas, reais ou pessoais, desde que tais medidas sejam feitas por meio de uma decisão fundamentada da autoridade judiciária competente.

O princípio em tela, assim como qualquer outro, tal como o do devido processo legal, também está previsto na Carta Magna, ao dispor que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, não se pode falar em privação de liberdade e/ou de direitos de uma pessoa sem que tenha ocorrido o tramite legal necessário, disposto no ordenamento jurídico brasileiro, e sem a observância das garantias constitucionais de cada um, finalizando-se com a sentença condenatória transitada em julgado.

Durante os séculos XIV ao XVIII, em que vigorava o processo inquisitivo, ocorria o inverso do que se observa hoje, pois, naquela época, havia a presunção de culpa do acusado, sendo ele mesmo objeto das investigações. Naquela época, as provas ilícitas eram aceitas no processo.

No entanto, com o advento do chamado Século da Luz, que foi o século XVIII, a visão mudou, de modo que o acusado deixou de ser o objeto das investigações e tornou-se sujeito de direitos. Deste modo, surgiu o que se chama, hoje, de princípio da presunção de inocência.

O princípio foi positivado no ano de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem, no seu artigo 9º, que diz: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado como culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

O dispositivo citado foi copiado em outros diplomas legais ao redor do mundo, tal como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – da qual, inclusive, o Brasil é signatário – em seu artigo 8º, nº 2, que assim prescreve: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Diante disto, pode-se extrair que, em razão da vinculação ao Estado Democrático de Direito, a privação da liberdade de qualquer pessoa deverá ocorrer, como já mencionado, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, têm-se exceções, como na lei processual, no § 1º, do artigo 387, que permite ao juiz decretar prisão preventiva ao proferir sentença condenatória, desde que preencha os requisitos necessários para tal, visto que sua possibilidade possui caráter excepcional.

Em relação ao ônus da prova, deve-se ressaltar que o acusado não possui o dever de provar sua inocência, cabendo à acusação provar a culpa, para que tais provas embasem a convicção do juiz, de modo a não restar dúvidas sobre a autoria do crime, uma vez que, diante de eventual dúvida, não haverá condenação do acusado, mas sim a sua absolvição. Então, deve haver certeza de que aquele sujeito é o autor do delito e que sobre ele não recai nenhuma excludente, seja de ilicitude, seja de culpabilidade.

## 6 PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL

A prisão cautelar não é uma forma específica de detenção, uma vez que abrange várias modalidades que poderão ser decretadas de acordo com cada situação.

A prisão cautelar é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal, ou seja, antes mesmo de saber se o réu é realmente culpado. Então, ela não se baseia na culpabilidade, mas sim na periculosidade do agente, sendo decretada a fim de assegurar a eficácia da investigação ou do processo, de modo a garantir, desta forma, sua instrumentalidade.

De acordo com o direito de liberdade individual vigente no ordenamento jurídico brasileiro, como já visto anteriormente, a prisão somente poderá ser decretada após o trânsito em julgado da decisão, porém, em caso de prisões cautelares, a privação da liberdade poderá ser feita antes, por razões de necessidade.

Neste ângulo, Maria Lúcia Karam (1993, p.89) já se manifestava sobre os revogados artigos 594 e 595, do CPP:

Independentemente da controvérsia sobre a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e ainda sem considerar a garantia de que ninguém poderá sofrer efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitado em julgado (a chamada “presunção de inocência”), há que se afirmar a clara inconstitucionalidade tanto da regra contida no artigo 594 do CPP, ao condicionar à prisão a apelação do réu não primário e de bons antecedentes, quanto a regra do artigo 595 do mesmo diploma legal, que determina a deserção da apelação em função da fuga do réu condenado.

Ao se falar de uma Sociedade Democrática de Direito, sabe-se que o direito nunca será absoluto, ou seja, o indivíduo, enquanto membro da sociedade, deverá se submeter a tudo que seja em prol do bem comum, sendo essa a principal finalidade do Estado.

Ao se iniciar a vigência da Constituição Federal de 1988, havia quem defendia que as prisões provisórias se encontravam revogadas devido ao princípio da não culpabilidade. No entanto, havia também os que alegavam que tais institutos não possuíam qualquer conflito com a Carta Magna. Isso porque, como qualquer outro princípio, aquele não é absoluto, de modo que há casos em que poderá ser relativizado, como na permissão de prisões antes do trânsito em julgado. Porém,

como já dito, tais prisões só serão aceitas como medidas excepcionais, desde que presentes alguns requisitos, uma vez que irão privar o sujeito de seu direito à liberdade. Diante disso, percebe-se que haverá violação do princípio da presunção de inocência quando a prisão não obedecer às normas determinadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Leonardo Costa Bandeira (2003, p.21), diz:

Afigura-se como obstáculo intransponível à tese sustentada pelo notável processualista fluminense, o princípio da não-culpabilidade, agora erigida a norma constitucional (artigo 5º, LVII), que não recepcionou qualquer dispositivo legal que induza a uma antecipação do juízo de culpabilidade. Portanto, inaceitável a execução de uma condenação em relação ao indivíduo considerado inocente [...]

Os requisitos necessários para decretação deverão ser apresentados pelo Estado-juiz, em decisão fundamentada, ou seja, não cabe ao acusado provar o não cabimento ou a desnecessidade da privação de sua liberdade.

Deste modo, a prisão somente não violará o princípio da presunção de inocência se ela estiver amparada pelo binômio necessidade/fundamentação.

É importante mencionar que o artigo 594, do CPP, foi revogado em 2008, pela Lei nº 11.719/08, o qual dizia que o réu deveria ser recolhido à prisão para que pudesse apelar, caso não fosse primário e não possuísse bons antecedentes, para que, desta forma, o ordenamento ficasse coerente, tornando possível a efetiva realização do princípio da presunção de inocência no ordenamento como um todo.

Nesse sentido, acrescentado pela Lei nº 12.736/12, o § 1º, do artigo 387, do CPP, diz: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção, ou se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”, tendo havido uma adaptação do artigo revogado. Pela nova redação, deixou-se claro que a prisão é medida excepcional. A regra é a liberdade.

Nessa perspectiva, diz Tourinho (2007, p.476):

[...] em nenhuma fase da história do Brasil o respeito à liberdade individual foi tão profundo. Não deixa de ser um paradoxo termos conseguido tamanha conquista no campo da liberdade individual num período de exceção... Nunca, nem mesmo nos denominados governos democráticos, o legislador se conscientizou de que a prisão provisória é profundamente



comprometedora da liberdade e, por isso mesmo, deveria, como realmente deve ser reservada às hipóteses estritamente necessárias.

Logo, não há ofensa ao princípio da não culpabilidade ao se falar da prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos.

Em compensação, é ofensivo dizer que o objetivo do processo somente será realizado com a prisão do acusado, pois isto poderia caracterizar constrangimento ilegal.

Pode-se dizer, então, que a expedição do mandado de prisão ao acusado condenado em segunda instância se trata de uma decisão de caráter arbitrário, uma vez que o acusado ainda possui mecanismos para discutir e mostrar sua inocência, ou a incidência de qualquer excludente. Portanto, soa uma incongruência falar em liberdade provisória, conforme prevê o artigo 310, inciso III, do CPP (aliás, que reproduz o próprio texto Constitucional – artigo 5º, LXVI), pois a liberdade é algo que não deve ser provisório, haja vista ela ser a regra. Com efeito, sendo a prisão medida excepcional, ela é que deve ser provisória. Portanto, é importante ressaltar que não é a liberdade provisória que deveria se submeter a requisitos, mas sim a prisão.

Nesse sentido, pode-se dizer que a prisão após condenação em segunda instância somente poderia ocorrer se não houvesse a violação ao princípio da não culpabilidade, isto é, nas hipóteses em que a lei autoriza a prisão preventiva do indivíduo.

A Lei nº 12.403/11 promoveu substanciais modificações no processo penal brasileiro, especialmente no que tange aos institutos da prisão e da liberdade provisória, tendo, ainda, criado outras medidas cautelares. O objetivo da Lei foi adaptar as regras processuais penais ao perfil democrático desenhado pela Constituição de 1988, uma vez que muitas disposições do Código de Processo Penal não podiam subsistir em face da incompatibilidade vertical com os mandamentos da Constituição Federal, conforme, aliás, vinha sendo pacificando pelo Pretório Excelso.

Em síntese, tal Lei veio adaptar o CPP, concebido em um regime autoritário de poder, à sistemática instituída pela Constituição Federal, centrada na dignidade da pessoa humana. Assim, com a entrada em vigor da nova Lei, passa-se a ter uma regra geral, com exceções e uma situação extrema.

A regra geral é a liberdade do acusado, como já mencionado. Seu fundamento de validade repousa no princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), insculpido no artigo 5º, LVII, da CF.

Em caráter excepcional, admite-se a incidência das medidas cautelares, de natureza pessoal, conforme exigências do artigo 282, I e II, dispostas no artigo 319, do CPP.

A situação extrema se verifica quando não for possível qualquer das medidas cautelares, ou, no caso de descumprimento imotivado destas, de modo que estaria autorizada a adoção da prisão preventiva, ou seja, ela somente poderá ser decretada em hipóteses extremas, quando não se recomendar a liberdade do acusado e não se admitir alguma das medidas cautelares, bem como no caso de comprovação prática de insuficiência destas.

Em tais casos, deve-se observar o princípio da proporcionalidade, pois estará em jogo o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado. Em relação à primeira vertente, cabe ao Estado proteger o cidadão contra os abusos ou arbítrios do *jus puniendi*, que é o garantismo negativo, pautado pela proibição do excesso. Por sua vez, pela segunda vertente, o Estado não deve desproteger os direitos fundamentais, numa visão não apenas individual, mas também social, que é o garantismo positivo, com a vedação da proteção deficiente.

Analisar-se-ão, a seguir, as prisões cautelares, também chamadas de provisórias ou processuais.

## **6.1 Prisão em Flagrante**

Toda privação cautelar da liberdade é uma medida de caráter excepcional, que somente se justifica diante de comprovada e absoluta necessidade, visto tratar-se de uma medida extrema.

Entretanto, a sociedade busca alternativas cautelares que não a prisão.

Sobre tal tema, calha citar a lição do Ministro Celso de Mello, lavrada nos seguintes termos:

A prisão cautelar não pode e não deve ser utilizada pelo poder público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia

– não objetiva infringir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Flagrante é uma espécie de prisão cautelar. A palavra flagrante vem do latim *flagrans, flagrantis*, significando aquilo que se faz evidente naquele momento. Para que haja prisão em flagrante, é necessária a presença de dois critérios, quais sejam a visibilidade e a atualidade, exigindo-se que alguém que tenha assistido ao fato e possa confirmar a sua ocorrência. Vale ressaltar que a visibilidade não é um critério essencial, visto que ela é diferida em casos em que a pessoa é perseguida, logo após à prática do delito, por qualquer pessoa, ou também em casos em que a pessoa é encontrada logo depois, de forma que se presume ter sido ela a autora do fato.

Nesses casos, tem-se apenas uma presunção de quem seja o autor da infração, por meio de particularidades posteriores ao fato, que a lei opta por confiar, de modo a afastar a visibilidade do momento da execução do delito, aceitando-a em momento posterior. Em termos jurídicos, pode-se dizer que é considerado em flagrante o agente que está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, não podendo ser confundida com as situações de flagrante elencadas no artigo 302, do CPP, as quais não serão objeto de análise no presente trabalho, mas sim em outro momento oportuno.

Referindo-se às vantagens da prisão em flagrante, Hélio Tornaghi (1990, p.49-50) destacou:

[...] ela tira seu valor não só do interesse em dar relevo à flagrância, como também do fato de que ela, a prisão, nessas circunstâncias, possuem tríplice efeito: I – a exemplaridade: serve de advertência aos maus; II- a satisfação: restitui a tranquilidade aos bons; III- o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade.

Arremata, ainda, ao dizer que “eventualmente, a prisão em flagrante logra ainda: a) frustrar o resultado, evitando a consumação do crime ou, pelo menos, o seu exaurimento; b) proteger o preso contra a exasperação do povo”.

Deve-se perceber que a prisão em flagrante não visa à prisão do investigado, mas permitir a colheita de provas disponíveis, referente às circunstâncias do delito, de modo que representa vantagens em relação à apuração dos fatos.

Feitos tais apontamentos, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, tem-se a soltura do autuado, mediante liberdade provisória, com ou sem fiança, dependendo da hipótese. Isso só não ocorrerá quando presentes os requisitos para a conversão em prisão preventiva, a teor do artigo 310, I a III, do CPP.

Colhidas as provas disponíveis, em regra, o indivíduo será posto em liberdade, evidenciando a finalidade apontada anteriormente.

A prisão em flagrante é medida cautelar fugaz, que dura apenas até que ao preso seja arbitrada fiança pela própria autoridade que o prendeu (a autoridade policial pode arbitrar para delitos cuja pena máxima não ultrapasse 04 anos, que deve levar em conta, inclusive, o concurso de crimes) ou que ele seja apresentado a um juiz criminal, para a audiência de custódia, conforme prevê o artigo 310 e seguintes do CPP (com a redação que lhe deu a Lei nº 13.964/19 – “Lei anticrime”). Destaca-se que o Código de Processo Penal dispõe sobre a prisão em flagrante nos artigos 301 a 310.

## **6.2 Prisão Preventiva**

O CPP cuida da prisão preventiva nos artigos 311 a 316.

A prisão preventiva é uma hipótese clássica de prisão cautelar no sistema brasileiro e decorre de decisão judicial, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que presentes os requisitos e os pressupostos legais. É uma modalidade de prisão sem pena, de modo que é correto afirmar, também, que a prisão preventiva é uma prisão provisória, de natureza cautelar, pois visa assegurar a harmonia da ordem social ou da ordem econômica, o êxito da produção de provas, bem como a efetiva aplicação da lei penal.

A decretação de tal prisão somente se faz exercitável quando demonstrados seus requisitos, quais sejam o *fumus boni iuris*, que corresponde à demonstração da existência do crime e indícios suficientes da autoria, além do *periculum in mora*, que mostra que a medida deve ser adotada com brevidade, uma vez que há o perigo na demora decorrente da liberdade de alguém. Diante desses requisitos, a prisão preventiva deve ser determinada somente quando não for adequada e suficiente a aplicação de outra medida cautelar, em virtude do princípio

da presunção de inocência, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos.

Note-se que, para demonstração dos requisitos, não se exige prova plena, bastando meros indícios que demonstrem a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu. Nesse sentido, não se pode exigir, para a prisão preventiva, a mesma certeza que se exige para uma condenação.

A prisão preventiva se difere do flagrante, uma vez que aquela não poderá ser realizada sem ordem judicial. Ademais, durante a fase do inquérito, ou seja, durante a investigação policial, a prisão só poderá ser decretada a requerimento do Ministério Público, ou por representação de autoridade policial, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz, isto é, deve este ser provocado. Todavia, no curso da ação penal, a prisão também não poderá ser decretada de ofício, ou seja, sem requerimento, sem provocação. Nessa fase procedimental, necessário haver requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação.

Com a Lei Anticrime, que optou por expressar no ordenamento brasileiro processual penal o sistema acusatório (artigo 3º-A, CPP), não se permite mais ao juiz decretar prisão “ex officio”, devendo ele sempre aguardar a provocação do legitimado. Não tem aplicação nem mesmo quando ele revogou a prisão e queira redcretá-la, como prescrevem os artigos 282, § 5º e 316, do CPP, com as redações que lhe deram a Lei nº 13.964/19.

A prisão em flagrante e a prisão preventiva são institutos distintos, com objetivos e regras que não se confundem.

### **6.2.1 Prisão domiciliar**

A prisão preventiva poderá ainda ser convertida em prisão domiciliar, desde que preenchidos alguns requisitos, devendo ser determinada pelo juiz em decisão fundamentada.

Como já mencionado, uma vez que a prisão domiciliar é substitutiva da preventiva, só se pode falar daquela se houver esta, de modo que não é necessário que o agente já esteja preso preventivamente, bastando, somente, a decretação da preventiva.

Vale ressaltar que somente a autoridade judiciária que decretou a prisão preventiva poderá convertê-la em domiciliar, desde que haja prova idônea dos requisitos.

O rol de hipóteses de cabimento é taxativo, ou seja, somente haverá conversão nas situações previstas no artigo 318, inciso I a VI. São eles: quando a pessoa for maior de 80 anos; estiver extremamente debilitada por motivo de doença grave; ser a pessoa responsável por outra menor de 6 anos ou com deficiência; gestante; mulher com filho de até 12 anos; homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos.

### **6.3 Prisão Temporária**

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar pré-processual, sendo aceita somente em determinados tipos de crime, pois tal regra impositiva de restrição à liberdade individual deve ser sempre interpretada restritivamente. Além disso, tem a finalidade permitir a colheita de provas, pois de outra maneira não se teria êxito na produção dessas, ou até mesmo para esclarecimentos a respeito da identificação do investigado. Logo, a prisão temporária tem por único objetivo a necessidade da custódia para investigações.

Antes da Constituição, era comum a prática de detenção temporária, uma vez que a detenção era feita por policiais e seus agentes, sem qualquer mandado judicial, ou estado de flagrância, sendo a pessoa mesmo assim detida. Essa prática era chamada de “prisão para averiguação”.

Com o advento da Constituição, surgiram os princípios e garantias fundamentais, previstos em seu artigo 5º, fazendo com que tais práticas fossem abandonadas, conforme inciso LXI, ao prescrever que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente”.

Com a medida provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, posteriormente convertida na Lei nº 7.960, de 21/12/1989, passou-se a chamar a denominada “prisão para averiguação” de prisão temporária e, desde então, vem sendo utilizada na prática da Justiça Criminal.

Hoje, a prisão temporária, em suma, também deve ser decretada por um magistrado, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da

autoridade policial (nesse caso, antes de decidir, o juiz deve ouvir o Ministério Público – artigo 2º, § 1º, da Lei 7.960/89). Em caso de crime comum, tem duração de cinco dias, prorrogáveis pelo mesmo período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Agora, em caso de crimes hediondos, o prazo de duração será de trinta dias, também prorrogáveis pelo mesmo prazo e mediante as mesmas condições (conforme artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos).

É certo que, na maioria das vezes, esta ferramenta tem contribuído de maneira significativa para apuração de crimes graves, alcançando seu objetivo. Porém, deve-se tomar cuidado com a sua utilização, muitas vezes desnecessária e carente de fundamentação concreta. Contra tais excessos, tem-se a previsão de impetração de *habeas corpus*, além da responsabilização administrativa e criminal das autoridades (mormente com a Lei 13.869/19 – Lei de Abuso de Autoridade) e até a possibilidade de reparação civil.

#### **6.4 Prisão decorrente de Sentença de Pronúncia**

Anteriormente à Lei nº 12.403/11, havia outras duas modalidades de prisões cautelares, quais sejam a prisão decorrente de sentença de pronúncia, que seria a quarta espécie, que era utilizada em crimes de competência do Tribunal do Júri, além da prisão que decorria da sentença condenatória recorrível, tratada na sequência.

Tratava-se de uma decisão interlocutória proferida pelo juiz, ao considerar provável que o réu fosse o autor do crime doloso contra a vida. O objetivo era garantir a ordem pública, ou seja, garantir a eficiência das etapas do processo até o julgamento em Plenário. Esta espécie de prisão cautelar também necessita de fundamentação, tendo o § 3º, do artigo 413, do CPP, reproduzido os mesmos dizeres do § 1º, do artigo 387, ambos alterados para adaptarem-se ao perfil constitucional do processo penal brasileiro.

Assim dispõe a Lei processual:

Artigo 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar

incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitraré o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

Portanto, no Brasil, a prisão decorrente de pronúncia era regra e não exceção, mas isso também mudou com a Lei nº 11.689/08 (que alterou o procedimento do Júri) e foi reafirmado pela Lei nº 12.403/11, que possuía o objetivo de adaptar as regras processuais penais ao perfil democrático previsto na Constituição de 1988, tendo promovido modificações nos institutos da prisão e da liberdade provisória no processo penal brasileiro. Com efeito, foram criadas outras medidas cautelares, pois a liberdade do acusado passou, agora, a ser regra geral, com fundamento no princípio da presunção de inocência. As medidas cautelares devem ser utilizadas em caráter excepcional e somente em situações extremas a prisão preventiva deve ser adotada, como nos casos de não recomendação da liberdade do acusado; não se admitir alguma das medidas cautelares; ou, ainda, no caso de insuficiência destas.

## **6.5 Prisão decorrente de Sentença Condenatória Recorrível**

A quinta espécie de prisão cautelar era chamada de prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, em que o réu deveria ser recolhido para que pudesse exercer seu direito de recorrer. Era uma modalidade de prisão preventiva decretada pelo magistrado, no momento da condenação do acusado que respondeu solto ao processo, pois se ele já se encontrava preso, o juiz apenas iria manter a custódia ou revogá-la. Essa espécie tornava a prisão uma condição para interposição de recurso, o que se mostrava distante do razoável e proporcional.

Reafirmando essa antiga posição, a Súmula 9, do STJ dizia: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Porém, a redação dada ao anterior Parágrafo Único, do artigo 387, pela Lei nº 11.719/08 (depois renumerado para § 1º, pela Lei 12.736/12), fez com que tal Súmula perdesse sua eficácia, já que, mesmo havendo decisão



fundamentada pelo juiz, que tivesse decretado a prisão do réu na sentença condenatória, não era mais necessário se recolher à prisão para que pudesse apelar, pois, mesmo solto, seu recurso seria acolhido, ainda que, motivadamente, o juiz, na sentença condenatória, tivesse determinado a sua prisão cautelar. Eis a regra do CPP:

Artigo 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

Portanto, após a Lei 12.403/11, só se fala em prisão em flagrante, prisão domiciliar, prisão preventiva e prisão temporária, sendo que a necessidade para decretar uma delas, ou mesmo para mantê-las, deve ser regamente fundamentada, uma vez que o Estado fixou regras a respeito de prisões de qualquer natureza. Ora, a restrição do direito de liberdade é medida extraordinária, havendo parâmetros de legalidade estrita para serem seguidos.

Convém destacar que as alterações feitas no artigo 315 e parágrafos, do CPP, pela Lei nº 13.964/19, trazem, até de modo didático, as situações em que não se considera fundamentada uma decisão judicial, *in verbis*:

Artigo 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (NR).

E tal dispositivo não se aplica apenas para a decisão que decreta prisão, mas para qualquer outra, em obediência ao comando constitucional insculpido no artigo 93, inciso IX, CF.

## **7 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS**

A Suprema Corte brasileira, por várias vezes, já foi colocada diante da questão do início do cumprimento de pena dos condenados em segunda instância. Anteriormente ao ano de 2009, caberia a cada juiz decidir como se daria o início da prisão do condenado.

Far-se-á, agora, uma análise histórica de como o tema foi debatido no Supremo Tribunal Federal, esmiuçando o que já foi apontado no Capítulo 4 deste trabalho de pesquisa.

### **7.1 Primeira decisão no STF sobre prisão em Segunda Instância**

Como já mencionado, o STF se deparou pela primeira vez com a questão, no ano de 2009, ocasião em que foi gerada a primeira jurisprudência, visto que antes cabia ao juiz decidir, em cada caso, sobre o início da prisão. A primeira jurisprudência exigia o esgotamento de todos os recursos para que pudesse ser iniciado o cumprimento de pena.

O caso se tratava de uma tentativa de homicídio, em que o fazendeiro Omar Coelho Vitor efetuou cinco disparos contra um homem, por acreditar que este teria paquerado sua mulher durante uma feira agropecuária, no interior de Minas Gerais. Dois dos cinco tiros atingiram Dirceu Moreira Brandão, sendo um na boca e outro próximo à coluna. O fato ocorreu no ano de 1991.

O autor dos disparos foi condenado a sete anos e seis meses de prisão, pela tentativa de homicídio, porém, devido aos vários recursos cabíveis, não chegou a cumprir ao menos um dia de sua pena.

No ano de 2001, ou seja, dez anos após a prática do crime, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de segunda instância, decidiu pelo início do cumprimento da pena em regime fechado, momento em que a defesa recorreu aos Tribunais Superiores.

O recurso especial apresentado passou por três gabinetes no STJ, até ser rejeitado no ano de 2009, pela ministra Maria Thereza Moura. A defesa insistiu, recorrendo desta vez à Turma de Ministros do Tribunal e, perdendo novamente, apresentou recurso de embargos de declaração, com fundamento na obscuridade, a fim de obter explicações da decisão proferida.

Enquanto a interposição de recursos fazia com que o cumprimento da pena fosse adiado, outro recurso foi apresentado ao Supremo Tribunal Federal, solicitando que o condenado permanecesse em liberdade até que o último recurso fosse analisado.

Desde 1988, com a promulgação da Carta da República, até o ano de 2009, o STF nunca havia sido provocado a analisar o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que trata do princípio da não culpabilidade ou da inocência, já que, até então, como já dito anteriormente, as penas no Brasil eram executadas de acordo com a decisão dos juízes.

O julgamento pelo Plenário do STF do *Habeas Corpus* 84.078-7/MG, impetrado pela Defesa do citado fazendeiro, decidiu, pela primeira vez, que a execução da pena só poderia acontecer após a análise do último recurso cabível.

A votação foi sete a quatro, tendo votado contra a prisão o Relator, Ministro Eros Grau, além dos Ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Brito, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Posicionando-se pela possibilidade da prisão, os Ministros Menezes Direito, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Assim foi ementada a referida decisão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ARTIGO 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 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 artigo 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 artigo 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 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 contemplação, 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 delinquente”. 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 [artigo 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do artigo 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 (artigo 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. HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS. Relator: Min. Eros Grau

Após essa decisão, Omar continuou solto e seu caso estabeleceu um novo entendimento sobre o tema, de modo que, a partir dali, os condenados pela Justiça responderiam em liberdade até o último recurso cabível.

Em 2014, antes mesmo de o último recurso ser julgado, o delito de Omar Coelho Vitor prescreveu, não existindo mais a possibilidade de punição do réu pelo crime de homicídio tentado.

## **7.2 Segunda decisão no STF sobre prisão em Segunda Instância**

No ano de 2016, mudou-se a jurisprudência, agora em sentido contrário, ou seja, o cumprimento da sentença poderia se dar logo após a decisão em segunda instância, sendo isto reafirmado em outros três julgamentos.

O STF, ao julgar o Habeas Corpus de número 126.292, que em tese valeria somente para aquele caso, fez com que os juízes passassem a decidir daquela forma, expedindo mandados de prisões baseados nessa decisão.

Diante desse cenário, a fim de determinar de uma vez por todas a constitucionalidade ou não da prisão após condenação em segunda instância, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional entraram com um pedido para que o Supremo discutisse o assunto. Sendo assim, no mês de outubro/2016, novamente os Ministros se reuniram para o julgamento do tema e, por seis votos a cinco, a decisão foi que o inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal não impedia o início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância.

O entendimento dos Ministros com votos favoráveis à prisão era no sentido de que, nessa fase, o mérito da ação já havia sido julgado duas vezes e, sendo assim, não haveria desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

Dos onze Ministros, votaram a favor da prisão: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Carmem Lúcia. Deste modo, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, contrários à prisão.

É comum que os ministros alterem seus posicionamentos com o surgimento de novos fatos. Ao se analisar esses dois julgamentos mencionados, percebe-se que o Ministro Gilmar Mendes, em 2009, era contra a prisão após decisão em segunda instância. Porém, na rediscussão do assunto em 2016, ele alterou seu posicionamento, votando pela possibilidade da prisão, alegando que o fazia pelo seguinte motivo:

Não se conhece no mundo civilizado um país que exija o trânsito em julgado. Em princípio se diz que se pode executar a prisão com decisão de segundo grau. Uma coisa é termos alguém como investigado, outra coisa é termos alguém como denunciado, com denúncia recebida, e outra ainda é ter alguém com condenação e agora com condenação em segundo grau. Quer dizer, o sistema estabelece um progressivo 'desmoronamento', vamos chamar assim, da ideia de presunção de inocência. E nós sabemos da nossa experiência. Amanhã um sujeito planta um processo qualquer, embargos de declaração, e aquilo passa a ser tratado como rotina. O processo ainda não transitou em julgado, vamos examinar, e daqui a pouco sobrevém uma prescrição, com todas as consequências e o quadro de impunidade. Eu acho que os presídios brasileiros vão melhorar daqui para frente, porque se descobriu que se pode ir para a cadeia (G1, 2018).

O Ministro ainda acrescenta que poderá haver erros, mas que o sistema brasileiro permite a correção, já que o sistema permite, por exemplo, mediante a obtenção de liminar em *habeas corpus*, o impedimento do início de execução da pena. Portanto, não restam dúvidas de que, além do aspecto normativo relacionado à presunção de inocência, precisam-se considerar também aqueles que o acompanham, como o sistema de impunidade.

Em novembro do mesmo ano, 2016, por meio de uma reunião virtual, a decisão foi reafirmada, isto é, permitiu-se que a pena fosse cumprida após condenação em segunda instância, gerando-se, assim, a jurisprudência.

Posteriormente, houve uma mudança na composição do Supremo Tribunal Federal, tendo Alexandre de Moraes substituído o falecido Ministro Teori Zavascki. Moraes declarou possuir o mesmo entendimento que o ex-Ministro, tendo defendido, inclusive, a prisão de um condenado em segunda instância, ao alegar não ser tal modalidade de prisão inconstitucional, uma vez que o condenado poderia continuar recorrendo em instâncias superiores. Sendo assim, de acordo com Moraes, por não haver determinação legal, nem mesmo um impeditivo, quem analisa e decide os fatos, o mérito da ação, são a primeira e a segunda instâncias.

O Ministro Gilmar Mendes, em 2017, em suas declarações, tanto em entrevistas, como em julgamentos, deixou claro a nova alteração de seu entendimento, para, desta vez, uma posição intermediária. Para ele, a pena só poderia ser cumprida após manifestação da “terceira instância” (Superior Tribunal de Justiça). Ao participar de um seminário, o Ministro declarou sua mudança de posicionamento, alegando que o Supremo teria autorizado a prisão a partir da segunda instância, porém, a intenção era de que tal autorização funcionasse como um termo de responsabilidade, e não uma regra, como passou a ser entendida pelos magistrados das instâncias inferiores.

Então, para que o juiz pudesse prender a partir da segunda instância, era necessária a apresentação de elementos, tais como a fundamentação, a causa e o motivo da prisão, pois se esta funcionasse como automaticidade, ter-se-ia outro quadro.

A Ministra Rosa Weber, muito discreta, só se manifestava sobre o assunto nos autos do processo, de modo que, no julgamento de outubro/2016, teve seu voto contrário à prisão após condenação em segunda instância, pois fundamentou que o texto constitucional foi claro em vincular o princípio da

presunção de inocência a condenações transitadas em julgado. Portanto, não haveria forma de se alcançar interpretação diversa.

Mesmo possuindo posicionamento diverso, os HCs analisados pela ministra Rosa Weber foram negados, pois, apesar de seu entendimento contrário, ela respeitava a jurisprudência gerada pela maioria da Suprema Corte, que devia ser seguida por todos, em obediência ao princípio da colegialidade.

Em abril de 2018, novamente outro caso coloca a Corte diante da questão do início de cumprimento de pena do condenado em segunda instância, ao julgar o Habeas Corpus impetrado em favor do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, que havia sido condenado por sentença proferida por juiz da Primeira Instância da 13ª Vara Federal de Curitiba e, depois, confirmada pelo TRF-4 de Porto Alegre, inclusive com majoração da pena aplicada. Denegaram a ordem, com a seguinte ementa:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou questão de ordem, suscitada da tribuna pelo advogado do paciente, no sentido de que, havendo empate na votação, a Presidente do Tribunal não poderia votar. Ao final, o Tribunal indeferiu novo pedido de medida liminar suscitado da tribuna, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e cassou o salvo-conduto anteriormente concedido. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes na votação da questão de ordem e do pedido de medida liminar. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 4.4.2018. HABEAS CORPUS 434.766 PARANÁ. Relator: Min. EDSON FACHIN

A defesa aqui argumentava sobre a presunção de inocência prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, no sentido de que o ex-Presidente não poderia ser preso por decisão do Tribunal em segunda instância, uma vez que o artigo mencionado lhe garantia responder em liberdade até o esgotamento de recursos em todas as instâncias da Justiça.

A votação do Supremo em relação ao *Habeas Corpus* preventivo de Lula ficou em seis votos a cinco a favor da prisão, de modo que o cumprimento de sua pena foi autorizado. Os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram a favor da concessão do *habeas corpus* que evitaria a prisão, enquanto que Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Carmen Lúcia votaram contra. De se notar que a Ministra



Rosa Weber não mudou sua posição anterior (contrária à prisão), mas foi coerente ao denegar o remédio heroico, em face de decisão anterior do Plenário do STF que possibilitara tal prisão, em razão do primado do princípio da colegialidade.

### **7.3 Terceira decisão no STF sobre prisão em Segunda Instância**

Como analisado, a partir do ano de 2016, a corte passou a autorizar a prisão após condenação em segunda instância. Como a análise de mérito das ações propostas ainda não havia sido realizada, o tema permanecia em aberto, fazendo com que juízes e até mesmo ministros do STF decidissem de forma divergente sobre essas prisões.

As ADCs 43, 44 e 54 foram ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional, Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil. O objetivo aqui era a análise da constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, que prevê, dentre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em novembro de 2019, no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade mencionadas, o Pretório Excelso atestou, por maioria de votos, a compatibilidade do artigo 283, do CPP, com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal que veda a chamada execução provisória da sentença penal condenatória. Dessa forma, agora é obrigatório seguir o entendimento da Suprema Corte, pelo qual ninguém poderá ser preso para início do cumprimento de pena até o julgamento de todos os recursos possíveis em processos criminais, incluindo aqueles cabíveis aos Tribunais Superiores. Antes disso, somente se admitiria a prisão preventiva.

Vale ressaltar que a aplicação dessa decisão não será automática, ou seja, caberá a cada juiz analisar caso a caso a situação processual dos condenados que poderão ser beneficiados com a soltura. Havendo periculosidade, por exemplo, entendimento de que o condenado põe em risco à ordem pública ou impedirá a aplicação da Lei Penal, poderá ele ter a prisão preventiva decretada.

Os votos negativos, isto é, dos que permitiam a prisão, consideraram que as instâncias superiores funcionam, na prática, como uma terceira e quarta instâncias, com inúmeros recursos que impedem o fim do processo, gerando impunidade. Entenderam que o princípio da presunção de inocência não é violado, considerando que eventuais erros seriam corrigidos em instâncias inferiores. Outro

argumento utilizado pelos Ministros que votaram pela possibilidade de iniciar o cumprimento da pena após a segunda instância é o de que as instâncias superiores não reanalisam fatos e provas, mas somente questões constitucionais, envolvendo o processo, pontos processuais e eventuais nulidades.

Vale destacar, também, que o Supremo não alterou a possibilidade de recursos. Tal questão até chegou a ser debatida pelos Ministros, que sugeriram uma alteração legislativa, a fim de acelerar o fim dos processos. A Corte entendeu que, na prática, tais recursos passarão a impedir a prisão, já que ninguém poderá ser preso até o trânsito em julgado, mesmo que isso signifique que cada caso vá para o próprio Supremo Tribunal Federal.

Votaram a favor da prisão os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Por outro lado, votaram pela prisão apenas após o trânsito em julgado os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

O ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43, 44 e 54, declarou em seu voto que:

[...] a Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. [...] Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a lei 12.403/11, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019).

A suma da decisão proferida nas ADCs 43, 44 e 54 ficou assim pontuada:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.

Sendo assim, no mês de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal atestou, por meio das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, a compatibilidade entre os artigos 283, do Código de Processo Penal, e o inciso

LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, de modo a vedar, portanto, a chamada execução provisória da sentença penal condenatória.

## 8 INSEGURANÇA JURÍDICA

O Brasil possui uma grande quantidade de leis. Existe, assim, uma complexidade jurídica. O excesso de leis, juntamente com as diversas interpretações da Justiça, criam incertezas.

No ordenamento brasileiro, a lei prevalece acima de tudo. Existe uma grande quantidade de normas, emanadas de entes federais, estaduais e municipais. Além disso, existem também as regras complementares, medidas provisórias, que, inclusive, podem ou não ser transformadas em leis. O mecanismo do legislador em emitir leis permite variadas situações.

Esse quadro acaba gerando muitos conflitos, pois abre espaço a diversas interpretações, visto que a legislação não consegue acompanhar a realidade social. Em outros países, como Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo, prevalece a jurisprudência, mas o sistema adotado é o *Common Law*. A Inglaterra possui somente quinze artigos em sua Constituição, de modo que o próprio País vem a definir seu sistema judiciário na Suprema Corte, que interpreta determinadas situações, independente da existência ou não de legislação sobre o tema.

Aqui no Brasil, em caso de inconstitucionalidade de uma lei, ou seja, ser ela contrária à Constituição Federal, a decisão caberá ao Supremo Tribunal Federal. Acontece que, atualmente, devido ao grande número de processos que chegam ao STF, os quais não deveriam sequer estar lá, pois em muitos casos o tema deveria ter sido decidido em instâncias inferiores, isso gera um verdadeiro engarrafamento de processos, fazendo com que eles nunca acabem.

Como já exposto, em fevereiro de 2016, o STF alterou o entendimento referente ao início de cumprimento de pena, que estava em vigor desde 2009, tendo considerado constitucional a execução antecipada da condenação. No final de 2019, novo entendimento foi tomado, de modo que passou a ser considerada inconstitucional a execução antecipada da pena. Esta instabilidade de decisões transforma a Corte Suprema em fator de instabilidade e insegurança jurídica.

Em outros Países, quando determinado tema chega à Suprema Corte, por meio da decisão desta, cria-se uma jurisprudência, que deve ser seguida, o que não estava acontecendo no Brasil, pois, mesmo após decisões do STF sobre o assunto, o tema voltava a ser discutido por outras instâncias. Pode-se falar que isso se dava pela falta de definição clara do STF e o visível posicionamento político dos

Ministros, uma vez que a decisão era dada e posteriormente um novo entendimento era formado sobre a mesma matéria. Isso gera muita incerteza. Tem-se que partir do pressuposto que o Supremo é um órgão colegiado, no qual cada um dá sua opinião, mas a partir do momento em que se tem um julgamento, a decisão tomada pela maioria deve ser respeitada.

A jurisprudência se consagra e, a partir disso, cabe ao STF respeitá-la em decisões futuras. Atualmente, em relação ao tema abordado, têm-se decisões da mesma questão em vários casos, o que da margem à insegurança jurídica, sendo que as mudanças bruscas de entendimento e o excesso de processos só pioram o quadro.

Nas palavras de Joaquim Falcão, o mais preocupante é que nem o Supremo Tribunal Federal tem sido capaz de impedir incertezas jurídicas, mas “pelo contrário, muitas vezes o STF as suscita, com a procrastinação de decisões ou a revisão de entendimentos” (VEJA, 2018).

Como também apontado, o tema estudado já dividiu a Corte diversas vezes, de modo que é ruim para o STF mudar de opinião tantas vezes e em tão pouco tempo. Como se chegou agora, finalmente, a uma decisão, espera-se que seja definitiva e que seja seguida por todos os Tribunais do Brasil.

No julgamento das ADCs, o STF cumpriu com seu papel legal, que é o de defender a Constituição e esta decisão motivou declarações das principais instituições jurídicas brasileiras.

Por meio de nota, o chefe do Ministério Público de Santa Catarina se posicionou:

A decisão de ontem do Supremo Tribunal Federal, que alterou o posicionamento sobre a prisão após condenação em segunda instância, traduz insegurança jurídica à população. O MPSC, respeitando a decisão da mais alta Corte, alia-se fortemente à posição anterior, que melhor reflete a concretização do direito fundamental à segurança pública e traz maior efetividade no combate ao crime. Ressaltamos, porém, que a possibilidade de prisão em qualquer fase do processo, se presentes os requisitos da prisão preventiva, continua em vigor. Por isso, os casos concretos serão ponderados criteriosamente para avaliar da necessidade de manutenção de prisões já decretadas. O MPSC continuará firme no cumprimento de sua missão constitucional de buscar a efetiva aplicação da lei penal a todos os autores de delitos, sem qualquer distinção, na esperança de que o Congresso Nacional, sensível ao clamor da sociedade, realize as alterações legislativas necessárias para o restabelecimento do entendimento anterior” (NSCTOTAL, 2019).

Em entrevista, o desembargador Leopoldo Bruggemann, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mencionou a insegurança jurídica tratada em nota pelo MP, argumentando sobre a expectativa no Judiciário a partir desta decisão:

A insegurança jurídica nasceu em 2016 (com a primeira decisão do STF permitindo a prisão em segunda instância). Agora veio outra dizendo que não pode mais. Fica todo mundo perplexo, mas decisão é feita para ser cumprida. Mas a decisão é que todos os presos por decisão em segundo grau, tão somente serão analisados caso a caso. Não é que a porta vai ser aberta e todos serão soltos. Juiz que manda soltar e juiz que manda prender. Cada caso vai ser analisado (NSCTOTAL, 2019).

A princípio, é aceitável que a interpretação de determinado dispositivo legal, ou até mesmo constitucional, vigore por um tempo e posteriormente venha a ser superado ou ainda reformado. Isso dependerá sempre das circunstâncias dos casos em que a norma é invocada.

Portanto, na prática, o fenômeno é chamado de mutação constitucional, isto é, a modificação de uma parte da Constituição sem que haja a alteração de seu texto.

Ao se analisar esta questão, deve-se ter em mente a distinção feita por Konrad Hesse (1998, p.46), em “mutação constitucional”:

Alteração na concretização da norma decorrente da abertura do texto e da insubsistência dos pressupostos até então vigentes, não se confunde com o que denomina “rompimento constitucional”, ou seja, desvio do texto em cada caso particular.

Portanto, é difícil justificar que um Tribunal aplique determinado enunciado normativo de uma forma entre os anos de 1988 a 2009, depois se oponha ao mesmo tema entre os anos de 2009 a 2016, voltando ao primeiro entendimento entre os anos de 2016 a 2019, mas se opondo outra vez em 2019, o que remete a uma extrema insegurança jurídica, de forma a presumir que o tema pode voltar a ser discutido.

## 9 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A punibilidade é a possibilidade que o Estado possui em impor uma sanção penal a alguém num caso concreto. Portanto, Estado é titular do *ius puniendi*, o direito de punir.

O Estado pode perder esse direito de impor a sanção penal ao autor, desde que presente uma causa extintiva de punibilidade, que fará desaparecer o poder punitivo. O crime se mantém e o que desaparece é a possibilidade de punir.

Essas causas extintivas de punibilidade estão espalhadas no ordenamento jurídico brasileiro, existindo até mesmo causas supralegais. Porém, a maior parte encontra-se no artigo 107, do Código Penal. Ressalta-se que o rol deste artigo é exemplificativo.

Artigo 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII- Revogado

VIII- Revogado

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Quando a causa extintiva atingir a pretensão punitiva, o autor da infração ainda não possui uma sentença condenatória transitada em julgado contra ele, isto é, ainda está sendo processado e, devido a uma causa extintiva de punibilidade, o Estado não poderá mais puni-lo. Uma das causas que extinguem a punibilidade é a prescrição, qual seja “justamente a caducidade do direito do Estado, pelo decurso do tempo, em exercitar a pretensão punitiva ou a pretensão executória” (SCHMIDT, 1997, p.19).

Como bem proclama Manzini (1950, p.150),

La prescripción extintiva del delito constituye una renuncia hecha preventivamente y legislativamente por el Estado y determinada por la fuerza de la ley a hacer valer la pretensión punitiva contra un determinado individuo, inculpa de un delito<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A prescrição extintiva do crime constitui uma renúncia preventiva e legislativa pelo Estado, determinada pela força prejudicial do tempo para exigir a reivindicação punitiva contra um determinado indivíduo, acusado de um crime.

Os efeitos da extinção da pretensão punitiva são a eliminação de todos os efeitos penais de uma possível sentença condenatória, ou seja, é como se não tivesse sentença alguma, uma vez que não houve o trânsito em julgado de nenhuma sentença.

O artigo 107, inciso IV, do Código Penal, prevê que a punibilidade se extingue pela prescrição, pela decadência ou pela perempção.

Para Andrade (1979, p. 5), “a decadência tem similitudes com o instituto da prescrição, pois também é inspirada pela política criminal e fundada em interesses sociais, em virtude da inércia, durante um breve lapso de tempo”.

A decadência é a perda do direito de queixa ou de representação em face da inércia de seu titular, isto é, trata-se da perda do direito de ação.

Têm-se três tipos de ação penal: a pública incondicionada, a pública condicionada e a privada.

A representação e a queixa crime possuem prazo de seis meses para serem apresentadas, prazo este previsto nos artigos 38, do CPP, e 103, do CP. Esse prazo é decadencial, então, passados seis meses contados do dia em que o ofendido soube da autoria do crime (ou, no caso de queixa subsidiária, do término do prazo para o Ministério Público oferecer denúncia), haverá a decadência, perdendo a vítima o direito de oferecer a queixa crime ou de representar contra o autor do delito, que, neste caso, seria uma condição de procedibilidade ao Ministério Público.

A decadência ocorre antes na propositura da ação. Então, ela ocorre antes de se iniciar um processo, de se iniciar a ação penal. Ela tira o direito de iniciar a ação, fazendo com que o autor do crime fique impune.

Mas se tratará aqui da prescrição, que pode ocorrer antes, durante e depois da ação penal. Pode, inclusive, ocorrer depois do trânsito em julgado da condenação.

Enquanto a decadência é cabível somente em ações privadas e públicas condicionadas, a prescrição ocorre em qualquer tipo de ação.

A prescrição, assim como a decadência, não é prorrogável, porém ela pode ser suspensa ou interrompida, devido a alguns fatos que podem ocorrer durante o processo, denominados balizas prescricionais.

A perempção, disposta no artigo 60, do CPP, por sua vez, é a perda do direito de ação. Não de começar a ação, como visto na decadência, mas sim de uma



ação que já está em andamento. É a perda do direito de dar prosseguimento à ação penal que já havia sido iniciada, sendo uma punição para o querelante que deu início à ação penal e ficou omissivo, inerte. A perempção ocorre somente em ações penais privadas exclusivas, em que o titular é a vítima ou seu representante legal, mas não se dá, por exemplo, nas ações privadas subsidiárias (artigos 29, CPP; 5º, LIX, CF), pelas quais, no crime de ação pública, caso o Ministério Público deixe de oferecer denúncia no prazo legal, o ofendido poderá intentar queixa crime.

O direito de punir é limitado, por exemplo, por condições processuais, por limites temporais, entre outros. Em relação ao limite temporal, para que o Estado exerça seu direito de punir, assim, como os cidadãos, ele possui prazos para serem cumpridos. Uma vez não exercido seu *ius puniendi* dentro do prazo previsto, haverá a extinção da punibilidade pela prescrição.

O prazo aqui dependerá da gravidade do delito, de modo que quanto mais grave o crime e maior a pena cominada, maior o prazo prescricional. Há, então, uma proporcionalidade entre eles.

A prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória do Estado em face do decurso do prazo. A pretensão punitiva é impor a uma pessoa uma sentença condenatória. Então, nesta pretensão, não há uma sentença condenatória transitada em julgado, enquanto que na pretensão executória sim, mas o Estado não a executou, ocorrendo, portanto, a prescrição em razão da inércia estatal pelo período previsto em lei.

O cálculo dessa prescrição deverá ser feito de acordo com o artigo 10, do Código Penal, que dispõe que “o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

A prescrição é matéria de ordem pública, de modo que o juiz pode decretá-la de ofício se notar sua ocorrência, conforme dispõe o artigo 61, do Código de Processo Penal.

Nem todos os crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro são prescritíveis. Com efeito, a Constituição Federal traz dois crimes imprescritíveis, em seu artigo 5º, XLII e XLIV. *In verbis*:

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

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Acontece que o Brasil é signatário do Tratado de Roma, que diz expressamente que o genocídio, os crimes contra humanidade, de guerra e agressão, são crimes imprescritíveis. O fato de o Brasil ser signatário faz com que o previsto em seu texto seja seguido. Portanto, pela letra da Lei, em relação à imprescritibilidade de crimes, têm-se somente as duas previsões do artigo 5º, da Constituição Federal, porém, o Tratado de Roma possui valor constitucional, somando-se àquelas hipóteses.

Como já mencionado, existem duas espécies de prescrição: a da pretensão punitiva e a da pretensão executória. O objeto de estudo será a prescrição da pretensão punitiva, que se subdivide em três: a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (antes da condenação e fixação de pena), a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente, após o édito condenatório.

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, ou, ainda, prescrição da ação penal, regula-se pela pena abstrata, ou seja, o máximo da pena privativa de liberdade cominada no tipo legal, de acordo com a tabela do artigo 109, do Código Penal.

A prescrição retroativa exige o trânsito em julgado parcial, pois ocorre só para a acusação e, assim, é calculada com base na pena em concreto, isto é, fixada na sentença penal (artigo 110, CP).

Na prescrição intercorrente, também se tem o trânsito em julgado, porém parcial, somente para acusação. Esta segunda espécie igualmente leva em consideração, para o cálculo do prazo prescricional, a pena aplicada em concreto na sentença. O marco inicial da contagem, aqui, dá-se com a publicação da sentença condenatória recorrível e termina com o trânsito em julgado definitivo, ou com o julgamento pelo Tribunal de apelação.

Ainda que se verifique extrema semelhança entre os dois últimos institutos, a diferença se encontra no fato de que, ao passo que a prescrição intercorrente é calculada a partir da sentença penal, ou seja, para períodos posteriores a ela, a prescrição retroativa se volta ao passado, aos momentos anteriores à sentença, impedindo a Lei que se conte tempo anterior ao recebimento

da denúncia, conforme § 1º, do artigo 110, do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010 que, por ser norma penal prejudicial ao réu, não se aplica para fatos anteriores à sua vigência.

Quanto ao efeito da prescrição da pretensão punitiva, como já mencionado, o fato de ainda não existir uma sentença transitada em julgado faz com que nenhum efeito seja gerado. Com efeito, são apagados tanto os efeitos principais, quanto os secundários.

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita retira o direito de o Estado de punir em razão do decurso de um tempo, tempo este denominado de prazo prescricional, não havendo nesta espécie o trânsito em julgado, de modo que deve o prazo ser calculado com base na pena máxima cominada em abstrato.

Até 2010, o inciso VI, do artigo 109 do Código Penal, possuía o prazo de dois anos, mas a Lei nº 12.234/10 também alterou esse prazo para três anos, de modo que ele hoje é o único prazo ímpar existente.

Portanto, atualmente, no artigo 109, do Estatuto Penal, o menor prazo prescricional é o de três anos, com duas exceções. A primeira prevista no delito do artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 (posse de droga para consumo pessoal), que prescreve em dois anos, de acordo com o artigo 30, da mesma Lei. A segunda exceção se aplica quando a pena imposta para aquele delito seja única e exclusivamente a de multa, que prescreve em dois anos, de acordo com o artigo 114, do Código Penal.

Para que o prazo prescricional seja encontrado, deve ser levada em conta a terceira fase de dosimetria da pena, para se encontrar o máximo da pena cominada, visto que nessa fase o juiz pode ir aquém e além.

Vale ressaltar, ainda, o artigo 115, do Código Penal, pois ele prevê uma situação que funcionará como diminuição do prazo prescricional. Observa-se que não se trata de diminuição de pena e sim do prazo prescricional, que será reduzido pela metade nos casos em que o agente era menor de vinte e um anos na data dos fatos, ou maior que setenta anos na data da sentença.

O prazo prescricional, de acordo com o artigo 111, do Código Penal, começará a correr do dia em que o crime se consumou. Portanto, apesar da adoção da teoria da atividade, pela qual o momento do crime é o momento da ação/omissão, no que diz respeito à contagem do prazo prescricional, adota-se a teoria do resultado, de modo que o prazo prescricional começa a correr a partir do momento

em que houver a consumação do delito. Têm-se, porém, quatro exceções quanto ao termo inicial para contagem do prazo prescricional, previstas nos incisos de II ao V, do artigo 111, do Código Penal, que dispõe:

Artigo 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal (Redação dada pela Lei nº 12.650, de 2012).

Quanto à exceção do inciso V, em caso de morte da vítima abusada sexualmente, se esta não tiver atingido os dezoito anos, aplicar-se-á a regra geral, ou seja, a contagem do prazo prescricional se iniciará no momento em que o crime se consumou, visto esta vítima jamais atingir os dezoito anos, por estar morta. Agora, se a morte vier após os dezoito anos, o prazo prescricional começará a correr da data em que ela os completou. Portanto, a questão da morte, neste inciso, dependerá da data em que ela ocorreu. Outra observação importante a ser feita é que essa exceção não é aplicada aos vulneráveis em geral.

## 9.1 Causas Interruptivas

O início do prazo, em regra, como visto anteriormente, dá-se com a consumação do delito. A partir do momento em que começa a contar o prazo prescricional, ele poderá ser interrompido por determinadas situações que ocorrem no curso do processo. Interromper significa zerar o prazo prescricional, ou seja, começar a contá-lo novamente desde o início. As causas interruptivas estão previstas no artigo 117, do Código Penal, que assim dispõe:

Artigo. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 1º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Far-se-á a seguir um breve comentário sobre cada uma das hipóteses de interrupção do prazo prescricional.

### **9.1.1 Pelo recebimento da denúncia ou da queixa crime**

Denúncia é a peça que dá início à ação penal pública, enquanto a queixa crime é a peça que dá início à ação penal privada. Então, o recebimento da inicial acusatória é uma das causas que interrompe o prazo prescricional, de modo que deve começar a ser contado novamente desde o início e a partir da publicação da decisão que recebe a exordial.

### **9.1.2 Pela pronúncia**

Toda ação penal possui um rito, ou seja, ela tem um caminho a ser seguido. Dentre os ritos, tem-se o do Tribunal do Júri, para crimes dolosos contra a vida, entre outros, na dicção do artigo 74, § 1º, do CPP e cujo procedimento se encontra nos artigos 406 a 497, do CPP.

O rito do Júri é composto por duas partes. A primeira, referente à formação de culpa, na qual a sentença não será condenatória, nem mesmo absolutória, pois o juiz, neste momento, poderá somente absolver o réu sumariamente, conforme artigo 415, do Código Penal; pode também impronunciar o réu, quando não houver prova da materialidade, ou mesmo indícios de sua autoria (artigo 414, CPP); pode desclassificar o crime para outro que não seja da competência do Tribunal do Júri (artigo 419, CPP); e, por fim, o juiz poderá pronunciar o réu (artigo 413, CPP), sendo esta uma causa interruptiva do prazo prescricional. Trata-se de decisão que encerra a primeira fase do procedimento, de modo que apenas admite a acusação em Plenário e remete o réu para ser julgado pelo Tribunal do Júri.

### **9.1.3 Pela decisão confirmatória da pronúncia**

Este inciso também só valerá para o Tribunal do Júri, pois neste caso o réu foi pronunciado e interpôs o recurso em sentido estrito (artigo 581, IV, CPP). Se em julgamento desse recurso houver a confirmação da pronúncia, será mais uma causa de interrupção do prazo prescricional.

Justificava-se essa interrupção na época em que, da decisão de pronúncia por crimes inafiançáveis, o réu somente poderia ser intimado pessoalmente e, assim, caso se aguardasse o prazo prescricional, poderia esta ocorrer se o agente ainda viesse a recorrer da decisão que o encaminhou a julgamento. Mas, com a alteração de todo o procedimento do Júri, pela Lei nº 11.689/2008, a intimação da pronúncia pode se dar por meio de edital, caso o acusado não seja encontrado (Parágrafo Único, do artigo 420, CPP). Ainda, na versão anterior do CPP, o acusado por crime inafiançável não podia ser julgado à revelia pelo Tribunal Popular, caso tivesse sido pronunciado por crime inafiançável. Atualmente, essa possibilidade inexistente e, inclusive, o réu preso pode pedir para não comparecer para ser julgado em Plenário (artigo 457 e § 2º, CPP), de sorte que, em tese, não mais se justifica a manutenção da causa interruptiva insculpida no inciso III.

### **9.1.4 Publicação de sentença ou acórdão condenatório recorrível**

Aqui, a palavra recorrível demonstra a possibilidade de interposição de recurso. Quando se tratar de sentença ou acórdão absolutório, ou ainda confirmatório, não haverá a interrupção, pois o inciso é claro em dizer “condenatório”. Vale ressaltar que o trânsito em julgado também interrompe o prazo prescricional.

Todas as interrupções já analisadas são chamadas de balizas prescricionais. Observa-se que o rito do Júri possui mais balizas e isso se dá pelo fato dele ser mais demorado, de modo que possui, então, duas balizas a mais, se comparado com os demais procedimentos. O artigo 117, § 2º, do Código Penal, diz expressamente que todos esses eventos zeram o prazo prescricional. O rol deste artigo é taxativo, pelo fato de ele ser desfavorável ao réu.

Os incisos V e VI não serão analisados, visto se referirem à prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação, que não será objeto do estudo.

## 9.2 Comunicabilidade de Causas Interruptivas

O artigo 117, § 1º, do Estatuto Penal, diz que, exceto as disposições dos incisos V e VI, em caso de concurso de pessoas, a causa interruptiva da prescrição de um autor se comunicará aos demais, mesmo que ainda um dos autores tenha sido absolvido na mesma sentença.

Ainda no mesmo parágrafo, tem-se outra regra em relação aos crimes conexos, de modo que, sendo objetos de um mesmo processo, a causa de interrupção de um delito alcançará a todos. Portanto, a regra da comunicabilidade é aplicada no concurso de pessoas e nos crimes conexos que forem objetos do mesmo processo.

## 9.3 Prescrição nos Crimes Falimentares (Lei nº 11.101/05)

Por conta da norma especial ditada pela Lei de Recuperação de Empresas (LREF), anota-se que, com a mesma, em relação à prescrição, devem ser observadas as normas do Código Penal, conforme artigo 182, que assim preceitua:

Artigo 182. A prescrição dos crimes previstos nesta Lei reger-se-á pelas disposições do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Parágrafo único. A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Outra peculiaridade dos crimes falenciais se refere ao termo “*a quo*” para a contagem do prazo. Dispõe a Lei que se contam os prazos a partir da decretação da falência, da decisão que concede a recuperação judicial ou da que homologa o plano de recuperação extrajudicial (artigo 182, Lei 11.101/05), eis que tal disposição penal mandou seguir os ditames do Código Penal e, especificamente,

disse que o prazo de prescrição "*começa a correr do dia da decretação da falência...*".

Aplicam-se aos crimes falimentares as causas de interrupção dispostas no artigo 117, do Código Penal (por força do artigo 182, da LREF e por aplicação da Súmula 592, do STF, *in verbis*: "*nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal*"). De qualquer forma, a Lei criou uma nova causa interruptiva do prazo prescricional, ao dispor que o prazo de prescrição que tenha se iniciado com a concessão da recuperação judicial, ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial da empresa, será interrompido pela decisão que decretar a falência do devedor (Parágrafo Único, do artigo 182). Além disso, evidentemente, se o devedor for denunciado por tal delito, novamente ocorrerá a interrupção do prazo, pelo recebimento da inicial acusatória (artigo 117, I, do CP).

#### **9.4 Causas Impeditivas ou Suspensivas da Prescrição**

O artigo 116, do Código Penal, impede que o prazo prescricional comece a ser contado, ou, ainda, caso já tenha se iniciado, será suspenso, voltando a correr de onde parou, ou seja, de modo a contar somente o que falta para haver a prescrição. Em síntese, veja-se cada uma das hipóteses tratadas.

##### **9.4.1 Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime (artigo 116, I, CP)**

Trata-se de uma questão prejudicial que vai interferir na existência do próprio delito. Então, aqui, o prazo prescricional será suspenso caso ele já tenha se iniciado, ou, não havendo o início da contagem, ela sequer começará. A responsabilização do crime, aqui, depende do pronunciamento de outro Juízo sobre algum elemento do fato delituoso processado.

##### **9.4.2 Enquanto o agente cumpre pena no exterior (artigo 116, II, CP)**

Este inciso foi inserido pelo "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019). No entanto, tal dispositivo já existia no artigo 116, do Código Penal.



A prescrição é uma punição ao Estado por sua omissão. Então, em caso de o réu encontrar-se no estrangeiro cumprindo uma pena por crime diverso do praticado no Brasil, não se terá uma omissão do Estado. Portanto, durante este período de cumprimento de pena estrangeira, o prazo prescricional do crime brasileiro ficará suspenso ou impedido.

#### **9.4.3 Na pendência de embargos de declaração, ou de recursos aos tribunais superiores quando inadmissíveis (artigo 116, III, CP)**

Este inciso também foi inserido pela Lei Anticrime e será objeto de estudo mais adiante, sendo aplicado em casos de pendência de embargos de declaração, ou recursos aos tribunais superiores somente quando tais recursos forem inadmissíveis.

#### **9.4.4 Enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (artigo 116, IV, CP)**

Enquanto não cumprido, ou, ainda, não rescindido o acordo de não persecução penal, o prazo prescricional ficará suspenso. Tal dispositivo também foi acrescentado pela Lei nº 13.964/19, que, referendando a Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), criou o acordo de não persecução penal, por meio da inserção do artigo 28-A, com quatorze parágrafos, no Código de Processo Penal. Trata-se de mais um instituto despenalizador, que pode beneficiar autores de crimes praticados sem violência ou grave ameaça contra pessoa e com pena mínima inferior a 04 anos, se preenchidos os demais requisitos elencados e houver aceitação do autor, que deverá confessar formal e circunstancialmente a autoria da infração penal.

O parágrafo único não é novidade e alega que a prescrição não ocorre enquanto o indivíduo estiver preso por outro motivo, justamente pela impossibilidade de se executar simultaneamente duas penas privativas de liberdade.

### **9.5 Causas Impeditivas fora do artigo 116, do Código Penal**

Para finalizar, deve-se lembrar de quatro exemplos de causas impeditivas que estão fora do artigo 116, do Código Penal.

A primeira está inserida no artigo 368, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a suspensão do prazo prescricional quando expedida carta rogatória para ser cumprida em outro País, ou legação estrangeira, voltando a correr o prazo quando cumprida a carta e entranhada nos autos.

A segunda hipótese está prevista no artigo 89, § 6º, da Lei nº 9.099/95, a chamada suspensão condicional do processo (*sursis processual*), de modo que, durante ela, não ocorre a prescrição.

Como terceiro exemplo, tem-se o artigo 366, do Código de Processo Penal, ao dizer que, em caso de o réu não ser encontrado, será citado por meio de edital e, caso não compareça e nem constitua defensor, ficarão suspensos o processo e, juntamente com ele, o curso do prazo prescricional.

Por fim, tem-se o artigo 53, §§ 3º a 5º, da Constituição Federal, que diz respeito à aplicação da lei em relação aos parlamentares com foro por prerrogativa perante o STF, que prevê a hipótese de suspensão da prescrição quando determinada a sustação de processo por crime praticado por Senador ou Deputado, posteriormente a sua diplomação, valendo a suspensão enquanto durar o mandato.

## 10 EFETIVIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL E O DIREITO COMPARADO

Eficiência nada mais é do que a capacidade que um sistema tem de processar e punir os crimes praticados. Essa efetividade é aferida, via de regra, ao se comparar o número de registros (boletins) de ocorrência, com o número de sentenças condenatórias.

Atualmente, tem se destacado o elevado grau de ineficiência. Isso se dá por dois motivos. O primeiro se refere à incapacidade das investigações e à elaboração adequada de inquéritos policiais. O segundo se refere à morosidade da Justiça, em processar os crimes em tempo hábil, de modo que a ocorrência da prescrição gera impunidade.

Sendo assim, o instituto da prescrição, como já estudado, é uma causa extintiva de punibilidade considerada legítima no Estado de Direito que tem na duração razoável do processo um dos seus princípios (artigo 5º, LXXVIII, CF), impedindo o exercício do poder punitivo estatal. Acontece que sua utilização excessiva, como estratégia processual, por meio de recursos protelatórios, é suficiente para gerar impunidade, o que acarreta um questionamento social sobre a justiça.

Muitos defendem a prisão após a decisão em segunda instância, por enxergá-la como garantia da segurança social, além da efetividade da Justiça Criminal. Porém, a questão vai muito além disso, uma vez que a Constituição foi elaborada com a intenção de proteger os direitos dos cidadãos e se o Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) autorizar a prisão em segunda instância, estaria confrontando a Constituição, tornando sua decisão inconstitucional, conforme disserta Miguel Tedesco Wedy (2013, p.21):

Encontrar um ponto de equilíbrio duradouro entre justiça e garantismo no processo penal é tarefa nada fácil. Não apenas em razão de entendermos que a eficiência não pode ser vista desconectada da ideia de justiça, numa unidade de sentido, como estamos a referir, mas também em razão da existência de uma pressão natural para que a "eficiência" seja um sinônimo de presteza jurisdicional e de enfrentamento da impunidade.

Diante deste cenário, faz-se necessário encontrar uma solução que se encaixe no problema, de modo a não prejudicar o cidadão e nem mesmo a efetividade da Justiça Criminal, pois, como já analisado, há uma grande oscilação no Supremo Tribunal Federal quando o tema é a execução provisória da pena, uma vez

que a decisão de cada Ministro não possui uma origem predeterminada, sendo influenciada por suas crenças e convicções políticas, baseada na visão do mundo individual de cada um. Portanto, enquanto uns decidem pela permissão da execução antes do trânsito em julgado, em nome da eficiência, outros não permitem a execução, em nome do garantismo ressaltado pelo texto constitucional. Assim, a solução para esta problemática deve contribuir para os dois lados, ou seja, garantir a eficiência da Justiça, mas sem violar qualquer princípio constitucional.

Não há dúvidas de que o instituto da prescrição possui extrema importância, sendo ele fundado no princípio da segurança jurídica, pois é um instrumento destinado a evitar a eternização de conflitos, já que não se pode permitir que se paire sobre o réu a ameaça *ad perpetuam* do poder repressivo estatal.

A preocupação do Direito Penal se dá na questão patológica que a prescrição vem assumindo, pois o que a princípio deveria ser usado como exceção, vem sendo utilizado como regra.

A incidência da prescrição deve operar em níveis de razoabilidade e não ser demasiada por força de anomalias de ordem técnica verificadas de lege lata, capazes de comprometer a atuação do direito penal e frustrar linhas de política criminal adotadas pelo Estado (GUARAGNI, 2000, p.143).

Pode-se afirmar que um ou outro caso de prescrição, isoladamente, faz-se irrelevante quanto à impunidade, porém, a sua ocorrência intensa, como vem acontecendo atualmente, revela a ausência de resposta penal, de modo que, ao se analisar um conjunto de fatores, percebe-se o sentimento social de impunidade que merece ser ponderado. Conforme Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 110), “a lei é primacialmente de interesse público, e, por corolário, que, uma vez violada, a efetivação das penas interessa à coletividade mais do que aos ofendidos pelo crime”.

Portanto, existe um clamor social contra a impunidade, uma vez que a sociedade, vítima potencial, espera da Justiça penal mais segurança contra a delinquência e, ao mesmo tempo, exige uma punição rigorosa e efetiva. Nota-se que a problemática da prescrição desafia a própria eficiência do Direito Penal.

As questões acerca da eficiência do Direito Penal, da pena e da não punição e suas causas de extinção, *V.g.* a prescrição penal, não podem ser compreendidas num contexto isolado, mas dentro da própria legitimidade do Direito Penal, hoje tão questionada e guerreada devido ao aumento

empírico da criminalidade e da incapacidade do Estado em combatê-la (MACHADO, 2000, p.139).

A prescrição decorrente da demora da persecução penal, ou pelas antinomias existentes no sistema penal, representa uma tutela penal insuficiente, uma “ausência de respostas quaisquer em nível penal para o fato, apagando-se todos os seus efeitos penais” (GUARAGNI, 2000, p. 43).

Sem dúvidas, a pior consequência da prescrição é a impunidade, pois viola o princípio da vedação da tutela penal insuficiente.

Apesar de inadequado e incorreto generalizar, de certa forma, a impunidade é um fenômeno que dificilmente é encontrado em relação aos réus de classe baixa, pois estes acabam sendo condenados e levados para o sistema carcerário falido, fazendo com que o povo já não mais acredite na Justiça penal, já que tem como certo que ela não foi elaborada para punir os poderosos, o que faz transparecer, cada vez mais, aos olhos de todos, a ineficiência da Justiça para o seus fins.

Nesta pesquisa, é interessante se fazer uma análise rápida de um comparativo entre a legislação brasileira e a estrangeira, sendo importante ressaltar o significado exato do “Direito Comparado” propriamente dito.

Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 9) descreve o direito comparado como “a disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas”.

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a garantia fundamental da duração razoável do processo, introduzida pela emenda constitucional nº 45/2004, prevista expressamente no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. A fim de viabilizar tal direito fundamental, várias orientações são editadas pelo Conselho Nacional de Justiça aos Tribunais, com intuito de adoção de medidas que possam aperfeiçoar o controle referente ao andamento processual, de forma a evitar excessos injustificados de prazos processuais.

Entretanto, a morosidade da Justiça brasileira é visível e, como exemplo, o tempo médio de duração de um processo em sua fase de conhecimento chega a ser de cerca de mais de três anos.

Outros países, com o objetivo de dar maior celeridade à tramitação dos processos, tratam o tema com mais rigor. O Código Processual Penal do Paraguai, por exemplo, determina que os processos criminais, a contar do primeiro ato judicial,

não podem ultrapassar três anos, sob pena de extinção da ação, de ofício, ou a requerimento das partes, prevendo, ainda, uma indenização à vítima, no caso da extinção ter se dado em razão da morosidade da Justiça.

Nesse mesmo sentido, o Código de Processo Penal argentino prevê não exceder a três anos todo processo criminal, incluindo-se o julgamento.

Portanto, é notório que a legislação brasileira, ao contrário de outras, permite que seus processos durem anos sem uma solução definitiva, fato este que, somado às antinomias do sistema penal, gera a impunidade, ficando a vítima desamparada, por não vislumbrar “a justiça sendo feita”.

Sobre a prisão após a segunda instância, como já visto, tem-se a vertente do princípio da presunção de inocência, tema que agora será analisado em vista do Direito comparado.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos não se posicionaram expressamente sobre a proteção do acusado pelo princípio da presunção de inocência, nem sobre a possibilidade de prisão em segunda instância.

Em relação ao momento de execução da pena, o Pacto de São José da Costa Rica, diz:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal:

(...)

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Indo nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direito Civis e Políticos assim dispõe:

Artigo 94: Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

Como visto, ambos os Tratados são omissos quanto ao número de recursos possíveis para que o acusado perca sua proteção em razão da punição estatal.

Objetivando a proteção dos direitos humanos, a Constituição expande essas determinações, com o intuito de evitar a força vertical do Estado em face do acusado.

Ao se analisar os Estados Unidos da América, a prisão é permitida após sentença em graus inferiores. Isso acontece porque grande parte das prisões se refere a pessoas que não foram devidamente condenadas após a persecução penal, tendo elas obtido sua pena por meio de acordos realizados com a Promotoria, pelos quais se admitiram culpadas, logo, abrindo mão de recursos. A outra parte, condenada em Primeira Instância, espera encarcerada pelo posicionamento dos Tribunais Superiores.

Tal modelo está longe do ideal, uma vez que o sistema americano possui penas altas, de modo que há, assim, um desequilíbrio entre as partes do processo, fazendo com que até pessoas inocentes se interessem pelo acordo, a fim de amenizar uma possível condenação.

Já no sistema Europeu, é comum que o acusado recorra em liberdade até o esgotamento de recursos. Porém, a possibilidade de rediscussão processual é menor do que o regime adotado pelo Brasil.

Na Holanda, por exemplo, existem três instâncias recursais, enquanto no Brasil, a grande maioria da doutrina entende existirem quatro.

Passando para a França, também se observam três instâncias recursais. Entretanto, os recursos para a Corte não possuem efeito suspensivo do cumprimento de pena, ou seja, a condenação em segunda instância já leva à prisão.

Em Portugal, tanto sua Constituição, quanto a interpretação desta, são semelhantes ao modelo brasileiro, uma vez que lá também se adota o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão, prescrevendo a Carta Magna Portuguesa: “2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Portanto, a execução da pena só se inicia após condenação definitiva, isto é, após o trânsito em julgado. Porém, em Portugal, também só se observam três instâncias, sendo ainda a última instância restrita a crimes mais graves, o que significa crimes com pena superior a oito anos.

Na Alemanha, a Constituição também prevê cumprimento de pena após o esgotamento recursal, sendo comum, no entanto, que o processo obtenha o

trânsito em julgado após julgamento em dois graus. Isso se dá pelo fato de que os crimes graves são inicialmente julgados na segunda instância, ou seja, cabendo recurso apenas para a corte superior.

Sobre a Constituição Espanhola, esta estabelece expressamente o princípio da presunção de inocência em seu texto, reservando-o como uma garantia fundamental, ao dispor em seu artigo 24, 2:

Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.<sup>2</sup>

O texto espanhol, sobre o início de cumprimento de pena, possui mais clareza, de modo a deixar menos lacunas para interpretação, uma vez que o Código Penal espanhol dispõe que a sentença penal condenatória poderá ser executada apenas quando “firme”, ou seja, quando houver o esgotamento de possibilidades recursais, ao dispor, em seu artigo 3º: *“No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal Competente, de acuerdo con las leyes procesales”*<sup>3</sup>.

Portanto, é importante notar que o cumprimento da pena, somente após o trânsito em julgado da sentença, não é incomum no mundo afora, uma vez que o respeito à presunção de inocência é louvável, além de necessário para a aplicação de condenações justas.

As críticas feitas ao sistema de preservação deste princípio adotado pelo Brasil não é pela própria presunção de inocência em si, mas sim à morosidade do próprio sistema, que acaba gerando a impunidade, pois, em comparação com as demais ordens jurídicas, analisadas neste breve estudo, nota-se a lentidão do sistema brasileiro, resultando em revoltas interpretativas, que acabam por refletir em sérios danos a direitos fundamentais.

---

<sup>2</sup> Da mesma forma, todo mundo tem direito ao Juiz comum predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, a ser informado da acusação contra ele, a um processo público, sem demora injustificada e com todas as garantias de usar os meios de evidência relevantes para sua defesa, para não testemunhar contra si mesmos, para não confessar culpa e presunção de inocência.

<sup>3</sup> Nenhuma penalidade ou medida de segurança pode ser executada, exceto em virtude de uma sentença final proferida pelo juiz ou pelo tribunal competente, de acordo com as leis processuais.



## 11 REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Há várias propostas para tentativa de solucionar o problema do combate à impunidade, como forma de efetividade da Justiça Criminal. Uma delas é a reforma do § 1º, do artigo 110, do Código Penal, uma vez que modificações pontuais nas regras de prescrição penal contribuiriam para esse propósito.

Como já visto, prescrição significa a perda do Estado em seu direito de punir pelo decurso do tempo. Portanto, o Estado possui um prazo para impor a pena, chamado de prescrição da pretensão punitiva. Além disso, possui, também, prazo para executar a pena sentenciada, tratando-se da prescrição da pretensão executória que se dá após o trânsito em julgado da condenação e, assim como anteriormente exposto, não será objeto de estudo no presente trabalho.

Os prazos prescricionais estão previstos no artigo 109, do Código Penal, variando de três a vinte anos, de acordo com a pena máxima cominada ao crime, pois, pelo fato de não existir uma sentença condenatória, o parâmetro abstrato se dá pela pena máxima, uma vez que a pena ainda não foi individualizada para ser aplicada no caso concreto.

Com o trânsito em julgado da condenação, ou seja, com o esgotamento da possibilidade de recursos, a prescrição passa a ser regulada pela pena efetivamente aplicada, conforme disposição do artigo 110, do Estatuto Penal Repressivo.

Portanto, têm-se dois marcos. Antes do trânsito em julgado, a prescrição se baseia pela pena máxima prevista ao crime. Após o trânsito em julgado, a prescrição será regulada pela pena concretamente aplicada na sentença.

Como já visto, também, quando houver o trânsito em julgado para a acusação, porém a defesa continua a recorrer, a prescrição da pretensão punitiva não será mais regulada pela pena máxima do crime, mas sim pela pena efetivamente aplicada na sentença, o que acarreta infundáveis recursos com o intuito de se alcançar a prescrição.

Portanto, a solução adotada pelo professor Rodrigo Capez é a de que o remédio mais simples seria uma pontual reforma do Código Penal, de forma a revogar o § 1º, do artigo 110, para estabelecer que a prescrição da pretensão punitiva, independente do trânsito em julgado para acusação ou não, seja sempre regulada pela pena máxima abstrata cominada ao crime.

Essa medida já é adotada em outras legislações, como Alemanha, Argentina, Chile, Colômbia, Espanha, Itália, México e Portugal, sendo que, nesses países, a prescrição da pretensão punitiva, denominada de prescrição da ação penal, regula-se pela pena máxima prevista. Somente a prescrição da pena ou sanção penal, que aqui é denominada de prescrição da pretensão executória, é regulada pela pena aplicada na sentença.

Há quem diga que a pena fixada em sentença se torna conformada pela acusação com o trânsito em julgado, pois o fato dela não ter recorrido, demonstra seu entendimento de que a pena aplicada foi justa, logo, podendo esta servir de novo parâmetro para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva.

O Estado tem o dever de proteger direitos fundamentais da coletividade, de forma a conferir maior efetividade às normas penais que os tutelam. A adoção de mecanismos para impedir que crimes ou pena prescrevam se encaixa exatamente nisso. Portanto, é necessário se assegurar a execução de uma pena prevista legalmente e imposta de acordo com o devido processo legal.

Como bem destaca o Ministro Dias Toffoli:

Embora a pena justa para o crime seja aquela imposta na sentença, é uma questão de política criminal, a cargo do legislador, estabelecer se a prescrição, enquanto não transitada em julgado a condenação, deve ser regulada pela pena abstrata ou concreta, bem como, nessa última hipótese, definir-se a extensão de seus efeitos *ex tunc* (REVISTA CONJUR, 2019).

Para esta medida, uma pequena modificação do legislador, neste tema, do Código Penal, contribuiria para redução da impunidade, tornando a Justiça Criminal mais efetiva.

## 12 SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL E O PACOTE ANTICRIME

Outra solução aventada pelo Ministro Dias Toffoli foi a de que havendo a impossibilidade do início de cumprimento de pena durante os recursos especial e extraordinário, que então o prazo prescricional ficasse suspenso durante esse período recursal, pois, assim, garantir-se-ia o princípio da presunção de inocência, além de se alcançar a efetividade da Justiça Criminal.

Acontece que essa solução, quando bem examinada, viola outro princípio constitucional, qual seja o do devido processo legal.

Deve-se observar que, dentro de uma relação social sujeita ao direito, tem-se um determinado prazo para que as partes exerçam seu direito, caso contrário a prescrição incidiria, promovendo a estabilização da situação. Em razão da segurança jurídica, passado esse prazo, as partes já não podem mais exercer seu direito.

Portanto, o prazo prescricional é o termo de estabilização da relação. O efeito de estabilização gera consequências graves ao cidadão, desde uma consequência implícita, como não conseguir um emprego, até consequências explícitas, como não poder se beneficiar da suspensão condicional (artigo 89, Lei nº 9.099/95) ou celebrar acordo de não persecução penal (artigo 28-A, CPP) em um segundo processo. Há, ainda, inúmeras outras consequências devastadoras que a pendência de um processo criminal pode causar na vida de um cidadão, de modo que não é preciso demonstrá-las.

Sendo assim, a ideia trazida pelo Ministro é de que, a partir da interposição dos recursos especial e extraordinário, não haja mais prazo para que o Estado decida aquela questão, pois o prazo prescricional ficará suspenso até que o caso seja encerrado, de modo que o Estado não teria qualquer prejuízo em seu direito pelo encerramento não ter sido feito em prazo razoável, de acordo com o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Logo, não é justo que os cidadãos sejam prejudicados por conta de um serviço público carente de estrutura.

Conclui-se, então, que a questão deva ser analisada de forma a estruturar melhor o Poder Judiciário, para que este entregue uma prestação jurisdicional de qualidade e em tempo razoável.

Uma das novidades trazidas pelo pacote anticrime é a inclusão do inciso III, ao artigo 116 do Código Penal, que dispõe:

**Artigo 116** - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:  
III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis;

Como analisado alhures, essa novidade se parece muito com a solução apontada pelo Presidente da Suprema Corte, Dias Toffoli, porém se restringindo aos recursos inadmitidos, ao contrário da proposta daquele que alcançava todos os recursos especiais e extraordinários.

O inciso menciona o recurso de embargos de declaração, que nada mais é do que um tipo de recurso utilizado quando houver obscuridade, contradição, omissão ou, ainda, quando existir erro material na sentença/acórdão.

Se o recurso for inadmissível, ou seja, caracterizado, assim, o seu cunho protelatório, pelo qual a parte objetiva ganhar tempo para que a prescrição seja alcançada, o prazo prescricional será suspenso. Vale ressaltar que, caso o recurso seja deferido ou, ainda, indeferido, o cunho protelatório não estará confirmado. Neste caso, portanto, não haverá a suspensão do prazo prescricional.

A palavra inadmissibilidade se difere do provimento ou indeferimento do recurso, pois na inadmissibilidade o recurso sequer tem seu mérito apreciado, devido a uma inadequação das hipóteses de seu cabimento.

Dito isto, caso caracterizada a admissibilidade, a prescrição correrá normalmente, independente do provimento ou não de seu mérito. Neste sentido, o recurso somente impedirá o fluxo do prazo prescricional se houver a inadmissão.

O pacote anticrime também previa uma mudança legislativa que autorizava a prisão em razão de decisão em segunda instância, mas esse trecho foi retirado por se entender que seria preciso mudar a Constituição, o que não pode ser feito por um projeto de lei, mas sim por uma Proposta de Emenda à Constituição, sendo esta realizada e estudada logo adiante.

### 13 EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

O Congresso não pode mais alterar a última decisão tomada a respeito da prisão após condenação em segunda instância, porém, é possível a aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional que modifique o início do cumprimento da pena, pois atualmente se dá com o trânsito em julgado, sendo possível ao Congresso legislar sobre o tema, visto não se tratar de cláusula pétrea.

O Congresso Nacional exerce o poder de legislar, que se organiza com um poder bicameral, pois é composto pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Dentre as funções do Congresso, compete também exercer atribuições legislativas, de fiscalização e controle.

Quanto à função legislativa, cabe ao Congresso legislar sobre matérias de competência da União, o que se dá por meio da elaboração de Emendas Constitucionais, Leis Complementares, Leis Ordinárias e demais atos com força de lei.

A Constituição, em seu artigo 48, lista diversos assuntos que podem ser objetos de lei, dependendo estes da aprovação do Congresso, além da sanção do Presidente da República. Já em seu artigo 49, a Constituição traz uma relação de competência exclusiva do Congresso, sendo estas veiculadas por Decreto Legislativo, dispensadas da sanção presidencial.

A Câmara e o Senado, na maioria das vezes, funcionam de forma separada no exercício de suas funções, porém, articulados. Um exemplo é o processo de elaboração de Leis Complementares e Ordinárias, segundo o qual uma casa funciona como iniciadora, enquanto a outra funciona como revisora. A aprovação destas leis varia de acordo com o tipo de projeto, sendo que as mais comuns são as Leis Ordinárias, as quais requerem maioria simples, ou seja, metade dos votos mais um, de ambas as Casas Legislativas, enquanto as Leis Complementares requerem maioria absoluta dos votos. Portanto, a função mais crucial do órgão é a elaboração de leis e Emendas Constitucionais, respeitadas as regras do processo legislativo.

Com a aprovação da casa revisora, o projeto é remetido para a sanção presidencial. Em caso de aprovação do projeto com emendas, ele deverá retornar à casa inicial, de forma a reiniciar o processo. Em caso de rejeição, o projeto será arquivado.

O objeto deste estudo serão as Emendas Constitucionais, que, por modificarem partes da Constituição, podem ser propostas por apenas um terço dos membros, devendo ser aprovadas por maioria de três quintos em ambas as Casas Legislativas.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) pode ser apresentada tanto pelo Presidente da República, quanto por um terço dos Deputados Federais ou dos Senadores, como informado acima, ou, ainda, poderá também ser proposta por mais da metade das Assembleias Legislativas, desde que cada uma destas se manifeste pela relativa maioria de seus componentes.

Quando se tratar de cláusulas pétreas da Constituição, não haverá possibilidade de se apresentar PECs para suprimi-las. Cláusula pétrea é um dispositivo constitucional que não pode ser alterado, nem mesmo por uma PEC.

As cláusulas pétreas estão elencadas no artigo 60, § 4º, que dispõe:

Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;  
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III - a separação dos Poderes;  
IV - os direitos e garantias individuais.

O atual entendimento é que o início do cumprimento de pena se dá com o trânsito em julgado, de modo que é absolutamente possível ao Congresso propor uma Emenda Constitucional, para o fim de modificar o ponto da Constituição que define o trânsito em julgado como momento de início do cumprimento de pena. O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, no último julgamento sobre o tema, ressaltou essa possibilidade, pois entende que o tema não se trata de cláusula pétrea (apesar de haver insurgências de outros Ministros, manifestadas à Imprensa, quanto a esta possibilidade). Com a aprovação de uma emenda, ela automaticamente se incorporará à Constituição.

### **13.1 PEC 410/18**

Como já sabido, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, consagra que ninguém será considerado culpado, senão somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Pontando, assim como mencionado acima, o

Deputado Federal Alex Manente (Cidadania-SP), através da PEC 410/18, propôs uma alteração no artigo 5º, LVII, CF, que passaria a afirmar que “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso, o que se daria na segunda instância”.

Acontece que existe uma discussão sobre a constitucionalidade da referida PEC, pois, segundo opositores, seu objetivo fere uma cláusula pétrea da Constituição que trata dos direitos e garantias individuais, pois compromete o princípio da presunção de inocência, sendo que, em caso de aprovação no Congresso, correria o risco de ser julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Perante a grande resistência na Câmara em aprovar a PEC 410/18, que autorizaria a prisão após a segunda instância, a estratégia foi alterada, a fim de se alcançar a aprovação da matéria. Tal mudança estratégica se dava com a criação de outra PEC, sendo que esta seria apensada ao texto original, de modo a agradar alguns opositores, pois, assim, evitaria uma possível derrota no Congresso e no STF, o que facilitaria a aprovação da matéria. Alex Manente ressaltou que não estava abrindo mão da PEC 410/18 ao elaborar uma nova proposta.

Sendo assim, foi proposta nova emenda, a PEC 199/19, que tramita apensada à PEC 410/18, de modo que ambas terão sua admissibilidade analisada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde, havendo aprovação, passarão pela análise de Comissão Especial quanto ao mérito e votada pelo Plenário em dois turnos, em ambas as Casas.

### **13.2 PEC 199/19**

Como exposto, o Deputado Federal Alex Manente (Cidadania-SP), em novembro/2019, apresentou a PEC 199/19, que se encontra aguardando parecer do Relator na Comissão Especial. A PEC pretende alterar os artigos 102 e 105, da Constituição Federal, fazendo com que os recursos extraordinário e especial sejam transformados em ações revisionais especiais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Pela proposta, tratar-se-ia, portanto, de outra ação, já que a original se encerraria na segunda instância, com o trânsito em julgado.

Atualmente, a grande maioria dos recursos especial e extraordinário é apenas protelatória, ou seja, para impedir o cumprimento de pena. Portanto, com a alteração, haveria a limitação da ação revisional para quando ocorrerem erros formais e materiais, mas não na coleta de provas. O procedimento de análise da inocência ou culpa se dá até a segunda instância.

Segundo o Deputado, a ação revisional não será impedimento para que o condenado em segunda instância inicie o cumprimento de sua pena, o que reduziria a burocracia na Justiça, que acaba por fazer com que as condenações não sejam cumpridas, além de fazer as ações demorarem décadas para serem julgadas. Manente considera que a restrição de recursos não reduzirá o direito de defesa, mas avalia que, com a condenação em segunda instância, a quantidade de recursos ao STF e STJ deverá cair naturalmente.

Dentre as mudanças, no que tange aos recursos especiais, ou seja, a cargo do STJ, a proposta estabelece que haverá inadmissibilidade do recurso se caracterizada a ausência de interesse geral, ou, ainda, pelo voto unânime do órgão julgador, nos termos da legislação ordinária.

Já nos casos de ações revisionais extraordinárias, ou seja, a cargo do STF, também se fará necessário demonstrar a repercussão geral, de modo que sua admissibilidade poderá ser recusada somente pelo voto de dois terços de seus membros.

A PEC sobre prisão após condenação em segunda instância possuía apoio do ex-ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Moro, o qual apresentou, no entanto, algumas raras discordâncias, sendo uma delas em relação ao quórum de admissibilidade dos recursos das ações revisionais especiais. O texto prevê unanimidade dos membros do STJ para admissibilidade das ações de revisão e dois terços dos votos dos membros do STF.

Para Moro, não faz sentido o quórum de admissibilidade ser maior do que o quórum de decisão de mérito e, para ele, tal fato impediria a recusa, sendo que, em se tratando de STJ e STF, é muito mais importante o julgamento de cada processo com serenidade, estudo e reflexão, do que a atribuição de julgamento de centenas de milhares de processos.

Outra divergência apresentada por Sergio Moro se refere ao trecho que estabelece a regra de transição da nova regra, pois o texto prevê aplicação em processos iniciados a partir da vigência da Emenda. Para Moro, a PEC deveria valer



também para processos pendentes, independente da fase em que eles se encontram. Ele alega defender esta ideia mesmo contra as regras de processo penal e processo civil.

Em resposta, o relator da proposta na Comissão Especial, deputado Fábio Trad, divergiu da opinião do ex-Ministro Moro, pois para ele a mudança no quórum de admissibilidade limitaria o direito de acesso ao recurso, uma vez que o quórum previsto possui a finalidade de não desestimular o acesso às instâncias superiores, por quem se sentir prejudicado. O relator ainda completa dizendo, “Já que nós estamos antecipando o trânsito em julgado para logo depois da segunda instância, não é justo afunilar ainda mais o acesso às instâncias superiores” (PSD NA CÂMARA, 2020).

Quanto à regra de transição, o Deputado relator também divergiu da opinião de Moro, destacando o caráter político da matéria, devendo visar a viabilidade de aprovação do relatório no plenário, ou seja, aquilo que é possível de ser aprovado, não querendo ele apresentar um relatório para ser derrotado, o que aconteceria ao ir contra as regras de processo penal e processo civil, ao prever aplicação da PEC em processos pendentes.

O tema está em debate no Congresso desde o final de 2019 e pretende ser aplicado em todas as áreas do direito, havendo preferência ao Direito Penal. A aprovação desta Proposta de Emenda Constitucional é o caminho mais seguro para se alcançar a efetividade da Justiça Criminal sem a violação de garantias constitucionais, pois ela será capaz de alterar a atual jurisprudência da Corte Suprema sobre o tema, visto que, com a mudança, ter-se-á a antecipação do trânsito em julgado, o que irá permitir a prisão após decisão em segunda instância. Logo, uma possível saída para a problematização analisada no presente trabalho.

## 14 CONCLUSÃO

O tema escolhido é assunto que vem ganhando repercussão no Brasil atualmente, visto possuir o Supremo Tribunal Federal um histórico de decisões em diferentes casos, uma vez que a análise do mérito ainda não havia sido realizada, permanecendo o tema em aberto. Com o julgamento das ADCs, permanece o entendimento de que a execução provisória da pena ao condenado em segunda instância é inconstitucional, por confrontar o princípio da presunção de inocência.

Com o advento da Lei nº 12.403/11, o Código de Processo Penal se enquadrou nos moldes da Constituição, ou seja, firmou-se na dignidade da pessoa humana, pois se encontrava em incompatibilidade com esses valores.

Diante disto, conforme a disposição do artigo 5º, da Constituição Federal, em seu inciso LVII, tem-se a ideia de que a prisão é medida excepcional, de modo que deve ser aplicada em sua modalidade cautelar somente nos casos em que houver extrema necessidade e, ainda, deverá ser fundamentada pela autoridade competente.

Sendo assim, de acordo com o referido dispositivo, o cumprimento da pena se inicia com a sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, quando já estiverem esgotadas todas as vias recursais, pois, enquanto houver possibilidade para recursos, subsiste a presunção de que o indivíduo é inocente.

Vale observar que as espécies de prisões cautelares, em um primeiro momento, parecem violar princípios basilares nos quais se sustenta todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo um deles, inclusive, os direitos humanos garantidos por meio de Tratados Internacionais e na própria Constituição.

A prisão cautelar é possível em razão da sustentação da ordem social econômica, no sentido de garantia processual penal. Para isso, faz-se necessária uma fundamentação, ou seja, a necessidade deve ser motivada de forma efetiva, uma vez que a execução provisória da pena, por meio da prisão cautelar, só será decretada em casos extremos, quando houver algum interesse processual. Além disso, deve-se considerar que o fato da existência de uma possível reforma da sentença mostra uma precipitação no recolhimento do réu à prisão, pois a Constituição consagra o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão.

A execução da pena, face à decisão de segunda instância, coloca-se em contrassenso com o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 283, o qual aduz que a decisão, além de estar fundada por autoridade competente, deverá ser decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Muitos defendem a prisão em segunda instância por enxergá-la como ferramenta de prevenção ao cometimento de novos delitos, de modo a garantir a segurança social. Porém, a prisão após condenação em segunda grau vai muito além disso, uma vez que a Constituição foi feita intencionalmente para proteger os direitos dos cidadãos. Portanto, se a Corte Suprema a autorizasse, estaria confrontando a própria Constituição, o que tornaria a decisão inconstitucional.

Diante de tal cenário, é necessário se encontrar uma solução que resolva o problema, de modo que não prejudique o cidadão e nem mesmo a efetividade da Justiça Criminal. Com o histórico de jurisprudências exposto no trabalho, nota-se a grande divergência no Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena, pois as decisões dos Ministros não possuem uma origem predeterminada, sendo influenciadas por suas crenças e convicções, de acordo com a visão do seu mundo individual. Portanto, enquanto uns decidem por permitir a execução antes do trânsito em julgado em nome da eficiência, outros não permitem em nome do garantismo que ressalta o texto constitucional.

O fato é que, com os recursos especial e extraordinário, é possível se devolver os autos às cortes superiores, onde o grande número de recursos a ser apreciado gera uma morosidade na Justiça, o que faz com que a prescrição seja alcançada, de modo a provocar impunidade e demonstrar a ineficiência da Justiça Criminal.

Mas se o Estado não punir uma pessoa, ele também passa a ser um violador de direitos, só que por omissão. Assim, há a obrigação de se encontrar um meio para não permitir a violação do direito do cidadão, ao mesmo tempo em que se garante, concomitantemente, a efetividade da Justiça Criminal.

É claro que não se pode simplesmente ignorar a impunidade existente no Brasil, pois há réus que praticam determinados crimes e que jamais serão responsabilizados. Isto se dá pelo simples fato de que o sistema brasileiro não os alcançará.

Não se trata de uma falha do sistema, mas sim dos labirintos que o processo penal brasileiro possui, pelos quais se consegue evitar a punição. O Direito

Penal possui uma dupla instrumentalidade, pois funciona como um instrumento de opressão e também se faz essencial para convivência entre as pessoas.

O trabalho apresentou três soluções, sendo o intuito de todas defender os dois lados, ou seja, garantir a inviolabilidade dos direitos do cidadão, juntamente com o impedimento da prescrição do crime pelo decurso do prazo para a pretensão punitiva estatal, de modo a se alcançar, assim, a eficiência da justiça criminal.

Após pesquisas, a solução ideal se dá com a PEC 199/19, que, frente à problemática estudada, propõe o fim dos recursos, de modo a permitir a prisão em segunda instância ao definir que o trânsito em julgado ocorrerá no segundo grau de Jurisdição, uma vez que a crítica é justamente o retardamento do trânsito em julgado com a grande possibilidade de recursos às instâncias superiores.

Mediante análise, nota-se que os recursos especial e extraordinário, em sua maioria, são usados com cunho meramente protelatório, na tentativa de impedir o cumprimento de pena. Com a proposta trazida na PEC, a ação original se encerrará em segunda instância, mas tal medida não afasta o direito de recorrer às cortes superiores. Pelo contrário, ela permite, porém em uma nova ação, uma vez que a primeira se encerrou com a condenação passada em julgado na segunda instância. Durante a propositura e julgamento dessa nova ação aos Tribunais Superiores, já será permitido ao réu iniciar o cumprimento de sua pena.

Nota-se que, aqui, não haverá a violação de princípios, pois o artigo 5º, da CF, garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado e, com a PEC, este se dará em segunda instância. Portanto, o início de cumprimento da pena após a condenação efetivada se tornará uma medida constitucional, de modo que o direito de defesa continuará intacto, o que mudará é que a ação revisional não mais impedirá o início de cumprimento da pena. Deste modo, com a condenação em segundo grau, a burocracia será reduzida e haverá a diminuição de recursos ao STF e STJ.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ALMEIDA, Isabel Maria Banond de. **A ideia de liberdade em Portugal. Do contratualismo absolutista às sequelas do triénio vintista**. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Cristiano José de. **Da prescrição em matéria penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ANDRADE, Robson Braga de. Os danos da insegurança jurídica para o Brasil. **VEJA**, 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/>. Acesso em: 20 mar 2020.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos recursos no processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2014.

BANDEIRA, Leonardo Costa. **Do direito constitucional de recorrer em liberdade**. Belo Horizonte: Del Rei, 2003.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A prisão processual de flagrante é novidade no “pacote anticrime”. **CONSULTOR JURÍDICO**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/academia-policial-prisao-processual-flagrante-novidade-pacote-anticrime>. Acesso em: 26 mar 2020.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito constitucional positivo**. 2. ed. Leme: Edejur, 2015.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código de processo penal. **PLANALTO**. 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 mar 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **PLANALTO**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm). Acesso em: 23 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **PLANALTO**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em 23 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012. Acrescenta o artigo 387, § 1º do CPP. **PLANALTO**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12736.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12736.htm). Acesso em: 23 mar 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 23 mar 2020.

BRASIL. STF. **ADC: 54 DF - DISTRITO FEDERAL**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 25/03/2019, Data de Publicação: DJe-061 28/03/2019.

BRASIL. STF. **HC: 85886 RJ**, Relator: ELLEN GRACIE: DJ 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00217 LEXSTF v.27,324,2005, p.454-461.

BRASIL. Notícias STF. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 21 mar 2020.

BRASIL. STF reafirma jurisprudência sobre execução de pena após condenação em segunda instância. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>. Acesso em: 20 mar 2020.

BRASIL. STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5. **MIGALHAS**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5>. Acesso em: 19 mar 2020.

BRASIL. STF. *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2009. Ementa e decisão disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf). Acesso em: 23 mar 2020.

BRASIL. STF. *Habeas Corpus* nº 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2018. Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=68&dataPublicacaoDj=10/04/2018&incidente=5346092&codCapitulo=2&numMateria=7&codMateria=3>. Acesso em: 23 mar 2020.

BRASIL. Informativo STF. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo957.htm>. Acesso em: 30 mar 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional I Uadi Lammêgo Bulos**. 8. cd. rcv. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CANÁRIO, Pedro. STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. **CONSULTOR JURÍDICO**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>. Acesso em: 27 mar 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord. cient.). **Comentários à constituição do brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CAPEZ, Rodrigo. Efetividade da justiça criminal exige mudanças pontuais na prescrição penal. **CONSULTOR JURÍDICO**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-04/rodrigo-capez-efetividade-justica-criminal-prescricao-penal>. Acesso em: 20 mar 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro. Teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Com relatoria de Trad, PEC da prisão em 2ª instância avança na Câmara. **PSD NA CÂMARA**, 2020. Disponível em: <https://psdcamara.org.br/com-relatoria-de-trad-pec-da-prisao-em-2a-instancia-avanca-na-camara/>. Acesso em: 13 abr 2020.

Convenção americana sobre direitos humanos. **COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 23 mar 2020.

D'AGOSTINO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância. **G1**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>. Acesso em: 18 mar 2020.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em 22 mar 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. **DIREITOCOM**. Disponível em: <https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/artigo-11o>. Acesso em: 21 mar 2020.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no superior tribunal de justiça**, São Paulo: Saraiva, 1991.

Em 2016, Supremo decide que pode haver prisão após segunda instância. **G1**, 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/em-2016-supremo-decide-que-pode-haver-prisao-apos-segunda-instancia.html>. Acesso em: 30 mar 2020.

Entenda como ficaram as principais propostas de Moro no pacote anticrime aprovado na Câmara. **FOLHA DE SÃO PAULO**, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/12/entenda-como-ficaram-as-principais-propostas-de-moro-no-pacote-anticrime-aprovado-na-camara.shtml>. Acesso em: 25 mar 2020.

ESTELLITA, Heloisa; HORTA, Frederico. Suspender prescrição em RE e REsp desrespeita garantia da duração razoável da ação. **CONSULTOR JURÍDICO**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-23/opiniao-suspender-prescricao-re-resp-penaliza-acusados>. Acesso em: 27 mar 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

GUANDALINI, Raphael. Princípio do duplo grau de jurisdição. **JUSBRASIL**, 2018. Disponível em: <https://rafhaelgv.jusbrasil.com.br/artigos/608925713/principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao>. Acesso em: 18 mar 2020.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JARDIM, Vinicius Augusto; SILVA, Leandro Barbosa da. A constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. **JUSBRASIL**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77698/a-constitucionalidade-do-artigo-283-do-codigo-de-processo-penal/3>. Acesso em: 19 mar 2020.

KARAM, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Luam, 1993.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri-SP. Manole, 2004. p. 24.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: prescrição funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 244-245

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. v. 5. Editar Editores, 1950.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. Editora Saraiva, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINES, Fernando. Início de cumprimento da pena ainda divide análises da Constituição. **CONSULTOR JURÍDICO**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-17/inicio-cumprimento-pena-ainda-divide-analises-constituicao>. Acesso em: 19 mar 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. **Processo penal. ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NÉRI, Felipe; STOCHERO, Tahiane. Entenda o pacote anticrime aprovado na Câmara. **G1**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/05/entenda-o-projeto-anticrime-aprovado-na-camara.ghtml>. Acesso em: 26 mar 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NETO, Jacinto Sousa. Regras do cumprimento da pena. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5444, 28 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65183>. Acesso em: 20 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

O que sobrou do pacote anticrime de Moro após aprovação na Câmara. **BBC**, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50673251>. Acesso em: 26 mar 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Editora Método, 2013.

PARAIZO, Lucas. Prisão em segunda instância: o que dizem OAB, Ministério Público e Tribunal de Justiça em SC. **NSCTOTAL**, 2019. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/prisao-em-segunda-instancia-o-que-dizem-oab-ministerio-publico-e-tribunal-de-justica-em-sc>. Acesso em: 13 abr 2020.

PATRÍCIO, Rui. **O Princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português**. Lisboa, 2004.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Derecho constitucional comparado**. Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre: Astrea, 2016.

Por seis a cinco, STF mantém prisão após a segunda instância. **G1**, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/10/por-seis-cinco-stf-mantem-prisao-apos-segunda-instancia.html>. Acesso em: 27 mar 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 6 ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2013.

Primeira decisão no STF sobre Prisão em segunda instância foi em 2009. **G1**, 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/primeira-decisao-no-stf-sobre-prisao-em-segunda-instancia-foi-em-2009.html>. Acesso em: 19 mar 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

ROCHA, Enio Felipe da. Considerações Gerais acerca do juízo de admissibilidade nos recursos especiais criminais. **JUSBRASIL**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28400/consideracoes-gerais-acerca-do-juizo-de-admissibilidade-nos-recursos-especiais-criminais/2>. Acesso em: 18 mar 2020.

ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação direta dos princípios constitucionais. Controle de constitucionalidade das decisões judiciais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

RORIZ, Liliane. **Conflito entre normas constitucionais**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

SILVA, Ricardo Jesus da. A importância da prescrição em perspectiva para a efetividade do direito penal brasileiro. **CONTEÚDO JURÍDICO**, 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52246/a-importancia-da-prescricao-em-perspectiva-para-a-efetividade-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 20 mar 2020.

SILVA, Walber Carlos da. A decisão do Supremo Tribunal Federal frente ao Habeas Corpus 126.292/SP de 2016. **JUS.COM.BR**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64136/a-decisao-do-supremo-tribunal-federal-frente-ao-habeas-corporus-126-292-sp-de-2016>. Acesso em: 27 mar 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11 ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Recursos no superior tribunal de justiça**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O fim da farra da prescrição penal: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007 e Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010. **REVISTA DE DOUTRINA TRF4**, 2010. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/dicao036/paulo\\_afonso.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/dicao036/paulo_afonso.html). Acesso em: 20 mar 2020.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra Editora, 2005.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

ZIULU, Gabino Adolfo. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.