



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO PAULO DE CASTRO DUTRA E OLIVEIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO**

LAVRAS-MG

2021

JOÃO PAULO DE CASTRO DUTRA E OLIVEIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO**

Monografia apresentado ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de Bacharelado em
Direito.

Orientador: Prof. Me. Emerson Reis da Costa

LAVRAS-MG

2021

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

O48e Oliveira, João Paulo de Castro Dutra e.
A execução provisória da pena: uma abordagem crítica à luz
da constituição / João Paulo de Castro Dutra e Oliveira. –
Lavras: Unilavras, 2021.
70 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras,
2021.

Orientador: Prof. Emerson Reis da Costa.

1. Direitos fundamentais. 2. Execução provisória da pena. 3.
Limitação aos direitos fundamentais. 4. Princípio da não
culpabilidade. I. Costa, Emerson Reis da (Orient.). II. Título.

JOÃO PAULO DE CASTRO DUTRA E OLIVEIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO**

Monografia apresentado ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de Bacharelado em
Direito.

APROVADO EM: 18/11/2021

ORIENTADOR

Prof. Me. Emerson Reis da Costa/UNILAVRAS

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/UNILAVRAS

LAVRAS-MG

2021

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, pelo auxílio que me foi dado para que pudesse vir a ultrapassar todos os obstáculos no decorrer do curso.

Aos meus pais, José Paulo de Oliveira e Marilene de Castro Dutra de Oliveira, que centre me deram apoio nos momentos em que mais precisava. Como bem diz Bertrand Russel: “Os nossos pais amam-nos porque somos seus filhos, é um fato inalterável. Nos momentos de sucesso, isso pode parecer irrelevante, mas nas ocasiões de fracasso, oferecem um consolo e uma segurança que não se encontram em qualquer outro lugar.”.

A meu irmão, Marcos Túlio de Castro Dutra e Oliveira, pela amizade e atenção dedicadas sempre que precisei.

À minha querida namorada, Anastácia de Fátima Silva, por seu amor incondicional e pela compreensão por minha dedicação a este trabalho.

Agradeço a meu orientador, Me. Emerson Reis da Costa, por aceitar conduzir o meu trabalho de pesquisa.

A todos os meus professores do curso, pela excelência da qualidade técnica de cada um, que se traduz na elevada qualidade do ensino oferecido.

Agradeço a meu amigo, Márcio Henrique Guimarães Baulino, que sempre me ajudou com sua vasta experiência.

Também a todos aqueles que, de modo direto ou indireto, influenciaram a minha jornada.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.

Marthin Luther King
(1929-1968)

RESUMO

Introdução: Nesse trabalho será realizada a abordagem dos direitos fundamentais, com enfoque no princípio da não culpabilidade, posteriormente será, também, abordada a sistemática das prisões no Brasil e relativização da presunção de não culpabilidade pela execução antecipada da pena, observados os entendimentos emanados pelo Supremo Tribunal Federal. **Objetivo:** Analisar a aplicação da limitação ao princípio da não culpabilidade na execução provisória da pena, em vista da sistemática das prisões no Brasil e o variante entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Metodologia:** O estudo foi realizado com base na revisão bibliográfica de variados autores, que demonstravam seus posicionamentos a respeito do tema central do trabalho. **Conclusão:** A conclusão irá abordar o resumo do assunto abordado, onde ocorrerá a demonstração de que a presunção de não culpabilidade, assim como os demais direitos fundamentais, não tem o caráter absoluto podendo ser relativizada quando em conflito com outros direitos fundamentais por meio da ponderação, devendo, para tanto, ser analisado o caso concreto.

Palavras-chave: direitos fundamentais; execução provisória da pena; limitação aos direitos fundamentais; princípio da não culpabilidade; prisões.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ARE	Recurso Especial com Agravo
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 REVISÃO DE LITERATURA	12
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, ASPECTOS GERAIS	12
2.1.1 Das gerações dos direitos fundamentais.....	13
2.1.1.1 <i>Primeira geração</i>	14
2.1.1.2 <i>Segunda geração</i>	14
2.1.1.3 <i>Terceira geração</i>	15
2.1.2 Das características dos direitos fundamentais	16
2.1.2.1 <i>A historicidade</i>	16
2.1.2.2 <i>A universalidade</i>	17
2.1.2.3 <i>A limitabilidade ou relatividade</i>	18
2.1.2.4 <i>A concorrência</i>	19
2.1.2.5 <i>A inalienabilidade</i>	20
2.1.2.6 <i>A imprescritibilidade</i>	21
2.1.2.7 <i>A vinculação dos três poderes</i>	21
2.1.2.7.1 <i>A vinculação do Poder Legislativo</i>	22
2.1.2.7.2 <i>A vinculação do Poder Executivo</i>	23
2.1.2.7.3 <i>A vinculação do Poder Judiciário</i>	23
2.2 LIMITAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
2.3 A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE	29
2.4 A SISTEMÁTICA PENAL DAS PRISÕES	33
2.4.1 Prisão-pena.....	34
2.4.2 Prisão sem pena	35
2.4.2.1 <i>Prisões cautelares</i>	36
2.4.2.1.1 <i>Prisão em flagrante</i>	37
2.4.2.1.2 <i>Prisão temporária</i>	39
2.4.2.1.3 <i>Prisão preventiva</i>	40
2.5 A LIMITAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PELA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.....	48
2.5.1 A oscilação do entendimento do Supremo Tribunal Federal	50

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	61
4 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá o escopo de discutir e analisar a execução provisória da pena nos moldes dos preceitos constitucionais, sendo este um assunto de extrema relevância quando encarado o cenário carcerário local.

A Constituição Federal elenca um rol de direitos e garantias fundamentais dos quais todos somos sujeitos de direitos e deveres, em seu art. 5º, inciso LVII, é estabelecido que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Tal disposição constitucional é clara ao apontar que não se pode haver o reconhecimento da culpa de modo que anteceda o fim do processo, contudo não podemos considerar a existência de direitos absolutos, havendo a possibilidade de que hajam limitações, inclusive, de direitos fundamentais desde que observados algumas regras básicas, conforme será apresentado mais adiante.

Apesar da evidente disposição constitucional, segundo aponta Moraes (2021), dentre os trinta e três anos de vigência da Constituição em vinte e três anos foi aceito que a execução da pena ocorresse de modo antecipado, mesmo que pendente de RE e Resp, por não possuírem efeito suspensivo.

A discussão sobre o tema é bastante acirrada e em pouco mais de uma década, já tivemos oscilações jurisprudenciais de nossa Suprema Corte, considerando hora inviável (HC 84.078, julgado em 2009; e ADCs 43, 44 e 54, julgadas em 2019) e hora reconhecendo a possibilidade (HC 126.292, julgado em 2016; e ARE 964.246, julgado em 2016).

Devido à grande repercussão do tema é de extrema relevância o aprofundamento no estudo do caso, uma vez que coloca em cheque um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo ele o direito de liberdade.

O estudo tem o objetivo de introduzir os conceitos básicos para que seja viável a tomada de conhecimento e posição a respeito do tema principal que é a possibilidade ou não da execução provisória da pena.

Conforme será demonstrado, o assunto está longe de ser pacificado, tendo em vista as constantes alterações de posicionamento do STF em um lapso temporal, relativamente, curto.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, ASPECTOS GERAIS

Conforme Mendes (2018), os direitos fundamentais são o núcleo da proteção da dignidade da pessoa.

São os direitos, costumeiramente, direcionados à pessoa humana, sendo incorporados ao ordenamento jurídico de um país (MARTINS, 2018), no nosso caso foram positivados em nossa Lei maior, a Constituição Federal de 1988.

Segundo Sarlet (2019), a terminologia direitos fundamentais deve ser aplicada àqueles que ganharam relevo a ponto de serem reconhecidos e positivados no âmbito do direito Constitucional de um Estado.

Paulo G. Gonet Branco (2018) destaca a ênfase com que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 indica a relevância dos direitos fundamentais para nossa sociedade, tendo este o escopo de fazer com que se erga um pilar ético-jurídico-político para a compreensão do texto constitucional.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Conforme aduz Alexandre de Moraes (2017), na visão de Canotilho, a democracia ocidental surgiu da junção do ideal da governança exercida pelo povo devendo haver a limitação do poder do Estado.

O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão

de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos (relação horizontal) e ao próprio Estado (relação vertical). (MORAES, 2017. p. 29).

Uma das classificações dos direitos fundamentais são dos direitos fundamentais como instrumento de defesa do cidadão.

Para Moraes (2017), as constituições escritas estão intimamente ligadas com as edições declarações dos direitos dos homens, que tinha a finalidade de estabelecer limitações ao poder político devido a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas básicas. Portanto, fica nítido o papel dos direitos fundamentais como direito de defesa subjetivos aos homens visando assegurar as liberdades, gerando um dever de abstenção do Estado.

Contudo cabe destacar que certos direitos fundamentais também podem ser classificados como direitos a prestações.

Conforme Gustavo Gonet Branco, em seu Curso de Direito Constitucional:

Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute e efetivo dessas. Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil. (BRANCO; MENDES, 2018. p. 159).

Por fim a doutrina apresenta uma última classificação, apresentando os direitos fundamentais de participação.

Os direitos fundamentais de participação visam resguardar a participação dos cidadãos no desejo do país, por meio dos direitos políticos, '*status activae civitatis*' (MARTINS, 2018).

2.1.1 Das gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem se subdividir em gerações, sendo apresentada, pela doutrina clássica, as seguintes definições: direitos fundamentais de primeira

geração, segunda e terceira geração. É importante frisar que com atualmente já se admitem a existência de direitos fundamentais de quarta, quinta e sexta geração.

Conforme Mendes (2018), tal classificação tem o escopo de situar o momento em que tais direitos tiveram suas origens, não havendo suplantação de uns pelos outros.

2.1.1.1 Primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros a surgir nos ordenamentos jurídicos, consistem na positivação dos direitos individuais e das liberdades públicas (direitos políticos clássicos).

Os direitos fundamentais de primeira geração são claramente a consolidação dos direitos de defesa, devendo o Estado se abster em sua atuação de modo a consolidar a efetivação de tais direitos.

São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (SARLET, 2019. p. 308).

Conforme Flávio Martins (2018), o dever primordial do Estado, com relação aos direitos fundamentais de primeira geração, é o de abstenção (uma prestação negativa) que por sua vez traduz-se em uma atuação positiva (dever de fazer, agir).

Como exemplo, Flávio Martins apresenta o seguinte caso: “[...], no tocante ao direito à vida, o Estado tem o dever principal de não tirar minha vida, mas tem o dever secundário de garantir a todos uma vida digna (dever de fazer).” (MARTINS, 2018. p. 789).

2.1.1.2 Segunda geração

Os direitos fundamentais de segunda geração, de acordo com Moraes (2017), compreendem os direitos sociais, econômicos e políticos.

Martins (2018), afirma que tal geração englobam os direitos referentes a saúde, a educação, o trabalho, entre outros, diferenciam-se dos de primeira geração basicamente por exigirem do Estado uma prestação positiva (dever de fazer, agir).

2.1.1.3 Terceira geração

Os direitos individuais de terceira geração tem o caráter metaindividual, ou transindividual, como por exemplo: englobam o direito a um meio ambiente sadio.

Segundo Bobbio, os direitos de terceira geração são:

[...] expressão de aspirações ideais, às quais o nome de 'direitos' serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. (BOBBIO, 2004. p. 9).

A título exemplificativo podemos visualizar a disposição do art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Martins (2018), também aponta como sendo de terceira dimensão a busca pela paz, presente nos incisos VI e VII do art. 4 da Constituição Federal de 1988 (MARTINS, 2018), *in verbis*: “[...] VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; [...]” (BRASIL, 1988).

O Ministro Celso de Mello, do STF, ao proferir seu voto no Mandado de Segurança nº 22.164/SP fez uma breve descrição das três primeiras gerações de direitos fundamentais aqui apresentadas.

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade [...]. (STF, MS 22.164/SP. MELLO, 1995).

2.1.2 Das características dos direitos fundamentais

Antes de adentrarmos ao próximo capítulo é importante realizarmos a análise das características dos direitos fundamentais.

Conforme Martins (2018), a variação do conteúdo concreto dos direitos fundamentais, em razão do Estado e do momento histórico, faz com que a tarefa de elencar as características dos direitos fundamentais se torne uma tarefa árdua.

Em consonância com o entendimento de Flávio Martins, Paulo Gustavo Gonet Branco faz a seguinte afirmação: “No interior dos Estados democráticos, o modo como são tratados os direitos fundamentais varia.” (BRANCO; MENDES, 2018, p. 142).

Segundo Martins (2018), as características são as seguintes: historicidade, universalidade, limitabilidade ou relatividade, concorrência, inalienabilidade, imprescritibilidade e vinculação aos três poderes. Veremos, brevemente, cada um dos princípios abaixo.

2.1.2.1 A historicidade

A historicidade consiste em afirmar, nos termos apresentados por Branco (2018), que para que se possa extrair os sentidos de tais direitos, sendo eles um conjunto de faculdades e instituições, eles devem ser analisados em um contexto histórico

determinado, portanto a historicidade se torna indispensável para a melhor compreensão de cada um dos direitos fundamentais.

Acerca do nascimento dos direitos fundamentais Bobbio apresenta o seguinte entendimento:

[...] os direitos fundamentais não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou criar novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. (BOBBIO, 2004, p. 6)

O caráter da historicidade, ainda explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou se modifiquem no tempo. Revela-se desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. (BRANCO; MENDES, p. 144).

Logo, é fácil observar, através do posicionamento de Bobbio, acerca do nascimento, e de Branco, a respeito da historicidade, que, justamente, em vista do momento histórico da concepção de determinado direito ele pode ter o seu núcleo de proteção enrijecido ou, do contrário, poderá haver o abrandamento, no momento em que for feita a contraposição frente a atualidade vivida por determinada sociedade.

Quanto ao abrandamento, corrobora Flávio Martins ao mencionar o posicionamento de alguns autores:

Segundo alguns autores, a recíproca também é verdadeira. Com o passar da histórica, necessidades que se mostravam prementes, deixam de sê-lo em novas gerações. Assim, a fundamentalidade do direito se esvai com o passar do tempo, na medida em que vai se desprendendo das necessidades mínimas da pessoa. (MARTINS, 2018, p. 826).

2.1.2.2 A universalidade

Segundo Martins (2018), a característica da universalidade diz respeito, justamente, ao fato de que todos os seres humanos, indistintamente, fazem jus aos direitos e garantias fundamentais.

Sarlet, citado por Martins, dizia:

[...] de acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre o brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras. (MARTINS, 2018, p. 826).

De igual modo afirma Branco:

Não é improprio dizer que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida –, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo. (BRANCO; MENDES, 2018, p. 143).

2.1.2.3 A limitabilidade ou relatividade

A limitabilidade ou relatividade quer dizer que: “[...] os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos.” (MARTINS, 2018, p. 826).

Conforme Branco (2018), não é raro ouvir que, por se situarem na norma maior e, portanto, tendo uma elevada hierarquia, os direitos fundamentais são absolutos, logo, se assim fosse, todo poder seria limitado por tais direitos, não havendo a possibilidade de prevalência sobre eles, ou seja, os direitos fundamentais seriam dotados de absoluta prioridade sobre qualquer interesse coletivo.

De igual modo, para Martins (2018), a admissão da existência de um direito fundamental absoluto faria com que, nas frequentes colisões entre direitos, o direitopositor ao absoluto seria afastado de plano, logo a relatividade dos direitos fundamentais encontra-se presente até mesmo na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo 29.

Segundo Flávio Martins:

Até mesmo a vida, que é o maior bem jurídico não é um direito absoluto. A legislação brasileira infraconstitucional estabelece uma série de hipóteses em que a vida deixa de ser juridicamente tutelada, podendo ser violada em alguns casos. (MARTINS, 2018, p.827).

Como exemplo da limitação ao direito a vida podemos mencionar o art. 128, inciso II, do Código Penal, que versa sobre o aborto sentimental, apresentando a seguinte redação: “Não se pune o aborto praticado por médico: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (BRASIL, 1940).

Sendo bem apontado por Moraes:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). (MORAES, 2017, p. 31).

Logo, como aduz Branco: “Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tantos outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.” (BRANCO; MENDES, 2018, p. 144).

2.1.2.4 A concorrência

A concorrência quer dizer, segundo Martins (2018), que vários direitos fundamentais podem, ou são, exercidos simultaneamente, mencionando, ainda, o seguinte exemplo: “[...] (ao mesmo tempo que o jornalista transmite uma notícia,

colocando em prática o direito de informação, emite sua opinião, colocando em prática o direito de opinião).” (MARTINS, 2018, p. 830).

2.1.2.5 A inalienabilidade

Segundo Branco (2018), o direito inalienável é aquele que não pode ser posto à disposição, não podendo ser ela jurídica ou, quer seja, material.

Neste sentido aponta Flávio Martins:

[...] primeiramente, os direitos fundamentais são inalienáveis pois são inegociáveis, intrasferíveis, já que seu titular não pode se despojar deles, haja vista que são, normalmente, desprovidos de conteúdo econômico patrimonial. Assim, os seus titulares não podem vendê-los, aliená-los, comercializá-los etc. (MARTINS, 2018, p. 830).

Conforme Fernandes (2021), os autores que sustentam ser, os direitos fundamentais, inalienáveis baseiam-se no princípio da dignidade humana, uma vez que o homem jamais poderá deixar de ser homem, e, portanto, não pode, ele, privar-se de sua dignidade a ponto de abdicar de tais direitos.

Apesar de tal classificação, nem todos os direitos são inalienáveis, de acordo com o apontado por Paulo G. Gonet Branco:

Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e está se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica – sem a qual não substrato físico para o conceito de dignidade – ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem com a liberdade de tomar decisões sem coerção externa. (BRANCO; MENDES, 2018, p. 146).

Contudo, ressalta Branco (2018), ao adotar tal predicado, supracitado, deve haver uma grande cautela, uma vez que há uma dificuldade inerente no momento de fazer a apuração sobre quais direitos seriam inalienáveis.

2.1.2.6 A imprescritibilidade

Dizer que um direito fundamental é imprescritível é afirmar que a pretensão a tal direito não se exaure com o tempo.

Bernardo Gonçalves, apresenta a seguinte definição para tal característica:

[...] os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo. Nesse sentido, eles são sempre dotados de exigibilidade. Aqui também podemos observar que os direitos fundamentais devem apresentar um processo de agregação que avança sempre no sentido a aumentar o seu núcleo, incorporando novos direitos ou aumentando o âmbito de incidências nas relações humanas, mas nunca recuando ou eliminando-se direitos já conquistados. (FERNANDES, 2021, p. 388).

Como exemplo Flávio Martins apresenta a seguinte hipótese:

[...] um artista que por 20 anos praticou a denominada evasão de privacidade, expondo sua vida íntima em todas as revistas, com requintes de detalhes, poderá, na sua maturidade, exigir respeito do Estado e dos particulares à sua vida privada. (MARTINS, 2018, p. 832).

2.1.2.7 A vinculação dos três poderes

A vinculação aos três poderes, conforme Fernandes (2021), quer dizer que os parâmetros de organização e de limitação são os direitos fundamentais, deste modo vinculam os Poderes, por serem destinatários, como forma de proteção. Logo, os Poderes Públicos devem regular suas ações em conformidade aos direitos fundamentais.

2.1.2.7.1 A vinculação do Poder Legislativo

De acordo com Fernandes (2021), a vinculação ao Poder Legislativo traduz-se no dever de observância dos preceitos fundamentais, resguardados pela Constituição Federal, no âmbito do exercício da atividade legislativa, sendo de suma relevância o estabelecimento de Leis que visem dar concretude a direitos fundamentais de eficácia limitada, ou seja além do dever de agir em consonância com os direitos fundamentais há, também, o de não omissão.

De igual forma aduz Branco:

No âmbito do Poder Legislativo, não só a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa. (BRANCO; MENDES, 2018, p. 148).

Nesse sentido, complementa Flávio Martins:

Dessa maneira, os direitos e garantias fundamentais impõe ao legislador uma dupla proibição: a proibição do excesso (*ubermassverbot*), através da qual não poderá restringir excessivamente os direitos fundamentais, a ponto de ferir seu núcleo essencial, bem como a proibição da proteção insuficiente (*untermassverbot*), segundo a qual deve adotar as medidas mínimas de cumprimento desses direitos (por exemplo, elaborando as leis necessárias ao cumprimento dos direitos fundamentais devidamente estabelecidos pelo poder constituinte). (MARTINS, 2018, p. 834).

Sendo, portanto, possível concluir que a vinculação do Poder Legislativo é um poder-dever, uma vez que, dentro dos limites de sua atuação, na atividade legiferante há a obrigatoriedade da observância de não ofensa aos direitos e garantias fundamentais, nem mesmo por meio de emendas constitucionais, tal como disposto pelo art. 60, § 4º, da CF/88, e, por outro lado, a atuação do Legislativo deve buscar sempre meios de dar concretude aos direitos e garantias individuais, sob pena de

impetração, inclusive, de mandado de injunção para suprir tal omissão, tal como disposto pelo art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988.

2.1.2.7.2 A vinculação do Poder Executivo

Para Branco (2018), a vinculação do Poder Executivo abrange não somente as pessoas jurídicas de direito público, mas, também, alcança as pessoas jurídicas de direito privado que venham a dispor de poderes públicos ao realizar tratativas com os particulares.

Desta forma aponta, também, Fernandes:

[...] a Administração Pública, em seu sentido mais amplo – incluindo aqui inclusive não apenas pessoas jurídicas de direito público, mas aqueles de direito privado que disponham de poderes públicos ao tratar com o particular – está estritamente vinculada à observância dos direitos fundamentais, sob pena de nulidade de seus atos. (FERNANDES, 2021, p. 395).

De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco:

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. (BRANCO; MENDES, 2018, p. 150).

Branco ainda complementa ao citar Canotilho: “Em especial os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.” (BRANCO; MENDES, 2018, p. 150).

2.1.2.7.3 A vinculação do Poder Judiciário

Ao falarmos de vinculação do Poder Judiciário devemos, primeiramente, mencionar o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que apresenta a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

Segundo Flávio Martins (2018), a vinculação do poder judiciário ocorre de duas maneiras: 1 – fiscalizatória, sendo está o dever de agir, mediante provocação, para fiscalizar os demais poderes quanto a aplicação dos direitos fundamentais; e, 2 – o dever de atenção e zelo, neste caso o Poder Judiciário deve guardar atenção de modo que suas decisões não desrespeitem os direitos fundamentais.

Conforme aponta Branco: “A defesa dos direitos fundamentais é da essência da função.” (BRANCO; MENDES, 2018, p. 153).

Deste modo, aponta Flávio Martins:

Por fim, o Poder Judiciário está vinculado aos direitos fundamentais não somente quanto fiscaliza o cumprimento destes pelos demais Poderes, como também está diretamente vinculado aos direitos fundamentais, no conteúdo de cada decisão, bem como no seu modo de agir. Destarte, deve o magistrado respeitar, na condução do processo, princípios como contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição de provas ilícitas, publicidade etc. (MARTINS, 2018, p. 836).

Ou seja: “Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais.” (BRANCO; MENDES, 2018, p. 153).

2.2 LIMITAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente cabe apontar, o seguinte entendimento emanado por Flávio Martins:

Entendemos que, como os direitos fundamentais são postos em nossa Constituição como princípio, e não regras, **devem ser considerados como**

mandamentos de otimização, ou seja, devem ser cumpridos no grau máximo de sua efetividade. [Grifo meu] (MARTINS, 2018, p. 829).

Desta forma, Ferrajoli apud Mendes (2018, p.199), entende ser vantajosa a aplicação da teoria dos princípios, supracitada, uma vez que ela impede o esvaziamento completo dos direitos fundamentais, ao conferir certa flexibilidade a eles.

Ferrajoli, novamente citado por Mendes (2018, p.199), complementa:

A teoria dos princípios logra não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação de solução das colisões de direito. Essa teoria tem uma outra qualidade que é extremamente relevante para o problema teórico do Direito Constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa validade ou invalidade. Para uma constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios quem em face de outros princípios, não de passar por um processo de ponderação. E, assim, “sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade”. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais. (BRANCO; MENDES, 2018, p.199).

Para Flávio Martins (2018), são duas as limitações possíveis para os direitos fundamentais, classificando-as como internas, originadas na própria natureza do direito, também chamada de limites imanentes ou externas.

Acerca dos limites internos, complementa Fernandes ao citar Borowski: “[...] existe apenas um direito com limites imanentes (inerentes) a ele”. (FERNANDES, 2021, p. 396).

De acordo com Martins (2018), existem duas formas para que seja possível definir os limites imanentes, utilizando a definição dada por Canotilho.

Neste sentido afirma, ao citar Canotilho: “[...] são os limites que estão presentes dentro da própria Constituição, impostos por outros direitos fundamentais.” (MARTINS, 2018, p. 837).

Flávio Martins ainda complementa ao dar os seguintes exemplos:

“[...] a liberdade de consciência e crença está limitada por outros direitos como a vida (não se pode praticar sacrifícios humanos durante um culto religioso). Da mesma forma, a liberdade de manifestação do pensamento está limitada por outros direitos como a honra e a intimidade (art. 5º, X).” (MARTINS, 2018, p.837).

Já a segunda definição para os limites internos é a seguinte:

[...] são limites existentes dentro do próprio direito, por um processo interno, não definido nem influenciado por aspectos externos (como colisões com outros direitos). Assim, sem a necessidade ponderar o direito fundamental com outros direitos igualmente tutelados, analisaríamos a priori a extensão do direito, verificando qual seria sua amplitude, quais seriam seus limites. (MARTINS, 2018, p. 838).

As limitações externas, de acordo com Martins (2018) são as ressalvas impostas, aos direitos fundamentais, que podem ocorrer por meio de outros direitos constitucionais ou por leis infraconstitucionais. Conforme Fernandes, essa teoria é definida da seguinte maneira:

Para essa teoria, diferentemente da teoria interna (que trabalha com o pressuposto de apenas um objeto, ou seja, o direito e seus limites imanente), temos dois objetos: o direito em si e destacado dele suas restrições. Com isso, passa-se a reconhecer a possibilidade de restrições a direitos fundamentais e sua aferição, conforme veremos, por meio de determinados parâmetros. Assim sendo, a restrição ao seu exercício se dará em uma situação concreta (contextualizada). (FERNANDES, 2021, p. 397).

Flávio Martins complementa, ao citar Virgílio Afonso da Silva:

Como lembra Virgílio Afonso da Silva, “um princípio, compreendido como mandamento de otimização é, *prima facie*, ilimitado. A própria ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes”. (MARTINS, 2018, p. 840).

Quando a limitação ocorre por meio de normas, infraconstitucionais, devem ser observados alguns critérios, como bem menciona Flávio Martins, sendo eles os seguintes: “a) não ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais; b) devem ser razoáveis; c) devem ser proporcionais.” (MARTINS, 2018, p. 840).

Logo, tais premissas devem ser observadas, pelo legislador, ao cumprir o papel atribuído a ele, pela Constituição, de restringir determinados direitos fundamentais:

E, além disso, temos que, mesmo que a Constituição entregue ao órgão legislativa a tarefa de restringir por meio da legislação o âmbito de certos direitos (como no caso dos de livre exercício profissional), há de se ater para o respeito do núcleo essencial do direito, sob pena de inconstitucionalidade do ato. (FERNANDES, 2021, p. 394).

Um exemplo de direito fundamental que pode ser limitado pelo legislador temos o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, conforme aduz Flávio Martins:

Algumas vezes essas limitações são previstas expressamente na Constituição Federal, como no art. 5, XIII, que afirma ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ou seja, a lei pode limitar o acesso a algumas profissões, baseando-se em outros direitos fundamentais. (MARTINS, 2018, p. 827).

A respeito da irredutibilidade do núcleo essencial, Martins (2018) cita alguns exemplos de consagração expressa em Constituições alienígenas, contudo tal característica não veio a ser consagrada pela nossa Constituição, embora seja admitida. Neste sentido afirma, Gilmar Mendes, ao proferir seu voto no RE 511.961, quando do julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal:

Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. (STF, RE 511.961. MENDES, 2009).

São duas as teorias para a identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Segundo Martin (2018), a teoria absoluta define que o núcleo essencial do direito fundamental é obtido pela análise abstrata da norma. Neste caso, não é necessário que a norma seja analisada frente a um caso concreto, o interprete irá estudar apenas a norma, em si, para chegar ao seu núcleo intangível, sendo uma verdadeira unidade substancial autônoma.

Já a teoria relativa, preponderantemente adotada no Brasil, ainda de acordo com Martins (2018), o núcleo do direito fundamental é obtido pela análise do caso concreto, devendo para tanto ser realizada a ponderação dos princípios conflitantes, sendo obtido caso a caso, sendo obtido o mínimo insuscetível de redução.

Em certas ocasiões, o conflito ocorre entre princípios fundamentais, nesta hipótese Fernandes afirma que a solução deveria ser solucionada pela aplicação da teoria relativa:

Ainda sobre a corrente majoritária, temos como correlato de sua tese a consideração da não existência (inexistência) de hierarquia entre os direitos fundamentais. Com isso, advogam doutrinadores que as tensões, conflitos ou colisões entre os direitos fundamentais deveriam ser resolvidos à luz do caso concreto, tendo em vista as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso. (FERNANDES, 2021, p. 388).

De acordo com Moras (2017), o interprete, ao se deparar com o conflito entre os direitos fundamentais, deve aplicar o princípio da concordância prática ou da harmonização, de modo a evitar a redutibilidade total do núcleo essencial de determinado direito com relação ao outro, coordenando e combinando os bens jurídicos

tutelados efetuando a ponderação, de acordo com o caso concreto, e buscando o real significado da norma com a harmonia constitucional, resguardando sua finalidade principal e sua máxima efetividade.

De acordo com Mendes (2018), ao fazer a identificação do âmbito de proteção de determinado direito, deve-se observar o objeto da proteção e contra qual agressão ou restrição este direito está conflitando. Deste modo, torna-se possível dar maior efetividade ao direito.

Com relação a aplicação do postulado da proporcionalidade, Alexy, citado por Mendes, afirma que o referido princípio se subdivide em três subprincípios:

O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a fora teórica quanto prática da teoria do princípio, que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria ideia de proporcionalidade. (BRANCO; MENDES; 2018, p. 199).

Para Mendes (2018), para a correta aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser observada a necessidade e a adequação, o meio é adequado quando se mostra apto a atingir o fim pretendido, e necessário quando não houver meio menos gravoso ao direito ofendido.

Conforme o entendimento dos doutrinadores, estudados, é perfeitamente possível ocorrer a limitação de direitos fundamentais, podendo tais limitações serem impostas internamente ou externamente, aos direitos fundamentais, sendo ponto em comum que tais limitações devem ser aplicadas de acordo com o postulado da proporcionalidade, de acordo com a real necessidade do caso em concreto.

2.3 A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

De acordo com Martins (2021), o primeiro diploma legal a positivizar a presunção de inocência foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, sendo posteriormente mencionada, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O princípio da não culpabilidade é um direito fundamental e está presente em nossa carta magna em seu artigo 5º, inciso LVII. Segundo aponta Martins (2018), a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a admitir o referido princípio, apresentando a seguinte redação:

Art. 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:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) (Brasil, 1988).

Através da extração filosófica da razão de ser do mencionado princípio, A. Castanheira Neves citado por Tourinho Filho (2018, p. 76), bem dizia: “É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre”.

Conforme Moraes (2017), a presunção de inocência foi consagrada, por meio deste dispositivo constitucional, como uma das bases do Estado de Direito ao tutelar a liberdade pessoal, funcionando como uma garantia processual penal.

Neste sentido, também aduz, Tourinho Filho ao fazer a seguinte afirmação: “Esse princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*” (FILHO, 2018, p. 76).

Sendo bem apontado por Aury Lopes Júnior:

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço a figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor). (LOPES Jr., 2019, p. 98).

Nestes termos, a presunção de não culpabilidade garante com que o acusado seja tratado como inocente, uma vez que não houve a formação da culpa, que no Brasil ocorre com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para Lopes Jr. (2019), a presunção de inocência configura um dever de tratamento, em vista de que o acusado é presumidamente inocente, em duas dimensões, por ele classificadas como interna e externa.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regra de tratamento e regras de julgamento para o juiz.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva explosão midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES Jr., 2019, p. 98).

Segundo Mendes (2018), tal princípio possui um âmbito de proteção bastante discutido, sendo o princípio segundo o qual visa garantir a não ocorrência de consequências jurídicas sobre o sujeito passivo, no processo criminal, antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Há tempos o STF já fixou o entendimento de que tal princípio tem o condão de obstar o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação. É o que se extrai do julgado do HC 80.174, HC 75.077 e HC 73.489, abaixo colacionados.

[...] 3. A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória, mas não impede que se inicie a execução provisória, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo. Precedente: HC nº 72.610-MG, Min. CELSO DE MELLO, in DJU de 06.09.96, pág. 31.850. 4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (STF, HC 80.174. CORREA, 2000).

EMENTA: "HABEAS CORPUS". HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRONÚNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. O princípio ínsito no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não impede a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas apenas que o nome do réu seja desde logo lançado no rol dos culpados. Precedentes do Plenário do STF. [...] (STF, HC 75.077. CORREA, 1998).

[...] 2. Nem mesmo o disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal é empecilho à expedição do mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, pois, nessa hipótese, obsta, apenas, o lançamento do réu no rol dos culpados, segundo entendimento do Plenário do S.T.F. 3. "H.C." indeferido. (STF, HC 73.489. SANCHES, 1996).

Dessa forma, conforme aduz Moraes (2017), deve haver a comprovação da culpabilidade do sujeito pelo Estado, sendo este presumidamente inocente, de outro modo voltaríamos a era do total arbítrio estatal onde seria permitido a adoção de medidas pelo Estado sem o devido processo legal, inclusive, com o afastamento dos direitos e garantias fundamentais.

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado. (MORAES, 2017, p. 132).

Noutra toada, conforme Nucci (2020), o objeto do princípio da não culpabilidade é a garantia da incumbência do ônus probante à acusação, bem como assegura a excepcionalidade da aplicação das prisões cautelares.

Nucci complementa, ainda, a sua análise sobre o princípio da presunção de inocência ao citar Bentham:

[...] todo juiz precisa respeitar fielmente esse princípio, adotando a máxima “é melhor deixar escapar um culpado que condenar um inocente, ou em outras palavras, deve cuidar-se muito mais da injustiça que condena do que da injustiça que absolve. (NUCCI, 2020, p. 66).

2.4 A SISTEMÁTICA PENAL DAS PRISÕES

Renato Brasileiro de Lima apresenta a seguinte definição para prisão:

A palavra “prisão” origina-se do latim *pressione*, que vem de *prehensione* (*prehensio*, *onis*), que significa prender. Nossa legislação não utiliza de modo preciso. De fato, o termo “prisão” é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (*detenção*, *reclusão*, *prisão simples*), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado (CF, art. 5º, inciso LXVI; CPP, art. 288, caput). (LIMA, 2020, p. 963).

Prisão, conforme apresentado por Tourinho Filho, pode ser definida da seguinte maneira: “[...] a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria.” (FILHO, 661, p. 661).

Com relação ao sentido de interesse para o processo penal, Renato Brasileiro define prisão da seguinte maneira, corroborando com a definição apresentada por Tourinho Filho:

[...] deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em

face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5º, LXI). (LIMA, 2020, p.963).

Nos termos do art. 5, inciso LXI, da CF/88 “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” (BRASIL, 1988).

Através do dispositivo, supracitado, é possível observar que, com a exceção da prisão em flagrante (que pode ser decretada por qualquer do povo, nos termos do art. 301 do CPP) e das prisões disciplinares dos militares, somente a autoridade judiciária poderá decretar a prisão de alguém, devendo a decisão ser realizado por escrito contendo os seus devidos fundamentos.

Tourinho Filho (2018), afirma que existem duas espécies de prisão, a prisão-pena e a prisão sem pena. Para ele, a prisão-pena é aquela quando decisão condenatória, de natureza penal, irrecorrível, ou seja, quando já ocorreu o trânsito em julgado. Já a prisão sem pena seriam as demais espécies de prisão, contempladas em nosso ordenamento jurídico, que não decorrem de sentença penal transitada em julgado.

2.4.1 Prisão-pena

Do modo como foi, acima, exposto: “A prisão-pena é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.” (FILHO, 2018, p. 661).

Segundo Tourinho Filho (2018), a pena é o castigo imposto aos condenados, que tem por finalidade a reeducação, de modo que se torne viável o reingresso do castigado na comunidade.

Vale ressaltar que na forma como sistema carcerário se encontra na atualidade a pena, de cárcere, serve única e exclusivamente como um castigo, perdendo totalmente a sua função educativa, em total desacordo com as legislações vigentes. Neste sentido:

O cárcere, contudo, não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até à esperança. (FILHO, 2018, p. 661).

Sobre o assunto Renato Brasileiro aponta:

A prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam*, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impôs o cumprimento de pena privativa de liberdade (STF, ADC's 43, 44 e 54). Só pode ser aplicada após um devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade. Conquanto sua utilização venha sendo reduzida ao mínimo necessário, é um mal necessário do qual ainda não podemos prescindir, conforme salienta Alberto Silva Franco: “Enquanto a dogmática penal mais criativa não oferecer nenhum substitutivo válido para a pena privativa de liberdade, e enquanto a prisão, embora já considerada um ‘mal necessário’, não sofrer total esvaziamento, o regime penitenciário, com toda a sua problemática, não poderá ser descartado.” (LIMA, 2020, p. 973).

Apesar do exposto, não iremos adentrar na temática da crise carcerária vivenciada em nosso país, atualmente, sendo de interesse para este trabalho apenas a questão atinente quando a definição das espécies de prisão.

2.4.2 Prisão sem pena

Aduz Tourinho Filho (2018) que ao lado da prisão-pena figura a prisão sem pena, para ele tal modalidade de prisão seriam todas aquelas que não decorrem de sentença penal condenatória irrecorrível. Dentre as prisões sem pena figuram as seguintes:

Temos a prisão civil, assim denominada porque decretada pelo Juiz do cível, na hipótese prevista no art. 528 e parágrafos do CPC; a prisão cautelar tratada nos art. 69 a 81 da Lei n. 6.815, de 19-8-1980, pertinente a expulsão e extradição; a

prisão cautelar de natureza constitucional prevista no art. 139, II, da CF, admitida durante o estado de sítio. Por último, a prisão cautelar de natureza processual, que se apresenta sob quatro modalidades: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva *stricto sensu*; c) prisão temporária; d) prisão domiciliar prevista no art. 317 do CPP, com a sua nova redação. (FILHO, 2018, p. 666).

Quanto as hipóteses de prisão sem pena, iremos nos ater apenas as prisões cautelares, ou processuais, conforme a definição dada por Tourinho Filho.

2.4.2.1 Prisões cautelares

Segundo Guilherme de Souza Nucci, prisão cautelar pode ser definida da seguinte maneira:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual. Por outro lado, o Código Penal regula prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado e o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. (NUCCI, 2020, p. 649).

Paulo Rangel faz o seguinte apontamento a respeito das prisões cautelares:

A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. É cediço que a medida cautelar pode recair sobre a coisa (res), v. g., busca e apreensão, sequestro, arresto, e sobre a pessoa, e é exatamente da privação de liberdade, antes da sentença proferida no processo de conhecimento [...]. (RANGEL, 2021, p. 719).

Com relação a finalidade das prisões cautelares, Rangel (2021) afirma, em idêntico sentido apresentado por Nucci, que seu fim é tutelar o processo e não o direito material discutido, uma vez que o direito material é discutido no processo de

conhecimento, sendo dever da medida cautelar (cujo o objeto é um processo cautelar) assegurar o resultado útil do processo de conhecimento onde se discute o direito material.

Rangel complementa ao citar Afrânio Silva Jardim:

Hoje, não pode restar a menor dúvida de que a prisão em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada afinal, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela (Direito processual penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 255). (RANGEL, 2021, p. 719).

Por fim, conforme Renato Brasileiro (2020), as prisões cautelares podem ser divididas em: flagrante, preventiva e temporária, conforme veremos a seguir.

2.4.2.1.1 Prisão em flagrante

Ao abordar o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho faz a seguinte acepção a respeito da terminologia da palavra flagrante, de modo, a definir o que seria flagrante delito:

Flagrante, do latim *flagrans*, *flagrantis* (do verbo *flagrare*, queimar) significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão flagrante delito, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração. Prisão em flagrante delito é, assim a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal. (FILHO, 2018, p. 685).

As normas, atinentes a prisão em flagrante, encontram-se dispostas entre os artigos 302 e 310, capítulo II, do título IX do Código de Processo Penal, destinado as prisões, medidas cautelares e a liberdade provisória.

Conforme o já mencionado, anteriormente, a prisão em flagrante poderá ser realizada por qualquer indivíduo, sendo obrigatória as autoridades policiais e seus agentes, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal.

De acordo com Rogério Schietti Cruz, a prisão em flagrante deixou de possuir a natureza cautelar passando a possuir natureza precautelar:

Não se tratará da prisão em flagrante, porque passa ela a, nitidamente, ter o caráter de pré-cautelar, necessária apenas para fazer cessar a atividade criminosa, impedir a fuga do seu autor e preservar a prova para futura avaliação das partes e do juiz natural da causa penal. (CRUZ, 2021, p. 243).

Em idêntico sentido, também, discorre Lopes Jr. (2017) ao abordar a prisão em flagrante como medida precautelar, uma vez que a finalidade desta medida é apenas de levar o detido a presença do Magistrado para que este adote, ou não, a medida cautelar cabível.

O posicionamento dos autores, supramencionados, se justificam uma vez que o art. 310, do Código de Processo Penal, após a alteração feita pelo pacote anticrime (Lei Federal nº 13.964/19), apresenta a seguinte redação:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Conforme se extrai do dispositivo legal supracitado, o flagranteado deve ser apresentado a autoridade judiciária 24 horas após a realização da prisão, ocasião em que será efetuado, pelo Magistrado, o juízo de legalidade da prisão; sendo a prisão legal será verificado o preenchimento dos requisitos para a conversão da prisão preventiva (conforme veremos adiante no item 2.4.2.1.3); por fim, sendo o caso, poderá haver a concessão da liberdade provisória.

Logo, como se pode ver, a prisão em flagrante é um ato meramente transitório e destina-se, apenas, a levar o detido a presença do juiz de modo que será realizada a ponderação e adoção, ou não, da medida cautelar pertinente.

Neste sentido discorre Banacloche Palao, citado por Aury Lopes Jr.:

[...] o flagrante – ou la detención imputativa – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim precautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. (LOPES Jr., 2017, p. 50).

2.4.2.1.2 Prisão temporária

A prisão temporária está regulamentada pela Lei 7.960/89.

Renato Brasileiro define a prisão temporária da seguinte maneira:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do

indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quando à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072, art. 2º, §4º), viabilizando a instauração *da persecutio criminis in judicio*. Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações – tutela-meio –, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela-fim. (LIMA, 2020, p. 1105).

Nos termos do art. 1º, incisos I e II, da Lei Federal 7.960/89 (1989), a prisão temporária somente será cabível quando imprescindível as investigações do inquérito policial, bem como quando o investigado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, nas hipóteses taxativas do rol de delitos previstos pelo inciso III do mesmo artigo.

Conforme estabelece o art. 2º da Lei Federal 7.960/89 (1989), a prisão temporária somente pode ser decretada mediante representação da autoridade policial ou a requerimento da autoridade policial, pelo magistrado.

O prazo de duração da prisão temporária será de 5 dias para crimes comuns, podendo ser prorrogada uma única vez por igual período, no caso de crimes comuns, assim dispõe o art. 2º:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, 1989)

Ao se tratar de crimes hediondos ou equiparados deve ser observada uma peculiaridade com relação ao prazo de duração, que passa ser de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei Federal 8.072/90.

2.4.2.1.3 Prisão preventiva

Para Nucci, a prisão preventiva “Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.” (NUCCI, 2020, p. 683).

Conforme Renato Brasileiro, a prisão preventiva pode ser definida da seguinte forma:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). (LIMA, 2020, p. 1056).

Apesar da possibilidade apontada, por Renato Brasileiro, de que a prisão poderia ser decretada de ofício na fase processual, devemos ressaltar que com o advento da Lei Federal 13.964/19, com a nova redação dada pelo art. 311 do Código de Processo Penal e art. 282, §§ 2º e 4º, fica evidente que a prisão preventiva não mais pode ser decreta de ofício pela autoridade judicial em nenhuma hipótese, sob pena de ofensa ao princípio da imparcialidade.

Desta forma, bem assenta Nucci: “O juiz não pode mais decretá-la, de ofício, em nenhuma fase, conforme previu a Lei 13.964/2019, em nova redação ao referido art. 311.” (NUCCI, 2020, p. 686).

Galdino Siqueira, citado por Nucci, apresenta os seguintes argumentos acerca da natureza cautelar da prisão preventiva:

[...] não é uma pena, se bem que de fato assumo esse caráter, porquanto a pena só pode ser imposta com a certeza do crime e de seu agente, e mediante julgamento; a prisão preventiva é uma medida imposta pela necessidade para acautelar ou assegurar a administração da justiça; e logo que se manifeste contra o indiciado suspeita de criminalidade. (NUCCI, 2020, p. 684).

Segundo Lopes (2020), a prisão preventiva pode ser decretada no decorrer da investigação ou durante a ação penal, somente podendo ser decretada pela autoridade judicial (juiz ou Tribunal), devendo ser, sempre, devidamente fundamentada após representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, nos termos dos artigos 311 do Código de Processo Penal.

Uma importante observação sobre a prisão preventiva é quanto ao seu prazo de duração, não há na legislação pátria o estabelecimento de prazo, devendo a prisão preventiva perdurar enquanto houver necessidade, observada a proporcionalidade e necessidade, bem como os demais pressupostos que veremos a seguir.

De acordo com Frederico Marques, citado por Nucci, existem quatro pressupostos para a decretação da preventiva, sendo eles os seguintes:

a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade de condenação (*fumus boni iuris*, ou seja, “fumaça do bom direito”); c) perigo na demora (*periculum in mora*); e d) controle jurisdicional prévio. (NUCCI, 2020, p. 684).

Aponta, também, Cruz (2021), para que uma prisão cautelar seja decreta deve haver o preenchimento de dois requisitos, o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”.

Assim aduz Scarance Fernandes citado por Rogério Schiatti:

SACARANCE FERNANDES (1999, p.279) aponta, com muita clareza, que os provimentos cautelares se justificam ante o risco de ocorrerem, no curso de uma relação jurídica processual – ou mesmo antes – eventos que podem comprometer a atuação jurisdicional ou afetar a própria eficácia e utilidade do julgado. As medidas cautelares, então, eliminam ou minimizam esse perigo, sujeitando-se, para serem válidas, aos dois pressupostos referidos no parágrafo anterior. (CRUZ, 2021, p. 245).

Os pressupostos da prisão preventiva estão dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal, apresentando a seguinte redação:

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

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (BRASIL, 1941).

Aury Lopes Jr., define o *fumus commissi delicti* da seguinte maneira: [...] é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. (LOPES, 2020, p. 685).

De acordo com Nucci: “A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quanto há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico.” (NUCCI, 2020, p. 689).

Já, segundo Nucci (2020), os indícios suficientes de autoria se consubstanciam na fundada suspeita de que o investigado (ou réu, se no curso da ação penal) é, de fato, autor do crime.

Para melhor se enquadrar ao direito processual penal, o perigo da demora (mencionado por Frederico Marques, supracitado), requisito necessário a concessão de tutelas de urgência no direito civil, deve ser traduzido como o perigo estado da liberdade (*periculum libertatis*).

De acordo com Renato Brasileiro (2020), o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado resta demonstrado quanto há risco a ordem pública, instrução criminal, ordem econômica ou para a aplicação da lei penal (hipóteses previstas pelo art. 312 do CPP), não havendo a necessidade de todas as situações serem concomitantes, bastando a existência de apenas uma delas.

De igual forma, afirma Aury Lopes:

Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Além disso, esse perigo de ser atual, contemporâneo e não passado distante ou futuro. (LOPES Jr., 2020, p. 689).

O risco a garantia da ordem pública pode ser definido da seguinte maneira, conforme Aury Lopes Jr.:

[...] por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante [...]. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção, na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração da justiça perderá a credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (LOPES Jr., 689, 2020).

Em igual sentido, Renato Brasileiro (2020), afirma existirem ao menos três correntes a respeito do que seria garantia da ordem pública.

A primeira corrente, minoritária, afirma que:

[...] a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, figurando como inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena. Para os adeptos dessa primeira corrente, medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual). (LIMA, 2020, p. 1064).

A segunda corrente é a majoritária e apresenta um caráter restritivo, sendo o seguinte argumento:

[...] entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmo estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. (LIMA, 2020, p.1065).

De acordo com Renato Brasileiro (2020), a segunda corrente preserva o caráter cautelar da prisão, uma vez que tem como objetivo garantir o resultado útil do processo, impossibilitando o novo cometimento de infrações penais pelo investigado, ou acusado, nos termos do princípio da prevenção geral, ao fazer o juízo de periculosidade do agente.

Já a terceira corrente possui o caráter ampliativo e pode ser definida da seguinte forma:

[...] a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública pode ser decretada com a finalidade de impedir eu o agente solto, continue a delinquir, e também nos casos em que o cárcere *ad custodiam* for necessário para acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público. (LIMA, 2020, p. 1068).

O risco a garantia da ordem econômica se assemelha a garantia da ordem pública, sendo feita a seguinte definição por Renato Brasileiro de Lima:

O conceito de garantia da ordem econômica assemelha-se a ode garantia da ordem pública, porém relacionado a crimes contra a ordem econômica, ou seja, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa em relação a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos

mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, §4º). (LIMA, 2020, p. 1068).

O risco a conveniência da instrução criminal, conforme Capez (2021), tem o condão de assegurar a tranquilidade da instrução penal ao assegurar que o acusado não gere empecilhos ou, até mesmo, impeça a produção de provas.

A conveniência da instrução criminal, para Renato Marcão, se apresenta da seguinte maneira:

Nesse caso, a prisão do investigado ou acusado tem por objetivo colocar a salvo de suas influências deletérias a prova que deverá ser colhida na instrução do feito e avaliada quando do julgamento do processo. Visa à preservação da verdade real, ameaçada por comportamento do agente contrário a esse objetivo. (MARCÃO, 2021, p. 335).

Se apresentando da seguinte forma, nos termos do exemplo apresentado por Renato Marcão:

Será cabível a prisão preventiva sob tal fundamento, por exemplo, nas hipóteses em que o agente passar a ameaçar a vítima ou testemunha visando impedir ou dificultar prova oral em seu desfavor; quando ameaçar ou tentar corromper perito que deva funcionar nos autos do inquérito ou processo; destruir prova documental ou qualquer vestígio ou evidência do crime; tentar aliciar jurado etc. (MARCÃO, 2021, p. 335).

O risco a aplicação da lei penal, segundo Capez (2021), se caracteriza quando há um perigo iminente de fuga do acusado, ou investigado, de modo a obstar a futura execução da pena aplicada por eventual sentença penal condenatória, não podendo em nenhuma hipótese, o risco de fuga, ser considerado como presumido, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Deve haver, portanto, a correta fundamentação com base no caso em concreto, sob pena de se tornar a prisão ilegal.

No mais, para que a prisão preventiva seja decretada, deve haver simultaneamente o preenchimento, também, de um requisito objetivo previsto pelo art. 313 do Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (BRASIL, 1941).

De acordo com a redação legal, do artigo supracitado, a prisão preventiva somente é cabível quando o crime for doloso, com pena máxima superior a quatro anos; ao reincidente em crime doloso; e, por fim, nos casos em que envolvam violência doméstica, contra a criança, adolescente, idoso, enfermo, ou deficiente, de modo a assegurar a aplicação de medidas protetivas de urgência.

Resta salientar, portanto, que para que a prisão preventiva seja decretada deve haver a demonstração do pressuposto, consubstanciado na existência de risco a ordem pública, econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal e, concomitantemente, preencher ao menos um dos requisitos objetivos estabelecidos pelo art. 313 do CPP.

No mais, Mendes (2018) afirma que é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é pacífico ao afirmar que a decretação de prisões cautelares não tem o condão de antecipar a pena ou a sua execução.

É o que se extrai do seguinte julgado, de nossa corte suprema.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUESTÃO NOVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA DO RÉU. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). I. - Por conter questão nova, não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância. II. - A fuga do réu do distrito da culpa, por si só, justifica o decreto de prisão preventiva. III. - A presunção constitucional de não-culpabilidade não desautoriza as diversas espécies de prisão processual, prisões inscritas em lei para o fim de fazer cumprida a lei processual ou para fazer vingar a ação penal. IV. - H.C. conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido. (STF, HC 81.468, VELLOSO, 2002).

2.5 A LIMITAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PELA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Primeiramente cabe apontar que, conforme já discutido anteriormente no subtópico 2.1.2.3, que trata sobre a limitabilidade dos direitos fundamentais, e no tópico 2.2, que versa sobre a limitação dos direitos fundamentais, deste trabalho, os direitos fundamentais não gozam de caráter absoluto.

Moraes (2017) afirma que os direitos fundamentais não podem ser utilizados de modo que haja a redução da capacidade de responsabilização civil ou penal, do indivíduo, por atos criminosos.

Em igual sentido Flávio Martins faz o seguinte apontamento sobre a presunção de inocência: “[...] (por exemplo, considerado absoluta a presunção de inocência, permitia que o réu condenado fizesse dezenas de recursos com o único objetivo de procrastinar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória)” (MARTINS, 2018, p. 837).

Sobre a possibilidade de antecipação da pena, Alexandre de Moraes aponta:

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade após decisão de 2ª instância, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em conseqüente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva. (MORAES, 2021, p.175).

Para Moraes (2021), no decorrer do processo a adequação ao princípio da presunção de inocência estará preenchida se observados três exigências, sendo elas as seguintes: ônus da prova (que pertence a acusação); a repetição das provas obtidas, quando possível, na presença do órgão judiciário, respeitando os princípios processuais constitucionais; a independência funcional, absoluta, dos magistrados na valoração das provas.

Neste sentido complementa Moraes:

Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácias nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da presunção de inocência no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia dos princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural (Juízos de 1ª e 2ª instâncias), com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de competências recursais restritas e sem efeito suspensivo do Superior tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla. (MORAES, 2021, p. 175).

Outro tópico levantado, por Moraes (2021), é o esvaziamento da eficácia jurisdicional pelo impedimento a execução da pena antecipada da pena pelo reconhecimento de caráter absoluto do princípio da presunção de inocência.

Conforme aponta Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de uma realidade no cenário jurídico brasileiro, já regulamentada pelos Tribunais dos Estados e também pelo Conselho Nacional da Justiça. Por isso, o juízo da condenação, assim que o réu vier a ser preso ou se já se encontrar detido, deve determinar a expedição da guia de recolhimento, ainda que haja recurso das partes, portanto, antes do trânsito em julgado, colocando a observação de se tratar de guia de recolhimento provisória, obter algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. (NUCCI, 2020, p. 151).

Ante a explanação, acima exposta, é possível dizer que a execução antecipada da pena é perfeitamente aplicável no direito brasileiro, sem inclusive uma realidade jurídica em nosso cenário.

Apesar do exposto, a discussão principal sobre a execução antecipada da pena se dá quanto a motivação que ensejou a segregação, não sendo, atualmente, admitido a antecipação da pena em decorrência de condenação após o julgamento da apelação (em segunda instância), razão pela qual apenas será possível quando o condenado estiver preso preventivamente.

Ademais, temos que ressaltar a prisão preventiva carece dos devidos fundamentos, tais como a garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, pela conveniência a instrução criminal e, por fim, assegurar a aplicação da lei penal, conforme o apresentado anteriormente (não há necessidade do preenchimento cumulativo destes pressupostos, havendo a demonstração de um é o suficiente para ensejar a decisão de segregação cautelar), havendo a necessidade de que seja preenchido o requisito objetivo trazido pelo art. 313 do CPP.

2.5.1 A oscilação do entendimento do Supremo Tribunal Federal

Conforme Cruz (2021), anteriormente a Constituição Federal de 1988 a discussão a respeito da presunção de inocência sequer chegava perto de ser um dos principais tópicos debatidos pelo Supremo Tribunal Federal, da mesma forma ocorreu nos primeiros anos após a promulgação da Carta Magna de 1988.

Como exemplo, Rogério Schietti Cruz, realizou uma pesquisa empírica de jurisprudência com o intuito de embasar sua explanação, encontrado o seguinte resultado a respeito das vezes em que o tema havia sido discutido pelo Supremo Tribunal Federal em momento anterior a década de 2000:

Para comprovar, empiricamente, tal afirmação, basta realizar uma pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, inserindo os vocábulos “presunção”, “inocência” e “prisão”. Se o período da pesquisa abranger desde 01/01/1989 (logo após a promulgação da Constituição de 1988) até 01/01/2000 (11 anos de interregno, portanto), encontrar-se-ão 19 julgados com o uso daquelas palavras. Se a pesquisa abranger o período de 01/01/1989, se constatará que, nesses 47 anos anteriores à Carta de 1988, houve tão somente dois julgados em que a presunção de inocência foi mencionada. (CRUZ, 2021, p. 279).

Ainda, segundo Cruz (2021), o STF, assentado nos antigos entendimentos anteriores a CF/88, não promoveu mudanças de entendimento quanto à eficácia do princípio da presunção de não culpabilidade nos primeiros 20 anos de vigência, sendo, plenamente, admitida a execução provisória da pena após o julgamento da apelação, uma vez que o recurso especial e o extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, chegou a editar a súmula 267, que apresentava a seguinte redação: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (BRASIL, STJ, 2002).

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal mudou de um extremo a outro com a decisão proferida no julgado do HC 84.078/MG, onde restou declarada a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena de modo a reconhecer a maior amplitude ao princípio da não culpabilidade e até mesmo a ampla defesa.

O HC número 84.078/MG apresenta a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer 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 delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de

vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF, HC 84.078, GRAU, 2010).

Desta forma, restou reconhecida a sobreposição temporal e material do princípio, apresentado pela Constituição de 1988, ante a norma apresentada pelo art. 637 do Código de Processo Penal, que determinava a execução antecipada da pena na pendência de recurso extraordinário e, ou, especial.

Passados poucos anos, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, a corte dava sinais de que o entendimento poderia ser alterado devido à grande dificuldade de dar efetividade a ação penal frente aos inúmeros recursos interpostos com o intuito meramente protelatório, conforme aponta Gilmar Mendes citado por Rogério Schietti Cruz:

[...] se examinarmos os casos concretos, em geral, vamos ver que cada vez mais se afigura difícil chegar ao trânsito em julgado, e até que essa jurisprudência estimulou bastante os expedientes para dificultar o trânsito em julgado, com reiterados embargos de declaração, por exemplo, com reiterados recursos de nítido caráter protelatório, quando já se sabe que não vai mudar a jurisprudência, a decisão que já foi fixada. Aí me parece que acabamos por nos divorciar do sistema geral que é hoje existente no mundo. E temos situações graves, que repercutem sobre a própria sensação de impunidade da população. Casos em que alguém que respondeu a processo estava solto, mas, autor de homicídio, vai a júri, é condenado e sai de lá livre porque não houve ainda o trânsito em julgado. Isso repercute de uma forma extremamente negativa nas pequenas comunas. Pelo menos se pudéssemos dizer “se a decisão for confirmada em segundo grau, pelo menos ele já poderá ser preso”. Acho que devemos rediscutir essa temática, claro deixando sempre a possibilidade de, para casos eventualmente teratológicos, recorrer à instância superior, de se obter uma medida cautelar etc. (...) Criamos uma jurisprudência que estabelece um fosso com a experiência hoje dominante no direito comparado. Se olharmos o direito americano, até de forma mais radical, depois da sentença já é o réu recolhido à prisão. Também no modelo europeu, com variações da sentença já é o réu recolhido à prisão. Também no modelo europeu, com variações, consagra-se a ideia da decisão de segundo grau como o bastante, até os tratados internacionais, de modo que, tocado um pouco por essa reflexão comparativa, e também por um juízo de consequências, me parece que nós deveríamos fazer uma reanálise dessa jurisprudência última. (CRUZ, 2021, p. 284).

Em 2016 houve a guinada de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que passou a adotar, novamente, o posicionamento abandonado em 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG.

A mudança de posicionamento se deu no julgamento do HC 126.292/SP, que apresenta a seguinte ementa:

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

SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, HC 126.292/SP, ZAVASCKI, 2016).

Voltando a ser reconhecida a possibilidade de relativização da presunção de inocência pela execução provisória da pena após ser proferido o acórdão condenatório, mesmo que pendente do julgamento de RE e REsp.

Ainda em 2016, o STF firmou a tese de com repercussão geral, quando do julgamento do RE 964.246 RG/SP, reconhecendo a tese fixada no julgamento do HC 126.292, de modo a pacificar as divergências jurisprudenciais dos Tribunais brasileiros.

Sendo este o resumo da decisão:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (STF, ARE 964.246, ZAVASKI, 2016).

Aury Lopes Jr (2017), enumera um rol com dez itens sobre o porquê da decisão, proferida no HC 126.292, não foi a mais acertada, fazendo os seguintes apontamentos: 1 – A perda da presunção de inocência ocorre apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme preconiza a CF, somente podendo ser alterado com a mudança do texto constitucional e não por decisões interpretativas do STF;

- 2 – A decisão proferida, no julgado em tela, não possui caráter vinculante (algo que foi alterado com o julgamento do ARE 964.246, onde tal entendimento passou a ser adotado como tema de repercussão geral);
- 3 – Não há no que falar em reconhecimento da culpa após a decisão de segundo grau, uma vez que o marco para tal questão é o trânsito em julgado, ou seja, após todo o transcurso do processo, inclusive dos Resp e RE;
- 4 – O caráter extraordinário do Resp e RE, não influencia no conceito de trânsito em julgado, que somente ocorre quando a decisão judicial não é mais suscetível a recurso;
- 5 – O STF tem papel de guardar a Constituição, não cabendo a Suprema corte alterar o conceito de vocábulos, empregados nos dispositivos da CF, para que o direito seja aplicado da forma como lhe convém;
- 6 – A ausência do efeito suspensivo do recurso não guarda relação com o trânsito em julgado, sendo este o ponto adotado pela CF para o fim da presunção de inocência;
- 7 – A sistemática adotada pelas normas de direito alienígena, citadas no julgamento, em nada convergem com o direito brasileiro, uma vez que, naqueles países, o trânsito em julgado ocorre após a decisão de segundo grau, sendo, tal decisão, suscetível a impugnação por meio de ações autônomas;
- 8 – Não houve a análise do artigo 283 do CPP, de modo que a sua não aplicação deveria ter sido precedida da declaração de sua inconstitucionalidade;
- 9 – A um grande descompasso entre a decisão que admite a execução antecipada da pena e a decisão que admitiu o reconhecimento do “estado de coisa inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro;
- 10 – É deveras falacioso o discurso justificador da execução antecipada da pena como forma de combate à impunidade e na demora em se alcançar um fim ao processo, pelo grande lapso temporal exigido para o julgamento dos recursos de caráter extraordinários.

De igual forma se posicionou Cezar Roberto Bitencourt, após a decisão emanada no HC 126.292, fazendo os seguintes apontamentos:

A presunção de inocência é um dos princípios basilares do Direito brasileiro, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, sendo previsto, repetindo, pelo art. 5, LVII, da Constituição de 1988: “Ninguém será considerado culpado

até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional deverá absorver e obedecer a tal princípio. Ou seja, o Texto Constitucional brasileiro foi eloquentemente incisivo: exige como marco da presunção de inocência o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, indo além, portando da maior parte da legislação internacional similar. Certamente, a nossa Constituição Federal é mais garantista que as demais, mas foi a extensão que nosso legislador constituinte quis dar a essa cláusula pétrea. Deve-se respeitá-la. (BITENCOURT, 2020, p. 83).

Bitencourt complementa, ainda:

Não se ignora, diga-se de passagem, que o Estado brasileiro tem direito e interesse em punir indivíduos que tenham condutas que contrariem a ordem jurídica, podendo impor sanção àqueles que cometem ilícitos. No entanto, esse direito-dever de punir do Estado deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado senão dentro dos limites legais. Ora, os princípios e garantias consagrados no Texto Constitucional não podem ser ignorados ou desrespeitados, e a Suprema Corte está aí para reafirmá-los, defende-los e impedir decisões que os contrariem, reformando-as ou cassando-as, exatamente o contrário do que fez nesse julgamento. (BITENCOURT, 2020, p. 84).

No mais, conforme aponta Bitencourt (2020), o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu o princípio da vedação do retrocesso (princípio pelo qual não há como o Estado retroceder no reconhecimento de direito já consolidado), razão pela qual a decisão proferida em 2016 viola tal princípio ao restringir o limite da aplicação de direito fundamental já incorporado pelo ordenamento jurídico.

Em sentido contrário Flávio Martins faz os seguintes apontamentos:

Dessa maneira, não nos parece ferir o princípio da presunção de inocência ou estado de inocência a execução da pena privativa de liberdade a partir da condenação em segunda instância, principalmente porque o STF entendeu ser possível o efeito suspensivo, a ser examinado no caso concreto. Portanto, o STF substituiu uma aparente regra absoluta (que ensejava claríssimas

injustiças) por uma interpretação mais ponderada: condenado criminalmente em segunda instância: a) em regra, iniciará a execução da pena privativa de liberdade; b) presentes os requisitos legais, ao recorrer para superior instância, poderá ser concedido efeito suspensivo a esse (s) recurso (s), aguardando o réu em liberdade. (MARTINS, 2018, p. 1006).

Ressaltando ainda o colisão entre os direitos fundamentais da presunção de inocência e da segurança:

Estamos diante do conflito entre o princípio constitucional de presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e o princípio da segurança (art. 5º, “caput” e art. 6º, “caput”, CF). Ora, permitir que os réus interponham dezenas de recursos com o fito de adiar a execução da pena cria na sociedade uma sensação de impunidade e insegurança, na medida em que o processo penal transmitiria uma sensação de impunidade e insegurança, na medida em que o processo penal transmitiria uma sensação de impunidade, estimulando a prática de novos crimes. Outrossim, outro valor a ser considerado é o constante no artigo 3º, I, da Constituição Federal, segundo o qual um dos objetivos da República é construir uma sociedade justa. Que tipo de “justiça” é essa que permite que os mais ricos (os que têm os melhores advogados) possam interpor dezenas de recursos, enquanto os mais pobres, na maioria das vezes assistidos pela Defensoria Pública (que exerce de forma regular a defesa, e não de forma abusiva) iniciem o cumprimento da pena muito antes? (MARTINS, 2018, p. 1007).

Eram inúmeros os pontos que necessitavam de debate nas decisões do HC 126.292 e ARE 964.246, conforme a sequência de argumentos apresentados por Aury Lopes Júnior e Cezar Roberto Bitencourt, razão pela qual a decisão foi novamente revista, num breve espaço de tempo.

Conforme bem aponta Cruz (2021), apesar das decisões proferidas, no HC 126.292 e no ARE 964.246, o tema virou algo incerto em nossa Corte suprema havendo, já em 2017, inúmeras decisões monocráticas que suspendiam a execução antecipada da pena, fato que acarretou na instabilidade jurisdicional.

Em 2019, o tema foi novamente discutido pelo Tribunal Pleno, do STF, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, gerando uma nova reviravolta para o tema ao ser

fixado novo entendimento, sobre a impossibilidade da execução antecipada da pena, de modo a “represtinar” a jurisprudência de 2016 que havia reconhecido a possibilidade.

As ADCs versavam sobre o mesmo tema, sendo esta a ementa da ADC 43:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (STF, ADC 43, AURÉLIO, 2029).

A guinada de posicionamento ocorreu ao ser reconhecida a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que replicava, parcialmente (com certo acréscimo legislativo), o art. 5, inciso LXI, e alinhava-se, também, ao disposto pelo inciso LVII, do mesmo artigo, ambos da Constituição Federal, que apresenta a seguinte redação:

Art. 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. (BRASIL, 1941).

Logo, reconhecido que a prisão, em momento anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, só poderá ocorrer em virtude das prisões cautelares, se preenchidos os pressupostos e requisitos capazes de ensejar a prisão, necessitando, também, da devida fundamentação do magistrado ou Tribunal que determinar a prisão.

Rogério Schietti aponta:

Os efeitos dessa decisão foram imediatos. No dia seguinte ao julgamento o ex-presidente Lula recuperou sua liberdade, por decisão do juízo federal de Curitiba, que, prontamente, acolheu o pedido da defesa, tendo em vista ainda pender de julgamento recurso extraordinário interposto ao STF. (CRUZ, 2021, p. 300).

Para Martins (2021), o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal não seria o mais acertado, uma vez que a presunção de inocência não goza de caráter absoluto.

Segundo Cruz (2021), em razão das oscilações de entendimento do Supremo Tribunal Federal e pelo grande descontentamento gerado em uma parcela significativa da população, foram retomadas discussões sobre a possibilidade de emendas constitucionais para que se viabilize a prisão em segunda instância (PEC 410/2018 e 05/2019), além de projetos que visam alterar o Código de Processo Penal.

Ademais, Flávio Martins (2021) aponta, também, a existência da PEC 199/2019, com a finalidade de transformar os Recurso Especial e Recurso Extraordinário em ações autônomas de impugnação, que ocorreriam em momento posterior ao trânsito em julgado da ação penal.

A única certeza, momentânea, é que o tema está longe de ser pacificado, ainda mais se levarmos em consideração que a margem vencedora, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, foi extremamente apertada, sendo a maioria composta por apenas 6 Ministros, dos 11 que compõem o Supremo Tribunal Federal.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Conforme o abordado ao longo do trabalhos foi possível demonstrar que os direitos fundamentais é o principal meio de proteção da dignidade da pessoa humana, sendo que em nosso ordenamento, tal garantia foi incorporada por nossa Constituição Federal de 1988.

É pacífico, na doutrina, que os direitos fundamentais possuem três diferentes gerações, sendo a primeira classificado como os direitos de defesa consubstanciando um dever de abstenção do Estado; a segunda geração é aquela que engloba os direitos sociais, econômicos e políticos, necessitando de uma atuação do Estado para a satisfação de tais direitos; e por fim temos a terceira geração que é aquela que resguarda os direitos metaindividuais.

Como o apresentado no item 2.1.2, os direitos fundamentais são dotados de certas características, havendo divergência quanto a definição devido ao momento histórico vivido pelo Estado, sendo que para Flávio Martins (2018) as características são: historicidade, universalidade, limitabilidade ou relatividade, concorrência, inalienabilidade, imprescritibilidade e vinculação aos três poderes.

Dentre ao rol de características apresentado, é de fundamental importância, para o objeto do presente trabalho, a da limitabilidade ou relatividade.

De acordo com a relatividade, os direitos fundamentais não gozão de caráter absoluto, sendo passíveis de sofrerem limitações.

Cabe destacar que os direitos fundamentais funcionam como mecanismos de otimização, que podem ser traduzidos em verdadeiros princípios, fato pelo qual se impede o esvaziamento do núcleo essencial dos direitos resguardados por eles.

Para que ocorra a limitação dos direitos fundamentais devemos nos atentar, conforme menciona Mendes (2018), quanto a aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo necessário a observação dos parâmetros da necessidade e adequação.

Após a realização dos apanhados gerais sobre direitos fundamentais, e a forma como podem ser limitados, passamos a análise do princípio da presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência.

A presunção de inocência é um direito fundamental de primeira geração, sendo considerado um direito fundamental que necessita uma prestação negativa do Estado, devendo este limitar o seu poder punitivo ao ser condicionado a observância de uma série de regras estabelecidas pelo processo penal.

Resumidamente, a presunção de inocência é um dever de tratamento do Estado para com o acusado nos termos apresentados por Aury Lopes Jr. (2019).

Posteriormente foi abordada a sistemática das prisões, conforme as normas jurídicas penais do Brasil.

As prisões podem ser subdivididas em prisões pena, sendo a ocorrida após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e prisões sem pena, englobando todas aquelas que não decorrem de decisão judicial irrecorrível (sendo elas as prisões cautelares).

Dentre as prisões cautelares possuímos três grandes modalidades, sendo elas a temporária, preventiva e em flagrante (atualmente vem sendo assumido que o flagrante já não mais possui sua característica cautelar e sim pré-cautelar).

Por fim, adentramos na discussão sobre o tópico principal do trabalho que é, justamente, a análise limitação da presunção de inocência pela execução provisória da pena.

Conforme o apresentado, segundo Nucci (2020), a execução provisória da pena é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, inclusive regulamentada pelos Tribunais, ao concederem a aqueles que cumprem pena provisoriamente uma série de direitos concernentes ao preso definitivo, sendo extremamente aceitável, pois se até mesmo o condenado, cujo houve o reconhecimento da culpa, goza de certos benefícios, tais como progressão de regime, por que não atribuir também aqueles que estão provisoriamente presos onde nem ao menos houve a formação da culpa?

Por um grande lapso temporal foi admitido em nosso sistema jurídico a execução antecipada da pena, única e exclusivamente, após a decisão condenatória proferida no julgamento de apelação, onde não havia a necessidade de que fosse realizado a devida ponderação da necessidade da prisão antecipada do acusado, quando ainda estava na pendência de recursos

De acordo com o estudo realizado foi possível demonstrar que a discussão sobre o tema é extremamente acirrada, sendo vários os argumentos de ambos os lados, favoráveis e contrários.

Contudo, conforme decidiu o STF no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, a mitigação da presunção de inocência não seria viável, nos moldes da forma como se dava anteriormente, uma vez que na sistemática prisional do Brasil somente é admitida a prisão em flagrante delito, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (nas prisões cautelares), ou em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, nos termos do art. 283 do CPP.

No julgamento das ADCs, foi reconhecida a constitucionalidade de tal dispositivo, uma vez que este se alinha com a Constituição Federal, observados os dispositivos previstos pelo art. 5º, incisos LVII e LXI, da CF/88.

Apesar da última decisão do STF, o tema continua a ser debatido, inclusive pelo poder legislativo por meio da submissão de PECs e por projetos que alteram a legislação infraconstitucional.

Além dos diversos projetos que tramitam com o fim de viabilizar a execução antecipada da pena, a margem de votação entre os Ministros do Supremo foi extremamente acirrada, onde a maioria foi composta por apenas seis dos onze que compõem o Tribunal Pleno, sendo que o posicionamento pode ser facilmente alterado em eventual reanálise, sobre o tema, futuramente.

4 CONCLUSÃO

Conforme o estudo realizado, a execução provisória da pena é algo recorrente no cenário carcerário brasileiro, contudo é algo que deve ocorrer apenas se preenchidos os requisitos necessários e justificadores de uma prisão preventiva, uma vez que também não seria viável obstar o alcance de direitos, concedidos até mesmo ao preso definitivo, por aquele que encontra-se provisoriamente encarcerado.

Através da revisão literária realizada, foram apresentados argumentos sobre a viabilidade ou não da execução provisória da pena, quando enseja, única e exclusivamente, por condenação proferida pelo segundo grau de jurisdição no julgamento do recurso de apelação.

Através dos posicionamentos apresentamos, temos que nos alinhar as decisões proferidas nos julgamentos em 2009 e 2019, tendo a última ocorrido após a mudança de posicionamento ocorrida em 2016 pelo julgamento do HC 126.292.

Com relação a última decisão, proferida no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, é perfeitamente aceitável a decisão proferida pelo Supremo, sendo inclusive a melhor (com relação aos dispositivos normativos vigentes atualmente), a qual deu ao art. 283 interpretação conforme a Constituição ao reconhecer sua constitucionalidade.

No momento, conforme as normas vigentes em nossa legislação infraconstitucional, é possível reconhecer que a aplicação da execução provisória da pena em decorrência de decisão proferida pelo acórdão, quando do julgamento de recurso de apelação, é inaceitável.

Dizer que a antecipação do cumprimento da pena é inaceitável, não é o mesmo que dizer que qualquer prisão é inviável, em momento anterior ao trânsito em julgado do processo penal, e sim reconhecer a validade da garantia concedida, a todos nós, em caráter de direito fundamental, qual seja, o direito de não ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Noutro giro, não cabe ao STF trazer inovações legislativas em face de normas legalmente constitucionais criadas pelo crivo do Poder Legislativo, bem como reconhecer mutações constitucionais onde não há espaço para se mutar.

O texto constitucional é claro, a prisão só pode ocorrer em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, complementa ainda o Código de Processo Penal, por meio do art. 283, que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente poderá ocorrer nas hipóteses das prisões cautelares, quais sejam: em flagrante; temporária; e preventivamente. Ressaltando, ainda, que todo e qualquer tipo de prisão deve ser devidamente fundamentado (algo diferente do que ocorreria quando a prisão era determinada única e exclusivamente devido a decisão proferida no julgamento da apelação, onde não havia necessidade de demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum libertatis*, sendo também necessário o preenchimento dos requisitos objetivos dispostos pelo art. 313 do CPP).

Não há margem interpretativa para se definir o que seria trânsito em julgado, que significa que a sentença ou acórdão não mais podem ser objetos de recurso, mesmo que seja do ensejo social querer ver o resultado útil do processo o mais brevemente possível, não é esse o papel da Suprema Corte. O papel da Suprema corte, muito pelo contrário, é resguardar as normas e princípios estabelecidos por nossa Constituição Federal e não de criar imbróglios jurídicos de modo a gerar instabilidade e insegurança jurídica, com mudanças repentinas e totalmente controversas em espaços, relativamente, curtos de tempo.

Por fim, podemos concluir que o meio mais adequado, caso seja do interesse nacional, para efetuar a aplicação da pena após a decisão proferida no julgamento da apelação seria por meio de Emendas constitucionais, que visem mudar a natureza do RE e Resp (temas que inclusive já foram propostos, mas que caminham vagorosamente da câmara legislativa, sendo que, também, em muito já foi desvirtuado), para considera-los ações autônomas de impugnação, de modo que o trânsito em julgado da ação penal ocorreria logo após o julgamento do recurso de apelação (fato que deverá ser objeto de profunda análise a respeito da viabilidade).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília/DF: Centro Gráfico, 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro/RJ: 1940.

_____. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro/RJ: 1941.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 267.** A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. DJ (terceira seção) de 29/05/2002, p. 135. Disponível em < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf >. Acesso em 01 de Nov 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43.** Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019. DJ: 12/11/2020. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false> >. Acesso em 25 de Out 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 73489.** Relator Min. Sydney Sanches. Primeira Turma, julgado em 25/06/1996. DJ: 13/09/1996. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur21694/false> >. Acesso em 05 de Out 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 75077.** Relator Min. Maurício Correa. Segunda Turma, julgado em 31/03/1998. DJ: 15/05/1998. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur106127/false> >. Acesso em 05 de Out 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 80174**. Relator Min. Maurício Correa. Segunda Turma, julgado em 06/06/2000. DJ: 12/04/2002. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur17477/false>>. Acesso em 05 de Out 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 81468**. Relator Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 29/10/2002. DJ: 01/08/2003. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97414/false> >. Acesso em 05 de Out 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. DJ: 26/02/2010. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false> >. Acesso em 02 de Nov 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**. Relator Min. Teori Zavaski. Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. DJ: 26/02/2010. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false> >. Acesso em 02 de Nov 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 22164**. Relator Min. Celso de Melo. Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. DJ: 17/05/2016. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false> >. Acesso em 08 de Ago 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 511961**. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009. DJ: 12/11/2009. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643> >. Acesso em 29 de Set 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 964246**. Relator Min. Teori Zavaski. Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2016. DJ: 25/11/2016. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503> >. Acesso em 30 de Set 2021.

BITENCOURT, Cezar. R. Coleção Tratado de direito penal volume 1. 26ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro/RJ: Elsevier, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 28ª edição. São Paulo/SP, Saraiva Educação, 2021. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595895/> >. Acesso em: 31 out. 2021.

CRUZ, Rogério Schietti. Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas. 6ª edição, rev., atual. e ampl. Salvador/BA: JusPodivm, 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição, ver., atual. e ampl. Salvador/BA, 2021: JusPodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 8ª edição, rev., ampl. e atual. Salvador/BA: JusPodivm, 2020.

LOPES Jr., Aury. Prisões cautelares. 5ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo/SP: Saraiva, 2017.

_____. Direito processual penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. Direito processual penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 7ª edição. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594485/> >. Acesso em: 31 out 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 34ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2018.

_____, Direito Constitucional. 37ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2021. Disponível em: < [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027648/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4!\]/4/44/1:26\[%20Bi%2Cbli\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027648/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4!]/4/44/1:26[%20Bi%2Cbli]) >. Acesso em: 29 de out 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. 3ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2020.

_____. Curso de Direito Processual Penal. 18ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio M. Alves. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo/SP: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo/SP: Thomson Reuters Brasil, 2021.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29ª edição. Barueri/SP: Atlas, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2019.

TOURINHO Filho, Fernando da costa. Manual de processo penal. 18ª edição. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2018.