



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA

**(IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA:  
ENTRE A PROIBIÇÃO DO EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO  
DEFICIENTE**

ORIENTANDO: BRENO ALKMIN CAMARGO  
ORIENTADORA: Prof<sup>ª</sup>. MARIA CRISTINA VIDOTTE B. TARREGA

GOIÂNIA  
2021

BRENO ALKMIN CAMARGO

**(IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDA**

**INSTÂNCIA:**

ENTRE A PROIBIÇÃO DO EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO  
DEFICIENTE

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Orientadora: ***Prof<sup>a</sup>. Maria Cristina Vidotte B. Tarrega.***

GOIÂNIA  
2021

BRENO ALKMIN CAMARGO

**(IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA:  
ENTRE A PROIBIÇÃO DO EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO  
DEFICIENTE**

Data da Defesa: 27 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Maria Cristina Vidotte B. Tarrega Nota

---

Examinador Convidado: Prof. Júlio Anderson Alves Bueno Nota

*Dedico este trabalho, com todo o meu amor e gratidão, aos meus pais, José Roberto de Almeida Camargo e Carmelina Luiza de Alkmin Camargo, e a minha esposa Grazielle Mesquita Santos Alkmin.*

## Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, à Deus, sem ele nada na minha vida seria possível.

Agradeço aos meus pais, José Roberto de Almeida Camargo e Carmelina Luiza de Alkmin Camargo, por todo o incentivo e amor dispensados a mim durante toda a minha vida.

Sou grato, também, à minha esposa Grazielle Mesquita Santos Alkmin, por todo o apoio durante esses 05 anos de curso.

Agradeço a minha orientadora, por toda dedicação, assistência e incentivo para que este trabalho fosse finalizado.

Por fim, sou grata a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, participaram da realização desse trabalho.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 DAS PRISÕES E DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	9
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO NO BRASIL.....	9
1.2 PRISÕES CAUTELARES.....	10
1.3 PRISÃO-PENA.....	13
1.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	14
<b>2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	17
2.1 CONCEITO E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	17
2.1.1 Proibição Do Excesso ( <i>übermassverbot</i> ).....	19
2.1.2 Proibição da Proteção Deficiente ( <i>untermassverbot</i> ).....	20
<b>3 (IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA</b> .....	22
3.1 A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL.....	22
3.2 O DESVIRTUAMENTO DA TEORIA GARANTISTA NO BRASIL.....	27
3.3 O USO ABUSIVO DE RECURSOS NO PROCESSO PENAL E O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO.....	30
3.4 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO STF.....	35
3.4.1 Habeas Corpus n. 126.292/SP e os Argumentos Contrários e Favoráveis à Execução Provisória da pena.....	36
3.5 INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO FORMA DE COIBIR A IMPUNIDADE NO PAÍS.....	40
<b>CONCLUSÃO</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	44

## RESUMO

O presente trabalho teve como principal objetivo analisar a possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância. O método utilizado consistiu em pesquisa bibliográfica de doutrinas, artigos, legislações e jurisprudências. O resultado demonstrou que o princípio da proporcionalidade se subdivide em proibição do excesso e vedação à proteção deficiente, demonstrando que o Estado não pode extrapolar no punitivismo e nem tampouco se furtar do seu dever de proteção à sociedade. Além disto, demonstrou que há dois posicionamentos doutrinários e jurisprudências sobre o assunto, uma vertente se pauta no princípio da presunção de inocência para fundamentar pela impossibilidade da prisão, de outro lado utiliza-se, sobretudo, a seletividade do direito penal, morosidade da justiça e impunidade para se posicionar a favor do início de cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Concluiu-se que a prisão após condenação em segunda instância deve prevalecer como forma de coibir a impunidade no país.

**Palavras-chave:** Proporcionalidade. Impunidade. Condenação. Pena. Segunda Instância.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar e estudar a possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância, temática atual e importante no âmbito do executivo e judiciário do país.

A problemática do tema reside na questão referente a dupla face do princípio da proporcionalidade: proibição do excesso e vedação à proteção deficiente, ou seja, na atuação do Estado, que não pode extrapolar os limites de sua atuação e nem tampouco se furtar da proteção à sociedade.

O tipo de pesquisa utilizada para o referencial teórico, resultados e conclusões a respeito do assunto abordado no presente estudo será a pesquisa bibliográfica, que dar-se-á na modalidade exploratória por meio de revisão bibliográfica de doutrinas, artigos, legislação e jurisprudência.

O trabalho foi dividido em três capítulos e realizado com base em revisão bibliográfica feita em doutrinas que abordam o tema, bem como em pesquisas na legislação brasileira e também na jurisprudência dos Tribunais do país.

O primeiro capítulo abordará os tipos de prisões existentes no país e sua evolução histórica, bem ainda, o princípio da presunção de inocência e sua aplicação no Brasil.

Em seguida, no segundo capítulo, o trabalho se ocupará em analisar o princípio da proporcionalidade, seu conceito e desdobramentos em proibição do excesso (*übermassverbot*) e proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*).

Ademais, o terceiro capítulo estudará de forma aprofundada as questões referentes a possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância. Para tanto, abordará a seletividade do direito penal no Brasil, o desvirtuamento da teoria garantista e o uso abusivo de recursos no processo Penal.

Por fim, se examinará o histórico jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, com enfoque no Habeas Corpus nº 126/292/SP e os argumentos contrários e favoráveis a prisão após condenação em segunda instância. Ainda, versará, de forma sucinta, sobre a prisão após condenação em segunda instância como forma de coibir a impunidade no país.

# 1 DAS PRISÕES E DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

## 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO NO BRASIL

A pena de prisão é atualmente utilizada por diversos países, sendo uma das formas de o Estado punir aqueles que infringem as leis. Inicialmente, insta abordar o conceito de prisão. Nesta esteira, Beccaria (1995, p. 98) disserta:

Prisão é pena que, por necessidade, deve, diversamente de todas as outras, ser precedida da declaração do delito, mas este caráter distintivo não lhe tira o outro traço essencial, a saber, que somente a lei determine os casos em que o homem merece a pena.

Tem-se, portanto, que prisão é uma forma do Estado punir o cidadão que comete infrações penais, destacando-se, pela leitura do excerto acima mencionado, que somente a lei pode definir os casos em que sobrevém a necessidade de se punir alguém.

Importante registrar que a prisão é uma espécie de pena que merece uma atenção redobrada dos institutos do país que a estipulam, aplicam e fiscalizam, isto porque trata-se de uma reprimenda que lida com o importante direito de ir e vir, ou seja, com a liberdade do cidadão.

Dito isso, passa-se a abordar o surgimento da pena de prisão. Segundo Chiaverini (2009, p. 10): “A *pena de prisão surgiu no fim do absolutismo, com o nascimento do capitalismo*”.

Muito embora anteriormente houvesse prisões, sabe-se que essas destinavam-se a trabalhos forçados ou, ainda, uma forma de aguardar o julgamento mas não como, propriamente, uma penitência.

Mais especificamente, cita-se o Código Penal Francês de 1810 que dispôs a pena de prisão, hoje conhecida como pena privativa de liberdade, *ad litteram*: “Art. 7º. As penas aflitivas e infamantes são: [...] 5º A reclusão. Art. 9º. As penas em matéria de correção são: 1º. O aprisionamento em uma casa ou estabelecimento correccional [...]”

Foi somente a partir de 1810 e com influência da legislação francesa que a pena de prisão passou a ser vista como método punitivo por infrações às leis.

No Brasil, a primeira manifestação legislativa da pena de prisão se deu com a Constituição de 1824, ainda de forma indireta e sem nenhuma regulamentação precisa.

A *posteriori*, com a promulgação do primeiro Código Criminal Brasileiro de 1830 é que foi, de fato, acrescentada e regulamentada a pena privativa de liberdade, *ipsis litteris*:

Art. 47. A pena de prisão simples obrigará aos réos a estarem reclusos nas prisões publicas pelo tempo marcado nas sentenças.

Art. 48. Estas penas de prisão serão cumpridas nas prisões publicas, que offerecerem maior commodidade, e segurança, e na maior proximidade, que fôr possível, dos lugares dos delictos, devendo ser designadas pelos Juizes nas sentenças.

Quando porém fôr de prisão simples, que não exceda a seis mezes, cumprir-se-ha em qualquer prisão, que haja no lugar da residencia do réo, ou em algum outro proximo, devendo fazer-se na sentença a mesma designação

Observa-se que o artigo ao prever a pena de prisão, abordou a questão do local onde deve ser cumprida esta pena, atribuindo ao Estado o dever de criação das prisões públicas.

Todavia, não foi de imediato a criação de prisões, sendo uma aldeia em Fernando de Noronha o primeiro local destinado a fins de prisão por penitência (SANTOS, 2013).

Posteriormente, houve a reforma do Código Criminal em 1890, dando início ao Período Republicano do país. Desta data em diante a legislação criminal sofreu diversas alterações, em razão da promulgação de leis extravagantes, também conhecidas como legislação especial.

Em 17 de dezembro de 1940 foi promulgado o atual Código Penal Brasileiro, um marco importante para a legislação pátria do país. Urge destacar que, após uma reforma no Código Penal em 1984, surgiu a primeira legislação extravagante destinada unicamente a regularizar a execução da pena no país, qual seja, a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, popularmente conhecida como Lei de Execução Penal – LEP.

## 1.2 PRISÕES CAUTELARES

No Brasil, as prisões se dividem em prisões cautelares e prisões pena, sendo estas as prisões após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e aquelas as prisões provisórias, utilizadas como medida cautelar após o cometimento ou o suposto cometimento de algum delito.

Inicialmente, sobre a definição de medidas cautelares, colhe-se explicação de Fernandes (2019, p. 66):

uma medida cautelar, seja ela qual for, não tem natureza satisfativa, mas sim instrumental. Como o próprio nome indica, essa medida judicial é cautelar, de modo que não tem o condão de enfrentar o mérito principal da questão, mas, tão somente, assegurar a eficácia do processo que está (ou estará) a se desenvolver.

É, pois, um meio utilizado para garantir que o processo que já está se desenvolvendo ou que irá ser instaurado consiga atingir o seu objetivo fim sem demais problemas. Referida medida visa impedir, por exemplo, a destruição de provas importantes para o deslinde do processo, a fuga dos investigados e a intimidação de testemunhas.

Importante ressaltar que a prisão cautelar é apenas uma das várias medidas cautelares existentes, dentre as quais cita-se: comparecimento em juízo para justificar atividades; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar noturno e; suspensão do exercício de função pública.

Faz-se mister versar sobre as características das medidas cautelares. Nesse sentido, leciona Fernandes (2019, p. 67): *“A doutrina, de modo geral, reza as características das medidas cautelares. São elas a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariedade e a provisoriedade.”*

Vê-se que são características que reforçam o caráter provisório, preventivo e urgente das medidas cautelares, demonstrando como devem ser utilizadas referidas medidas, nunca como propriamente uma pena mas tão somente para assegurar o regular prosseguimento de investigações e processos.

Adentrando o mérito da prisão cautelar, faz-se mister conceituá-la. Nas palavras de Nucci (2020, p. 937):

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual. Por outro lado, o Código Penal regula a prisão

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.

A definição do instituto em exame se assemelha a própria explicação de medida cautelar, diferenciando-se, neste caso, pela especificidade de envolver a prisão de um cidadão, tendo como principal razão a aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública, da ordem econômica e por conveniência da instrução criminal.

A prisão cautelar pode ser associada a tutela de urgência disposta no art. 300 do Código de Processo Civil, o qual preconiza a existência de elementos que evidenciem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (NUCCI, 2020).

*Fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito, ou seja, indícios do direito de determinada pessoa em ver deferida uma medida em caráter de urgência. O *periculum in mora* nada mais é do que o risco em se aguardar o deslinde normal de um processo, posto que após o fim da instrução criminal o direito já poderia ter sido ferido e de nada valeria o processo.

Segundo Nucci (2020, p. 939), as prisões cautelares no Brasil se subdividem em seis espécies, *in verbis*:

prisão temporária; prisão em flagrante; prisão em decorrência de pronúncia; prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e; condução coercitiva do réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

A prisão temporária encontra-se prevista na Lei nº 7.960/1989; a prisão em flagrante está insculpida do art. 301 ao art. 310 do Código de Processo Penal; a prisão em decorrência de pronúncia encontra previsão no artigo 413, § 3º do Código de Processo Penal; a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível possui previsão no art. 312 do Código de Processo Penal e; a prisão por condução coercitiva foi recentemente vista como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, não pode mais ser aplicada.

Acrescenta-se, ainda, a prisão preventiva e a prisão domiciliar, esta última prevista do artigo 317 ao artigo 318-B do Código de Processo Penal, utilizada em casos específicos em que a segregação do réu no cárcere é extremamente prejudicial a ele por motivos de saúde ou a crianças do réu ou ré dependentes.

A prisão preventiva, muito utilizada no Brasil, está disposta do artigo 311 ao artigo 316 do Código de Processo Penal, sendo que para ser decretada deve-se observar os requisitos do artigo 312.

Devidamente abordada as prisões cautelares, insta em seguida apresentar a prisão-pena, sua previsão legal e como ela é aplicada e regulamentada no ordenamento jurídico pátrio do país.

### 1.3 PRISÃO PENA

A prisão pena é aquela que se cumpre após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É a prisão imposta ao indivíduo quando este não tem mais como recorrer da decisão, e, de fato, começará a cumprir a pena imposta em sentença condenatória.

A citada prisão é executada e fiscalizada no âmbito da execução penal do país, que é regida pela Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), e, consoante dispõe o artigo 32 do Código Penal subdivide-se em: privativa de liberdade; restritiva de direito e; multa.

Cabe ressaltar que no Brasil vige o sistema progressivo de pena, de modo que, a depender do *quantum* de pena imposta e considerando o que impõe o artigo 33 do Código Penal, pode o sentenciado dar início ao cumprimento de pena no regime fechado a ser cumprido em penitenciárias; no regime semiaberto, a ser cumprido em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimento similar e; no regime aberto, a ser cumprido em Casas do Albergado.

A pena privativa de liberdade, segundo Masson (2019, p. 799): “é a modalidade de sanção que retira do condenado o seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado.”

É, portanto, o tipo de prisão-pena mais severo, posto que, conforme dito alhures, lida com o direito de ir e vir e com a liberdade constitucionalmente prevista, razão pela qual deve ser aplicada apenas para os crimes mais graves, analisando-se o *quantum* de pena aplicado e a periculosidade do condenado.

Por outro lado, tem-se as penas restritivas de direito, modalidade mais branda e prevista no artigo 44 do Código Penal. Tratando-se do conceito da citada pena, Nucci (2020, p. 540) as define como:

penas alternativas expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos. É o que Nilo Batista define como um movimento denominado “fuga da pena”, iniciado a partir dos anos 1970, quando se verificou, com maior evidência, o fracasso do tradicional sistema punitivo no Brasil.

Nos termos do art. 43 do Código Penal, as penas restritivas de direito compreendem prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e; limitação do final de semana.

Por fim, tem-se a pena de multa, reprimenda de caráter patrimonial e que é paga em benefício do Fundo Penitenciário. O Fundo Penitenciário (Funpen) está previsto no art. 1º da Lei Complementar n. 79/1994 e é gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e é destinado a custear gastos relativos ao sistema penitenciário nacional (MASSON, 2019).

A pena de multa deve ser aplicada em respeito ao critério bifásico, deve-se observar o mínimo e máximo de dias-multa que é entre 10 e máximo de 360 e estabelecer o piso de 1/30 e teto de 5 vezes esse salário, de acordo com a situação econômica do réu (NUCCI, 2020).

A aplicação da pena de multa encontra previsão no artigo 49 e seguintes do Código Penal, divide-se em três fases, a saber: definição da quantidade de dias-multa; valor para cada dia-multa e; multiplicação de dias-multa pelo valor atribuído a cada um. Atualmente, após a promulgação da Lei n. 13.964 (Pacote Anticrime), restou consignado que a execução da citada pena se dará perante o juiz da execução penal.

#### 1.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Hodiernamente muito se fala sobre o princípio da presunção de inocência, o tema ganhou enfoque após ser discutido no plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal no bojo de ações que versam sobre a possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância.

O princípio da presunção de inocência encontra-se previsto no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Tratando-se do conceito do referido princípio, Tavares (2020, p. 740) leciona: “*Trata-se de um princípio penal de que ninguém pode ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito senão após ter sido como tal julgado pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa.*”

Lenza (2020, p. 826), por outro lado, apresenta o conceito assimilando-o a inversão do ônus da prova no Processo Penal Brasileiro:

Ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a **inversão do ônus da prova**, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente (grifos do autor).

Nota-se, pois, que a presunção de inocência é um princípio previsto constitucionalmente e que encontra escopo na teoria garantista, assegurando ao réu que este não seja considerado culpado sem o devido processo legal.

Impende abordar a terminologia utilizada neste princípio, sobre tal questão Bechara e Campos *apud* Lenza (2020, p. 826) asseveram que:

Melhor denominação seria **princípio da não culpabilidade**. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado **culpado** antes de sentença condenatória transitada em julgado (grifos do autor).

Mostra-se um entendimento acertado, basta ver que a Constituição Federal Brasileira não fala propriamente sobre inocência, mas sim prega que ninguém poderá ser considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por oportuno, destaca-se que a culpabilidade se caracteriza como o fundamento da pena e do que se nomeou de *jus puniendi*, bem ainda, é o limite para a intervenção do Estado na imposição das penas. Daí porque é na culpabilidade que interfere a presunção de inocência (TAVARES, 2020).

Uma das consequências práticas deste princípio é o não lançamento do nome do réu no rol dos culpados, como bem explica Alexandrino (2016, p. 227):

O princípio da presunção de inocência impede o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (o lançamento do nome do réu no rol dos culpados é o ato de registro da decisão condenatória, destinado a possibilitar que ela produza os seus diversos efeitos secundários, tais como caracterizar a reincidência,

impedir o benefício da suspensão condicional da pena, acarretar a revogação do sursis, acarretar a revogação da reabilitação.

Além disto, o princípio da presunção de inocência se manifesta, também, no entendimento jurisprudencial consolidado pelo Supremo Tribunal Federal de que investigações e processos criminais em curso não podem ensejar o reconhecimento de maus antecedentes na dosimetria da pena.

Ainda, extrapolando a seara criminal, o citado princípio se manifesta no âmbito cível e administrativo, quando, por exemplo, um processo criminal sem sentença transitada em julgado não pode ser óbice para a participação em concursos públicos ou cursos de formação.

Tão importante quanto o princípio da presunção de inocência é o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos em proibição do excesso e vedação à proteção deficiente, temática que será melhor estudada no capítulo seguinte.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 2.1 CONCEITO E SEUS DESDOBRAMENTOS

O princípio da proporcionalidade faz parte de uma gama de princípios dispostos implicitamente na Constituição Federal da República de 1988, ou seja, não há um artigo definindo o referido princípio, porém, ele é amplamente referenciado por meio de diversas disposições da Carta Magna.

Por outro lado, a Lei nº 7.804 de 1999 prevê o princípio da proporcionalidade de forma expressa em seu artigo 2º, ao versar sobre os princípios que devem ser respeitados pela Administração Pública, *ipsis litteris*:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (sem grifos no original).

Trata-se de um princípio de notável importância e que é utilizado pelo Poder Público nas mais diversas searas, como exemplo no âmbito legislativo para a elaboração de leis; pela Administração Pública na esteira do Poder Executivo; e, também, pelo Poder Judiciário no bojo de suas decisões.

Sobre os princípios, de forma geral, pertinente é a explicação de Mello *apud* Izaniawski (2000, p.20):

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

É sabido que o direito encontra escopo em normas, princípios e regras, não sendo possível limitá-lo tão somente a leitura e aplicação de leis dispostas no ordenamento jurídico brasileiro. É necessário a interpretação de todo o arcabouço legislativo, o que é feito, especialmente, pela utilização dos princípios, daí porque são os esses tão importantes em um Estado Democrático de Direito.

No tocante ao princípio da proporcionalidade, impende abordar, inicialmente, a sua origem. Nesse sentido, Stum *apud* Archanjo (2008, p. 162) explica:

O princípio da proporcionalidade surgiu ligado à ideia de limitação do poder no século XVIII. É considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. O critério da proporcionalidade compreende, nessa época, a área administrativa e a penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos (PENALVA, 1990, p. 277). No século XIX, a ideia da proporcionalidade integral, no direito administrativo, o princípio geral do direito de polícia, manifestando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade do poder executivo (CANOTILHO, 1991, p. 386). No entanto, só adquire foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha. O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (*Übermassverbot*) é derivado do Estado de Direito para alguns autores, enquanto para outros decorre dos conteúdos dos direitos fundamentais, ou, ainda, pode decorrer do princípio do devido processo legal.

Nota-se pela leitura do excerto supramencionado que o princípio da proporcionalidade teve origem no século XVIII visando limitar o poder do Estado, em outras palavras, controlar eventuais arbitrariedades do poder estatal.

Tratando-se do conceito de proporcionalidade, colhe-se lição de Neto (p. 26):

O princípio construtivo e fundamental, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, sendo a sua função a de hierarquizar, em situações de conflito, os demais princípios buscando uma verdadeira ideia do Direito. Tem grande relevância ordenando a aplicação dos princípios contidos na Constituição Federal para que haja o maior atendimento possível de certos princípios, com a mínima desatenção dos demais.

Vê-se, pois, que o princípio em estudo visa trazer equilíbrio na aplicação das leis e orientar os operadores do direito para evitar injustiças quanto a direitos que porventura entrem em colisão em determinadas situações.

Todavia, consoante aduz Castro (2011) o princípio da proporcionalidade é, majoritariamente, utilizado, como se constituísse apenas a proteção do excesso, sendo olvidado os seus demais desdobramentos. Foi após uma discussão no Tribunal Constitucional Alemão que se consolidou a dupla face do princípio da proporcionalidade, sendo proibição do excesso (*übermassverbot*) e proibição/vedação à proteção deficiente (*untermassverbot*), desdobramentos que serão explicados de forma pormenorizada nos subtópicos seguintes.

### 2.1.1 Proibição do Excesso (*übermassverbot*)

Conforme dito, o princípio da proporcionalidade apresenta uma dupla face, a saber: proibição do excesso e proibição da proteção deficiente. No tocante a proibição do excesso, sabe-se que é a proteção contra intervenções excessivas porventura cometidas pelo Estado, visa coibir arbitrariedades contra os cidadãos (STRECK, 2004).

Tem-se, pois, que a proibição do excesso atua no campo de proteção a esfera individual de liberdade, preconiza a defesa a direitos individuais, tais como o direito de ir e vir e tantos outros dessa mesma classe previstos, sobretudo, no artigo 5º da Constituição Federal.

Tratando-se do conceito do tema ora em estudo, Elias e Bittencourt (2018, p. 205) disserta:

há uma inequívoca vinculação entre os deveres de proteção e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais. Assim, para efetivar seu dever de proteção pode o Estado afetar de modo desproporcional um direito fundamental, atuando o princípio da proibição do excesso como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas adotadas, sendo um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, entende Schafer *apud* Rudolfo (2012, p. 260):

Destarte, deparamo-nos com um princípio que opera tanto no momento da criação do direito, através do poder legislativo, como no momento de sua aplicação, feita por juízes e tribunais. Nesse sentido, afirma-se que a proibição de excesso pode ter relevância em três formas distintas em ordem de penalização: em primeiro lugar, uma determinada figura delitiva, como tal, em sua extensão, pode afetar a proibição de excesso; em segundo, o marco penal abstrato não está em harmonia com a matéria do injusto delimitada no tipo legal; por último, o excesso pode advir das decisões proferidas pelos aplicadores do direito. [...] Conforme isso, segue o autor, é a Constituição que impõe os limites para a intervenção penal na luta contra o delito, devendo o Estado respeitá-los ao exercer seu poder punitivo. Assim, as limitações do Direito Penal provenientes da tradição da Teoria do Direito Penal, por um lado, e as limitações das intromissões penais impostas pela Constituição, por outro, procedem, em última instância, da mesma fonte: uma fundamentação do Direito Penal e da pena baseada nos direitos fundamentais.

Destaca-se, ainda, o entendimento de Castro (2011) ao afirmar que a proibição do excesso visa impedir que o Estado atue, de forma desarrazoada, contra direitos fundamentais, o fazendo por meio de proibições de intervenções arbitrárias.

Pelos conceitos colacionados acima, pode-se notar que a proibição do excesso, como o próprio nome sugere, é uma proibição direcionada ao Poder Estatal

para que este não abuse das suas prerrogativas de Estado para se imiscuir na liberdade e nas garantias fundamentais dos cidadãos de forma desnecessária e abusiva.

### 2.1.2 Proibição da Proteção Deficiente (*untermassverbot*)

A proibição da proteção deficiente, também conhecida como vedação à proteção deficiente, é um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade e que não foi reconhecido e utilizado durante anos, sendo a sua utilização de certa forma recente.

A origem do princípio da proporcionalidade pregava o seu uso tão somente para coibir excessos do Estado contra as garantias fundamentais do cidadão, o aplicando, portanto, na esfera negativa do garantismo.

No entanto, a aplicação restrita de uma única via do princípio da proporcionalidade não apresenta o melhor entendimento do Direito e do respeito a garantias fundamentais. Sobre essa questão, aclaradora é a explicação de Streck (2004, p. 5):

Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Tais questões ficam bem claras a partir da discussão da discriminação do aborto na Alemanha, problemática igualmente debatida no plano da justiça constitucional na Espanha e em Portugal.

Streck preconiza que não se pode aplicar uma única vertente da proporcionalidade em detrimento de outras garantias fundamentais e igualmente previstas na Constituição Federal.

Além disto, o autor associa os citados desdobramentos ao garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli, associando a proteção do excesso ao garantismo negativo e a proibição da proteção deficiente ao garantismo positivo, assunto que terá uma abordagem acurada no capítulo seguinte.

Ainda, Streck (2004, p. 6) explica que:

Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. [...] Estes são os dois componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo. Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção.

Entende-se, portanto, que o Estado não deve atuar como garantidor apenas de garantias individuais, mas também das coletivas, tais como a proteção a coletividade. Neste viés, ao não proteger de forma suficiente a população, como por exemplo, ao fracassar na prisão de um assassino, estaria o Estado ferindo a proibição da proteção deficiente.

Corroborando esse entendimento, lecionam Coelho e Mendes citados por Rudolfo (2012, p. 258):

Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Schlink observa, porém, que se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engerem Sinn*).

Os autores supramencionados destacam que a proibição da proteção deficiente reflete, também, no âmbito legislativo, devendo os legisladores se atentar ao cuidado de criar leis destinadas a proteção da coletividade.

Devidamente explicada a dupla face do princípio da proporcionalidade, há que se adentrar no debate sobre a (im) possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, tema que se estudará adiante.

### **3 (IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

#### **3.1 A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL NO BRASIL**

A seletividade do direito penal não é um fato recente, existe desde os primórdios da humanidade e já foi abordada em diversos estudos. Dentre eles cita-se o “labelling approach”, teoria apresentada na década de 1960 pela ótica da criminologia crítica e que estuda o que nomeou de etiquetamento social, também chamado de reação social, o qual explica a criminalidade não como algo intrínseco, mas resultado de uma distribuição seletiva. Sobre o assunto, explana Vera Regina Pereira de Andrade (1995, p. 26):

[...] o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Nesta seara, oportuna-se evidenciar que a seletividade do direito penal se dá nas três fases da criminalização. No tocante a criminalização primária tem-se o âmbito legislativo que pode evidenciar a seletividade pela legislação que impõe, à guisa de exemplo, o foro por prerrogativa de função, tema que será abordado de forma acurada no tópico seguinte. Concernente a criminalização secundária, destaca-se a atuação policial, do Ministério Público e do Poder Judiciário, com inúmeros casos de seletividade nítida.

A teoria do etiquetamento social é de suma importância para explicar o porquê de crimes cometidos por delinquentes do colarinho branco comumente desfrutam de um tratamento diferenciado e deveras ameno quando comparado a crimes cometidos por cidadãos menos favorecidos economicamente.

Nesse sentido, há que se ressaltar, também, a Teoria do Direito Penal do Inimigo apresentada por Gunther Jakobs na década de 1980. A indigitada teoria segrega os seres humanos em dois grupos: cidadãos e inimigos. Aos cidadãos o devido processo legal e o gozo de todas as garantias constitucionais, já aos inimigos se direciona o ápice do poder punitivo, por vezes de forma antecipada, e a clarividente redução de garantias (MATTOS, 2018).

Ao discutir o conceito de inimigo perante a referida teoria o jurista e doutrinador Eugenio Raúl Zaffaroni (2014, p. 22) apresenta uma percuciente verificação:

Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre o *inimicus* e o *hostis*, mediante o qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. **O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade.** (grifo nosso)

Por análise, nota-se a evidência da seletividade do direito penal abordada na teoria, o inimigo nada mais é do que a população menos abastada, a sociedade mais carente e marginalizada.

Neste contexto, infere-se duas importantes premissas. A primeira é que o direito penal e todo o seu poder punitivo se direcionam majoritariamente a grupos específicos. A segunda, consequência lógica da primeira, é de que tal arbitrariedade não só pune os indesejáveis mas também favorece alguns escolhidos. É como entende Zaffaroni (2014, p. 88), ao dizer: “A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo”.

Por estudo das teorias ora apresentadas conclui-se que o sistema penal sempre apresentou divergências quanto ao tratamento dispensado a grupos distintos. Sendo, portanto, a discriminação do poder punitivo uma constante oriunda de sua seletividade penal (ZAFFARONI, 2014).

Outrossim, é de rigor abordar a figura do sujeito criminoso nos *white collar* crimes e qual a ligação disto para a impunidade destes crimes. Mormente, há que se destacar que o sujeito ativo nos crimes de colarinho branco é um cidadão bem inserido na sociedade e que dispõe de um elevado status social (MATTOS, 2018).

Tal fato reflete no momento de eventual julgamento pelo crime perpetrado, uma vez que sua classe abastada faz com que conviva no mesmo âmbito social que seus julgadores. Sobre isto, colhe-se elucidativa explicação de Luciano Feldens (2002, p. 156-157):

[...] via de regra, os delinquentes de “colarinho branco”, ao contrário dos delinquentes de rua, participam dos mesmos locus sociais de lazer e entretenimento daqueles que haverão de processá-los e julgá-los pelas

prática de seus crimes (os operadores jurídicos), circunstância a contribuir, per si, para que não sejam estigmatizados como autênticos delinquentes que são [...]. Essas aproximações teóricas acima alinhavadas bem dão conta sobre a forma sutil como a ilicitude – a conduta delituosa – do criminoso de “colarinho branco”, assumindo ares de brandura, acaba se instalando nas consciências do operador do direito, que assim passa a considerá-la, se não como comportamento modelar, como uma mera adversão legislativa, de resto não desejável, mas cuja invisibilidade física e imediata do dano dela decorrente o proíbe intimamente de compará-lo a crimes graves, tal como outros que ele assim considera em face das tradições que informam o seu horizonte de sentido [...]. Daí por que uma diferenciação de tratamento é praticada de forma quase “natural”. Na intenção de fundamentá-la, entretanto, acaba-se por produzir um discurso retórico de absoluta esterilidade teórica [...]. (apud SALGADO, 2013).

Nessa linha, Diogo Castor de Mattos (2018, p. 32) apresentando uma contrapartida a teoria do direito penal do inimigo, intitula sua obra sobre a impunidade nos crimes de colarinho branco como “O Amigo do Direito Penal”. E corroborando o excerto aludido, é veemente:

Esse amigo da sociedade frequenta lugares isentos de ação das autoridades policiais, reside em bairros distantes dos lugares em que vivem os clientes do sistema carcerário e frequentemente está perto dos administradores públicos e dos próprios julgadores. Trata-se do cidadão abastado financeiramente, que tem aparência muito semelhante àquele que controla o sistema – quando não é o próprio controlador – pois veste-se com as mesmas roupas e matricula os filhos nas mesmas escolas particulares. Em relação a essas pessoas, os julgadores, em regra, ainda que inconscientemente, costumam ser benevolentes na aplicação da lei penal.

Partindo das premissas apresentadas, é chegada a hora de demonstrar no campo fático a seletividade do direito penal no Brasil. Neste caminho, impende trazer à lume os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões BNMP 2.0 e Cadastro Nacional de Presos.

O relatório BNMP 2.0 foi publicado em agosto de 2018 e descreve a situação carcerária do país abordando diversos fatores, quais sejam: UF; gênero; por competência Federal/Estadual; natureza das prisões; tipo de regime das prisões; tipos penais mais recorrentes às pessoas privadas de liberdade; e o perfil do preso brasileiro.

Referente ao perfil do preso brasileiro cumpre destacar alguns dados. Em se tratando de raça/etnia constata-se que 54,96% das pessoas privadas de liberdade no país são classificadas como pretos ou pardos (BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRESOS, 2018).

Atinente ao grau de escolaridade merece destaque o fato de que 52,27% dos encarcerados são pessoas que estudaram tão somente até completar o ensino fundamental, e que presos com ensino superior completo dizem respeito a estatística de 0,83%. Infere-se, portanto, que a precariedade da educação no país afeta de forma direta os índices de criminalidade (BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRESOS, 2018).

Destarte, de um total de 602.217 (seiscentos e dois mil e duzentos e dezessete) pessoas privadas de liberdade, conclui-se que mais da metade são pessoas negras e ou pardas e com escolaridade limitada.

Nada obstante, impende destacar os tipos penais mais recorrentes às pessoas privadas de liberdade. Segue abaixo o gráfico apresentado pelo BNMP 2.0 (2018, p. 47-48):

Tipificação Penal*	Percentual
Roubo	27,58
Tráfico de drogas	24,74
Homicídio	11,27
Furto	8,63
Posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal	4,88
Estupro	3,34
Receptação	2,31
Estatuto da Criança e do Adolescente	2,11
Crimes contra a fé pública	1,46
Crimes contra a administração pública	1,46
Associação Criminosa	1,38
Lei Maria da Pena	0,96
Ameaça	0,95
Lesão Corporal	0,87
Organização Criminosa	0,79
Latrocínio	0,78
Código Nacional de Trânsito	0,75
Extorsão	0,56
Estelionato	0,56
Dano	0,29
Ocultação de Cadáver	0,26
Sequestro/Cárcere privado	0,16
Feminicídio	0,15

Contravenções Penais	0,15
Incêndio	0,12
Tortura	0,10
Ultraje público ao pudor	0,10
Violação de domicílio	0,09
Crimes contra a honra	0,08
Apropriação indébita	0,07
Constrangimento ilegal	0,06
Coação no curso do processo	0,06
Corrupção de menores	0,06
Homicídio culposo	0,05
Motim de presos	0,04
<b>Total**</b>	<b>97,21%</b>

Mediante exame do gráfico acima certifica-se que 27,58% referem-se ao crime de roubo, 24,74% ao tráfico de drogas e condutas correlatas, 11,27% aos crimes de homicídio, e 8,63% aos crimes de furto. Tratam-se de crimes, majoritariamente, cometidos por pobres.

Em outro giro, observa-se que o índice de prisões por crimes de colarinho branco é ínfimo, como destaca o relatório do BNMP 2.0 (2018, p. 48):

Merece destaque a existência de 1,46% imputações relativas a crimes contra a Administração Pública e 0,79% de crimes previstos na lei das organizações criminosas, o que totaliza 2,25% do total das imputações que envolvem pessoas privadas de liberdade no sistema de justiça criminal brasileiro.

Os crimes contra a administração pública englobam a famigerada corrupção, crime destaque na criminalidade do colarinho branco e hodiernamente pauta de escândalos envolvendo políticos, doleiros e grandes empreiteiras.

No entanto, em que pese o caráter deletério do delito, infere-se que o direito penal do país não o inclui de forma satisfatória nos crimes punidos com a pena privativa de liberdade. Ao passo que crimes patrimoniais – como o roubo – possui o percentual mais alto apresentado no gráfico.

Tal questão não passou despercebida ao precursor do Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli, que reafirma a necessidade em se punir criminosos do colarinho branco, *ipsis litteris*:

O Estado deve preocupar-se com as infrações cometidas pelos senhores – corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes ou lavagem de dinheiro – ao contrário do que normalmente se faz em relação à propaganda da necessária punição exclusiva dos crimes que “ocorrem nas ruas”.

Percebe-se, mais uma vez, que o garantismo penal não é sinônimo de impunidade como tem ocorrido com a sua interpretação e aplicação no Brasil. O próprio precursor do instituto reconhece a seletividade do direito penal e corrobora a importância em se punir os delitos cometidos pelas classes abastadas.

Portanto, cotejando os estudos da criminologia aos dados apresentados, realça-se ser a seletividade do direito penal no Brasil uma questão patente. No próximo tópico será demonstrado uma forma de garantismo hiperbólico monocular presente na própria legislação brasileira e que, conforme restará demonstrado, influi para a impunidade nos crimes aqui retratados.

### 3.2 O DESVIRTUAMENTO DA TEORIA GARANTISTA NO BRASIL

Não raras vezes constata-se uma aplicação deficitária do garantismo no Brasil, a qual se manifesta em achados doutrinários e também jurisprudenciais com flagrante ausência de uma compreensão integral dos postulados demonstrados pela teoria garantista (FISCHER, 2013).

À vista disso, difunde-se no Brasil um garantismo hiperbólico monocular, assim nomeado por Douglas Fischer (2013, p. 38), que expende:

[...] se tem difundido um *garantismo penal* unicamente *monocular* e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção apenas dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados. (grifos no original).

A referida deturpação da teoria garantista – também conhecida como hipergarantismo ou garantismo à brasileira – é objeto de crítica também de Lenio Luiz Streck que ao abordar o assunto entende existirem duas visões representadas por penalistas liberais e/ou liberais-iluministas e comunitaristas, sendo este o grupo com uma visão organizada e voltada à realidade social e aquele com uma visão limitadora do garantismo (STRECK, 2004).

E dando ênfase à crítica, Streck (2004, s.p) acresce que a visão liberal-iluminista vai além de um descrédito concernente às atividades estatais. Nesse sentido, explica a postura aqui chamada de garantista hiperbólica e monocular como uma verdadeira discriminação quanto ao Estado:

Os penalistas liberais-iluministas continuam, assim, a pensar o Direito a partir da ideia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e Indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o Direito (Penal) teria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, boa parte dos penalistas – aqui denominados de liberais-iluministas – , em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um) a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do Leviatã, reprimando – para mim de forma equivocada – a dicotomia/separação Estado-Sociedade.

E estende ao enfatizar que o direito penal não pode ser visto unicamente de forma a coibir excessos contra a liberdade do cidadão, mas também como uma proteção aos direitos que perpassam a esfera individual (STRECK, 2004).

Nesta senda, à título exemplificativo, impende transcrever a ementa de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUTORIA DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. MAJORANTE AFASTADA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONCURSO MATERIAL INVIÁVEL. MAJORANTE ESPECÍFICA. ABSOLVIÇÃO. RECEPÇÃO DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. Inversão da ordem dos questionamentos. A declaração de nulidade processual em razão de violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal depende de irrisignação tempestiva da parte, isto é, de registro de inconformidade na ata de audiência o que não ocorreu. Preliminar rejeitada. Tráfico de drogas. Circunstâncias da prisão em flagrante que demonstram, de forma inequívoca, o tráfico de drogas. Réu preso juntamente com adolescente (não localizado em juízo), após correr ao avistar a viatura de polícia. Apreensão de 96 pedras de crack (16,8g) e munições dentro da mochila que carregava, bem como de uma arma de fogo na cintura. Menor encontrado com outra arma, de mesmo calibre. Alegação de consumo pessoal inconsistente diante do contexto da apreensão, forma de acondicionamento da droga e posse concomitante de armas. Condenação mantida. Majorante do tráfico. O mero fato ocasional de o crime ter sido cometido próximo à instituição de ensino não é capaz de majorar a pena. Com respeito aos entendimentos em contrário, ou seja, de que o inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas configura majorante objetiva, entendo que a função da majorante é conferir maior reprovabilidade à conduta delitiva de tráfico que se vale da existência das instituições elencadas pelo referido artigo, ou seja, que se beneficia do movimento ou da condição de vulnerabilidade de seus frequentadores. Majorante afastada. Porte ilegal de arma de fogo. O uso de arma de fogo é majorante específica do crime de tráfico de drogas, não podendo ser denunciado como conduta autônoma. Concurso material que prejudica o réu, na medida em que importa duas penas somadas, e não uma exasperada, podendo ainda embasar a manutenção da prisão preventiva e agravar o regime carcerário. **Porte de arma destinado à proteção pessoal em razão do comércio de entorpecentes praticado e ao guarnecimento**

**da atividade ilícita. Corolário lógico é absolvição por atipicidade.** Receptação. A arma de fogo de calibre 38, apreendida com o réu durante a prisão em flagrante, foi furtada no ano de 2010 conforme registro de ocorrência anexo. Tendo sido denunciada a conduta de receptação na modalidade dolosa, impossível presumir que se o réu tinha ciência de que o revólver fosse objeto de crime. Absolvição mantida. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>1</sup>

O julgado supramencionado retrata um processo que aborda o tráfico ilícito de entorpecentes, no qual o órgão ministerial em sede de apelação pugna pela aplicação da majorante por uso de arma de fogo prevista de forma expressa no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006<sup>2</sup>. Ocorre que, *in casu*, o juízo entende que o tráfico de drogas – atividade notadamente proibida por lei – enseja salvaguarda. Assim sendo, cinge-se a aplicação da penalidade por tráfico de drogas ignorando a majorante citada, mediante o argumento de que o uso de arma de fogo ocorreu para proteção pessoal em razão do caráter temerário que reveste o comércio ilícito de entorpecentes.

Não merece guarida críticas a garantias individuais fundamentais devidas a todos os cidadãos, todavia o que se nota é que o âmbito forense do país faz uma interpretação desvirtuada sobre o assunto e que forçosamente e como exaustivamente exposto: enxerga apenas um lado.

Não se pode olvidar que garantir direitos não é o mesmo que assegurar a não punição por eventuais delitos cometidos, como descreve Fischer (2013, p. 40):

[...]quer-se estabelecer uma *imunidade* – e não *im(p)unidade* – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e *também a proteção dos interesses individuais e coletivos*. (grifos no original)

Isto posto, importa correlacionar o garantismo hiperbólico monocular aos crimes de colarinho branco e como este desvirtuamento da teoria garantista favorece a impunidade dos referidos crimes no Brasil. Como exemplo, cita-se a possibilidade (ou não) de o Ministério Público realizar procedimentos investigatórios; limitação ao

<sup>1</sup> (Apelação-Crime, Nº 70057362683, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 02-07-2015). Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>

<sup>2</sup> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

prazo de 30 dias das interceptações telefônicas; do patamar da insignificância para os tipos penais que protejam bens jurídicos de natureza tributária; e da (im)possibilidade da execução provisória de penas na pendência de recursos de natureza extraordinária (FISCHER, 2013). Acrescenta-se, ainda, o foro por prerrogativa de função; prescrição; desvirtuamento do uso do *habeas corpus*; abuso no uso de recursos no processo penal; e a necessidade de trânsito em julgado para a execução penal (MATTOS, 2018).

Outrossim, faz-se mister ressaltar que o garantismo hiperbólico monocular segue o padrão seletivo do Direito Penal no Brasil e como expõe Mattos (2018, p. 34): “o belo discurso de salvaguarda das garantias individuais só se aplica aos réus do colarinho branco”.

### 3.3 O USO ABUSIVO DE RECURSOS NO PROCESSO PENAL E O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

O Processo Penal no Brasil admite o uso de uma gama indiscriminada de recursos durante o deslinde processual, e como bem expõe Mattos (2018, p. 86): “as brechas do sistema recursal são reiteradamente utilizadas para dificultar o andamento do processo”.

Concernente ao óbice no andamento do processo correlacionado ao excesso de recursos, Diogo Castor (2018, p. 86) é elucidativo ao explicar:

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

Por oportuno, é salutar dizer que o excesso no direito de recorrer favorece de forma quase que totalitária somente os criminosos ricos, pois, um processo tramitando em Tribunais Superiores demanda advogados com bancas notórias de advocacia. É dizer, abusar no uso de recursos requer advogados experientes e caros. Isto, sem citar as custas processuais.

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

Sobre este viés, colhe-se elucidação do Ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso (2016, p. 33), ao proferir seu voto no Habeas Corpus 126.292/SP<sup>3</sup>, *ipsis litteris*:

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

De mais a mais, ao tratar sobre a demasia de recursos, Luiz Carlos dos Saltos Gonçalves ilustra:

Embargos de declaração da sentença. Embargos de Declaração do julgamento dos Embargos de Declaração. Recurso em Sentido Estrito ou Apelação. Embargos Infringentes (se a decisão dos desembargadores não for unânime). Embargos de Declaração do acórdão que julgou os Embargos Infringentes. Embargos de Declaração do acórdão que julgou os Embargos de Declaração do acórdão (não há limites para esta interposição). Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Agravo da decisão que não admitir o recurso extraordinário. Agravo Regimental da decisão que, já no tribunal superior, não deu provimento aos agravos. Se for admitido o recurso especial, ainda caberá o extraordinário em face do julgamento do tribunal superior. Se esse recurso extraordinário não for admitido, agravo. Se o agravo não for provido, agravo regimental (*apud* MATTOS, 2018, p. 87).

Nota-se indubitável exagero na possibilidade de interposição de recursos, ver-se de forma desmedida somente o lado do réu, como bem assevera o garantismo hiperbólico monocular.

---

<sup>3</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 10/02/2021.

Ser contrário ao uso indiscriminado de recursos não é ir de encontro ao princípio do devido processo legal, é, contudo, reconhecer que um processo justo não demanda infinitas formas de recorrer (MATTOS, 2018).

Além disto, há que se ressaltar que o excesso de recursos – em suma protelatórios – promovem evidente distanciamento entre a prática do crime e a punição, o que não interessa nem a justiça e nem ao réu.

À guisa de exemplo o Ministro Barroso (2016, p.20)<sup>4</sup> cita os seguintes casos:

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

E continua, desta vez demonstrando os recursos apresentados em um processo que tramita há mais de 25 anos:

Infelizmente, porém, esses casos não constituem exceção, mas a regra. Tome-se, aleatoriamente, um outro caso incluído na pauta do mesmo dia do presente julgamento. Refiro-me ao AI 394.065-AgR-ED-ED- ED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991. Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva<sup>25</sup>. Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs. Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma, e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDiv, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou

---

<sup>4</sup> Voto no *Habeas Corpus* 126.292/SP. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 12/02/2021.

provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.

Salta aos olhos a desnecessidade da concessão de infundáveis recursos. Além disto, atenta de forma incontestante aos princípios da duração razoável do processo e da celeridade processual.

Por fim, insta destacar que o abuso no uso de recursos no processo penal, protelando um processo por anos e anos, acaba por findar no instituto da prescrição, e é sobre este instituto que o trabalho se dedicará no tópico seguinte.

No tocante a prescrição no Processo Penal, sabe-se que pode ocorrer de duas formas, a primeira ocorre antes do trânsito em julgado da ação e diz respeito a perda da pretensão estatal de condenar alguém, a segunda é a perda da pretensão executória, ou seja, de fazer valer uma sentença já imposta (MATTOS, 2018).

Ainda tratando-se do conceito do instituto, Helenio Cláudio Fragoso (2006, p. 516) explana:

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

Dito isso, impende abordar a disposição legal da prescrição. No Código Penal, a matéria é regulada do artigo 107 ao artigo 119. Merece destaque os prazos prescricionais, os quais encontram-se dispostos no artigo 109 do Código Penal:

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

---

<sup>5</sup> **Art. 107** - Extingue-se a punibilidade: [...] **IV** - pela prescrição, decadência ou preempção;

Percebe-se, pois, que os prazos oscilam entre três e vinte anos. Todavia, existem diversas variáveis para se aplicar a prescrição, há que se observar, por exemplo, o que dita o artigo 115<sup>6</sup> do Código Penal ao estabelecer benesses àqueles que na data do fato contam com menos de 21 anos ou os que na data da sentença contam com mais de 70 anos.

Especialmente, se tratando da criminalidade do colarinho branco, faz-se mister destacar que os prazos prescricionais são insuficientes para o término da ação penal, sobretudo porque – como exposto no tópico anterior – o abuso no uso de recursos no processo penal favorece os *white collar* crimes ao protelar indevidamente o trânsito em julgado.

Nesse sentido, Flávio Guaragni (2008, p. 17) explica porque a prescrição favorece a impunidades nos crimes de colarinho branco:

As razões pelas quais se apresenta a prescrição penal como verdadeiro fator de impunidade, apartando-se de sua original missão de atuar em níveis razoáveis – em termo de política criminal – como causa extintiva de punibilidade, encontram-se tanto na própria sistemática em que está vazado, no Código Penal brasileiro, o instituto, quanto no excessivo liberalismo que caracteriza a jurisprudência nacional em temas de direito penal (*apud* MATTOS, 2018, p. 100).

Como bem expõe o autor, a jurisprudência do país diverge sobre o assunto, mormente sobre se a publicação de acórdão irrecorrível interrompe ou não a prescrição (MATTOS, 2018).

Ainda, se tratando da ligação entre prescrição e impunidade, Rogério Greco (2013, p. 726) explica:

Não é incomum no dia a dia forense que muitos recursos sejam impetrados com a finalidade de fazer com que a sentença condenatória de primeiro grau, por exemplo, não transite em julgado. A finalidade, em alguns casos, é a de, justamente buscar a prescrição superveniente, pois que muitos Tribunais demoram, excessivamente, em julgar os recursos interpostos, permitindo que ocorra a extinção da punibilidade (*apud* MATTOS, 2018, p. 104).

Nota-se, portanto, que a legislação brasileira ao permitir a interposição de sucessivos recursos no processo penal acaba por possibilitar que a prescrição seja

---

<sup>6</sup> **Art. 115** - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

alcançada indevidamente. Tal fato, como já exposto alhures, favorece especialmente os criminosos com grande poderio econômico com grande destaque para a criminalidade do colarinho branco.

De mais a mais, há que se destacar outro entrave quando o assunto é assegurar o cumprimento da lei penal para os criminosos do colarinho branco, trata-se da discussão acerca do início do cumprimento da pena após condenação em segunda instância, tema abordado em seguida.

### 3.4 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO STF

Atualmente, a possibilidade ou não do início de cumprimento da pena após condenação em segunda instância é um assunto que suscita amplos debates no âmbito do Direito no país.

O tema ganha notoriedade, sobretudo, pelas ações pleiteadas e julgadas no plenário do Supremo Tribunal Federal, no qual a divergência sobre o assunto se estende por mais de duas décadas.

Sobre a referida trajetória de divergências, Frincheisen *et al* (2013, p. 461-463) ilustra:

Na vigência de ordens constitucionais anteriores a 1988, o Supremo Tribunal Federal já decidia pela incompatibilidade do efeito suspensivo com o recurso extraordinário. [...] Em 1995, no julgamento do HC 72.366 O Pretório Excelso estabeleceu que a necessidade de recolher-se à prisão para apelar não feria o princípio da presunção de inocência. [...] Em 5 de fevereiro de 2009, foi julgado no Plenário do Pretório Excelso o Habeas Corpus 84.078 de relatoria do Ministro Eros Grau no qual se referendou a ideia de impossibilidade de execução da decisão condenatória quando tramita contra tal decisão recurso aos Tribunais Superiores, com quatro votos de Ministros dissidentes. Contudo, em 10 de fevereiro de 2009 ao apreciar os embargos de declaração no agravo regimental no agravo regimental nos embargos de declaração dos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento 683.370 (de relatoria do Ministro Celso de Melo) o STF determinou, à unanimidade, “a execução imediata da decisão, independente da publicação do acórdão”, visto que entenderam os Ministros tratar-se de recursos protelatórios.

E os autores continuam ao citar o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 795.677, em 24/05/2011, e os Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento de inadmissibilidade do Recurso Extraordinário 739. 454,

destacando que em ambas ações o STF determinou pelo imediato cumprimento da pena por reconhecer a interposição de recursos protelatórios (FRINCHEISEN *et al*, 2013).

Ocorre que, em que pese as divergências, desde 2009 – especialmente com base no HC nº 84.078/MG – o Supremo Tribunal Federal aplicava majoritariamente o entendimento de não ser possível o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Ao tratar do assunto, Mattos (2018, p. 89) o associa à impunidade dos *white collar* crimes:

Essa posição jurisprudencial de 2009, associada ao asoberbamento dos tribunais e ao abuso no direito de recorrer, facilitado pela complexidade da organização judiciária brasileira – que prevê até quatro instâncias de análise do mérito – possibilitou o prolongamento do conflito de forma indefinida, sendo fator determinante de impunidade dos crimes de colarinho branco. Tratava-se do indevido processo legal dos processos que nunca terminam!

Longe de ser um debate encerrado, em 17 de fevereiro o tema volta à lume no julgamento do HC nº 126.292/SP, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, razão pela qual o citado HC merece ser melhor abordado no subtópico seguinte.

3.4.1 Habeas Corpus n. 126.292/SP e os Argumentos Contrários e Favoráveis à Execução Provisória da Pena.

3.4.1 Habeas Corpus n. 126.292/SP e os Argumentos Contrários e Favoráveis à Execução Provisória da pena

No Habeas Corpus n. 126.292/SP, o Supremo entendeu, por sete votos a quatro, ser possível a execução de sentença proferida no segundo grau de jurisdição, no qual a ementa foi:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória do 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.<sup>7</sup>

---

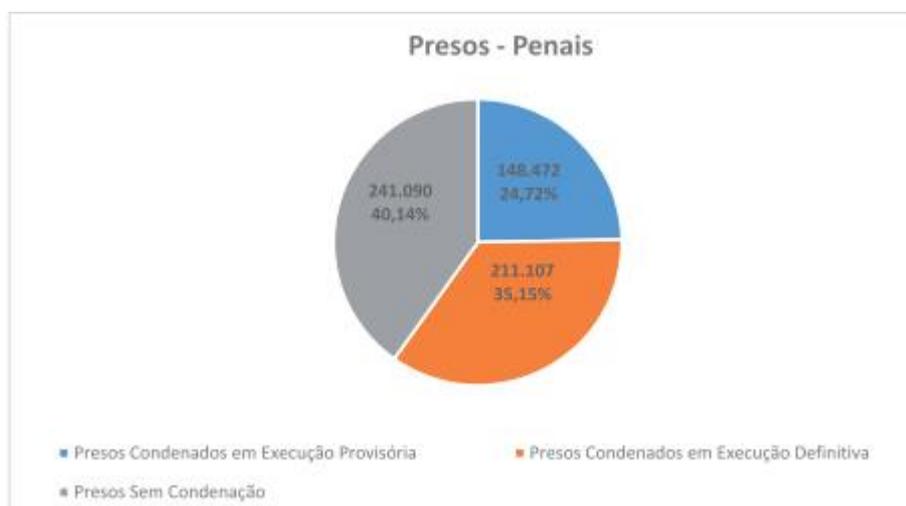
<sup>7</sup>Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 11/02/2021.

Percebe-se, pois, uma nova mudança de posicionamento no plenário do Excelso Tribunal, a qual reputa-se ser a mais acertada.

Nesse contexto, em síntese, aqueles que entendem pela impossibilidade de prisão após condenação em segunda instância o fazem por crer que o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado fere o princípio da presunção de inocência contido na Carta Magna.

Arguem, também, que a medida seria prejudicial principalmente para os réus pobres. Ora, o argumento é desarrazoado e com grande descompromisso com os fatos, basta ver que na verdade, como exposto em tópico anterior, a maioria esmagadora dos presos no sistema carcerário são pobres denunciados por crimes patrimoniais ou tráfico. E o destaque é que dessa maioria os presos sem nenhuma condenação computam 40,03% (241.090) e presos com execução provisória são 24,65% (148.478). É dizer, a maior parte de presos no país sequer foi condenado em primeira instância (BNMP, 2018).

Ilustrando o exposto, importa trazer à baila o gráfico constante no relatório do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (2018, p. 41):



Destarte, os fatos mostram que a população pobre no país – com ênfase na seletividade do sistema penal, já abordada – estão presos muito antes do famigerado trânsito em julgado, basta ver que 64,86% (389, 562) dos presos no país se enquadram em prisões sem nenhuma condenação ou execuções provisórias.

Dito isso, passa-se ao estudo do posicionamento que sustenta a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância, o qual se pauta na questão da impossibilidade de Tribunais Superiores aferirem questões relativas à matéria fática – autoria e materialidade – inclusive, é o óbice imposto pela súmula 7 do STJ<sup>8</sup>. Assim sendo, e também alicerçados na possibilidade de prisões provisórias, entendem ser o princípio da presunção de inocência mitigado e superado.

O Ministro Luís Roberto Barroso é categórico em seu voto ao se posicionar favorável a execução da pena antes do trânsito em julgado. Inicialmente, aponta os efeitos negativos da exigência do trânsito em julgado, sendo eles: incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; seletividade do sistema penal que favorece os réus abastados, únicos que têm condições financeiras de interpor recurso nas instâncias superiores; contribuição para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade (MATTOS, 2018).

De mais a mais, o citado Ministro explica o seu posicionamento ao delinear que o pressuposto para decretação de prisão no Brasil não é o esgotamento de recursos, mas sim a ordem escrita e fundamentada do juízo competente. Outrossim, assevera que presunção de inocência é um princípio e, portanto, passível de ser mitigado, tanto é que o ordenamento jurídico permite prisões cautelares.

Além disto, também aborda em seu voto questões como a razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade. É o que pode ser ilustrado pela ementa do seu voto no HC 126.292/SP, nos exatos termos:

**DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. 1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). 2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. **O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes.** No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser**

---

<sup>8</sup> A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em 19/02/2021.

ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. 3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. 4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.” (grifo nosso).

Pela leitura da ementa mencionada acima, nota-se que o Ministro Barroso não olvida da correlação entre impossibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância e a impunidade nos crimes de colarinho branco ao citar que a execução da pena nos termos abordados diminui a seletividade do sistema penal e reduz incentivos aos crimes de colarinho branco.

A vista do exposto, resta evidente que proibir o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado é um fator predominante para a impunidade nos crimes de colarinho branco.

Além disto, Mattos (2018, p. 97), revela uma leitura selecionada da Constituição Federal, na qual se esquece de outros princípios fundamentais como o: “direito das vítimas ao devido processo legal célere e efetivo, direito à moralidade administrativa, à adequada prestação jurisdicional e à segurança pública”. Tal visão expõe, novamente, o posicionamento que retira o equilíbrio do processo penal ao ver somente o lado do réu.

O posicionamento sustentado no Habeas Corpus n. 126.292/SP perdurou até o ano de 2019, quando, novamente, o assunto é levado ao pleno do STF.

Em 07 de novembro de 2019, o STF altera o entendimento consolidado no ano de 2016 e volta a coibir a prisão após condenação em segunda instância, por 6 votos a 5, *ipsis litteris*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.<sup>9</sup>

É importante destacar que as mudanças de posicionamento em tão pouco tempo devem ser atribuídas aos Ministros que mudam o entendimento de forma desarrazoada e inconstante. Nesse sentido, Mattos (2018, p. 99) é categórico:

Com a aproximação dos julgamentos dos primeiros recursos de apelação da Operação Lava Jato, em maio de 2017, o Ministro Gilmar Mendes, que inicialmente votou favorável à execução provisória da sentença criminal, já anunciava que, assim como Dias Toffoli, também mudaria o seu entendimento a respeito do tema.

Tal postura, além de propagar uma insegurança jurídica, demonstra um quadro desonesto no judiciário do país, no qual Ministros alteram o entendimento de acordo com o réu e mostram clara leniência com a criminalidade do colarinho branco.

### 3.5 INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO FORMA DE COIBIR A IMPUNIDADE NO PAÍS

Consoante demonstrado no decorrer do trabalho a impossibilidade de prisão após condenação em segunda instância favorece somente aqueles que podem custear advogados e custas processuais para recorrer de decisões de forma incessante, o que significa, na maioria das vezes, criminosos do colarinho branco.

Outrossim, restou demonstrado que o princípio da proporcionalidade apresenta duas vertentes, quais sejam: a proibição do excesso e a vedação à proteção deficiente. É dizer, o Poder Público, principalmente com a sua função punitivista, não pode exceder de forma que atente contra princípios e direitos fundamentais, mas

---

<sup>9</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 20/02/2021.

também não pode se olvidar da sua função de proteger a sociedade e atuar de forma satisfatória procedendo a punições justas àqueles que infringem as leis.

Dentro deste contexto e analisando a prisão após condenação em segunda instância, tem-se que ao proibir as referidas prisões estaria o Estado atuando de forma deficiente, indo de encontro ao princípio da vedação à proteção insuficiente, favorecendo, sobretudo, aos réus pertencentes a classes abastadas da sociedade.

Assim, evidencia-se que a impossibilidade de prisão após condenação em segunda instância é uma medida que propaga a impunidade no país, demonstrando, ainda, o caráter seletivo do direito penal no Brasil.

Portanto, possibilitando que réus sejam presos após a condenação em segunda instância se estará contribuindo para coibir a impunidade no país, bem como para demonstrar que o direito penal pode e deve ser igual para réus pobres e ricos, independente do crime que cometeram.

## CONCLUSÃO

A possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância é um tema complexo, que abarca dois posicionamentos bem fundamentados a favor e contra a prisão após condenação em segunda instância.

Inicialmente abordou-se a evolução histórica da prisão no Brasil, bem como apresentou as prisões cautelares e prisão pena. As prisões cautelares são as prisões provisórias, determinadas durante o inquérito policial e o deslinde processual. Por outro lado, a prisão pena é aquela determinada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além disto, estudou-se o princípio da presunção de inocência, apresentando os conceitos doutrinários sobre a temática.

No segundo capítulo, foi apresentado o princípio da proporcionalidade, seu conceito e desdobramentos em proibição do excesso e vedação à proteção deficiente. A proibição do excesso é a proteção contra intervenções excessivas porventura cometidas pelo Estado, visa coibir arbitrariedades contra os cidadãos.

Por outro lado, a proibição da proteção deficiente, também conhecida como vedação à proteção deficiente, entende que o Estado não deve atuar como garantidor apenas de garantias individuais, mas também das coletivas, tais como a proteção à coletividade. Neste viés, ao não proteger de forma suficiente a população, como por exemplo, ao fracassar na prisão de um assassino, estaria o Estado ferindo a proibição da proteção deficiente.

A posteriori, no terceiro capítulo, estudou-se as questões referentes a possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância. Para tanto, abordou-se em um primeiro momento a seletividade do direito penal no Brasil, demonstrando que o sistema como um todo se direciona a coibir ilícitos, sobretudo, crimes patrimoniais, o que pôde ser comprovado pelos dados estatísticos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões apresentados.

Em seguida, demonstrou-se a desvirtuação da teoria garantista no Brasil se manifesta por meio do garantismo hiperbólico monocular, cuja essência, diferente do previsto pelo precursor do garantismo, serve para impedir condenações e não para garantir direitos individuais.

Apresentou-se, também, o uso abusivo de recursos no processo penal, expondo a gama indiscriminada de recursos que podem ser interpostos pela defesa, e assim protelar o trânsito em julgado da sentença garantindo que o réu não seja

punido. Nesse contexto, com o uso indiscriminado de recursos, sobrevém, também, o instituto da prescrição, o qual demonstrou-se ser – juntamente com o uso abusivo de recursos, uma vez que é a consequência deste – dois dos principais fatores de impunidade no país.

Demais disso, foi apresentado o histórico jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, analisando, especialmente, o Habeas Corpus nº 126/292/SP e os argumentos contrários e favoráveis. O tema não é pacífico no âmbito do Direito no país, e suscita amplos debates. Ver-se de um lado aqueles que defendem ferir o princípio de presunção de inocência e do outro defesas pautadas sobretudo na impossibilidade de Tribunais Superiores reavaliarem a autoria e materialidade do crime. É dizer, após condenação em segunda instância não há mais que se falar em presunção de inocência.

Diante dos impasses, o Supremo Tribunal Federal aborda a referida (im) possibilidade há décadas e ainda não se chegou em consenso definitivo, razão pela qual observa-se que ao longo dos anos se decide pelas duas formas, o que ocasiona grande insegurança jurídica.

Por fim, o trabalho abordou, de forma sucinta, a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância como forma de coibir a impunidade no país, considerando todas as razões expostas no trabalho e a necessidade de repressão ao delito perpetrado para prevenir o cometimento de novas infrações.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista Sequência. Florianópolis, v. 16, n. 30, jun. 1995.

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Hemus, 1999.

BRASIL. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em 22/03/2020.

BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil*, de 25 de Março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 01/08/2020.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 01/08/2020.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. *Manda executar o Código Criminal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em 09/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17. fev. 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 05/01/2021.

CHIAVERINI, T. *Origem da Pena de Prisão*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)> Acesso em: 28/11/2020.

\_\_\_\_\_. *O que é garantismo penal (integral)? in: Garantismo Penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FRINCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca *et al.* *Execução Provisória da Pena: Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078 in: Garantismo Penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FRAGOSO, Helenio Cláudio. *Lições de Direito penal: parte geral*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MATTOS, Diogo Castor de. *O amigo do direito penal: porque o nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Jéssica Luana Silva. *Análise da obra "Histórias das Prisões no Brasil"*. Vozes, Pretérito & Devir, vol. I, ano I, n. I, 2013, ISSN: 2317-1979

STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição de excesso: (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.