

**INSTITUTO ENSINO BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE SERRA/ES**

**RAYAN ESPERANDIO TIENGO
RÔMULO ROSA NUNES**

**A POSSÍVEL CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM
SEGUNDA INSTÂNCIA**

SERRA/ES

2021

**RAYAN ESPERANDIO TIENGO
RÔMULO ROSA NUNES**

**A POSSÍVEL CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM
SEGUNDA INSTÂNCIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Serra/ES, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Constitucional. Direito Processual
Penal.**

Orientador: Prof. Me Luciano Felix

**SERRA/ES
FACULDADES DOCTUM DE SERRA
2021**

FACULDADES DOCTUM DE SERRA/ES

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A POSSÍVEL CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**, elaborado pelos alunos **RAYAN ESPERANDIO TIENGO** e **RÔMULO ROSA NUNES**, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Serra/ES, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Serra/ES, ___ de _____ 2021

Prof. Me. Luciano Felix
Faculdades Doctum de Serra/ES

Prof. Esp. Joadir de Souza Junior
Faculdades Doctum de Serra/ES

Prof. Me Stéfano Antonini D'Amato
Faculdades Doctum de Serra/ES

A POSSÍVEL CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Rayan Esperandio Tiengo¹
Rômulo Rosa Nunes²
Me. Luciano Felix³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possível constitucionalidade da execução provisória da pena em 2ª instância. Desde a promulgação da Constituição Cidadã, o tema vem gerando divergências, em virtude de uma suposta violação ao princípio da presunção de inocência. A possibilidade da prisão após a confirmação da sentença penal condenatória pelo tribunal, já foi modificada três vezes, entre permitir ou não, o cumprimento provisório da pena, e hoje, o atual entendimento da Corte Suprema - objetivo principal de análise desta obra - é no sentido de que para um cidadão ser colocado atrás das grades, se faz necessário o esgotamento das vias recursais. Parte da doutrina acredita que os princípios constitucionais não podem ser relativizados, sendo necessário a sua fiel observância em prol da segurança jurídica. Por outro lado, há aqueles que lamentam o novo entendimento, pois no ordenamento jurídico brasileiro nem mesmo o direito à vida é considerado absoluto. Além disso, o atual formato sobrecarrega ainda mais o sistema judiciário, favorecendo a interposição de recursos aventureiros cujo o objetivo é de apenas protelar o cumprimento da pena, tornando o processo ainda mais moroso. Em suma, é notório a grande divergência de opiniões e argumentos, afinal se trata de um dos princípios mais basilares do ordenamento jurídico brasileiro, a Liberdade. Nesse sentido, serão analisados mais profundamente os princípios constitucionais em questões, a legislação processual, bem como as divergências doutrinárias em relação ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Recurso. Sentença. Cumprimento de Pena. Instância. Princípios Constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal promulgada em Outubro de 1988 (BRASIL, 1988), trouxe o maior rol de Direitos de Garantias fundamentais, comparado a todas as anteriores Constituições do Brasil. A liberdade como um dos princípios mais basilares de um estado democrático de direito, a sua garantia se torna dever do estado. Não no sentido de não haver prisão, mas no sentido de garantir ao réu o direito à ampla defesa

¹ Graduando em Direito. E-mail: rayan.tiengo@gmail.com

² Graduando em Direito. E-mail: romulobm92@gmail.com

³ Mestre em Segurança Pública. E-mail: lucfelix5@gmail.com

e ao contraditório, a presunção de inocência até que seja provado o contrário e a reanálise do caso no segundo grau de jurisdição, ou seja, conforme o inciso LIV, art. 5º da Carta Magna, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988, online) e caso haja violação desses direitos, a Carta Excelsa garante a impetração de remédios constitucionais como o Mandado de Segurança e o Habeas Corpus (BRASIL, 1988).

A medula espinhal deste projeto, é a possível constitucionalidade da prisão após a confirmação da sentença penal condenatória. Em outras palavras, o trabalho visa analisar, a possibilidade do réu ser preso, após o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal confirmar a sentença proferida pelo juízo singular, ou de primeiro grau, que condene o réu à pena de prisão. Para facilitar a compreensão do tema, será apresentado a estrutura básica do Sistema Judiciário Brasileiro, bem como os graus de jurisdição, para que um cidadão médio, ao ler expressões como: primeira e segunda instância, juízo singular ou colegiado, recurso especial, recurso extraordinário, consiga identificar em que fase do processo está o raciocínio. A grande questão que gira em torno do tema em tela, é sobre uma suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020), no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade – ADCs 43, 44 e 54, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e por dois partidos políticos, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) deve ser interpretado conforme a Constituição e o princípio da presunção de inocência nela inserido. Ou seja, o réu só poderá ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada com base nos requisitos cautelares constantes no art. 312 do CPP, ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. Dessa forma, destacando a última parte do referido dispositivo - tema em epígrafe -, tem-se o trânsito em julgado e a consequente a prisão efetuada, somente no momento em que todas as vias recursais estiverem exauridas.

Contudo, a interpretação sobre constitucionalidade ou não, da prisão após condenação segunda instância, desde a criação da Constituição Federal de 1988, vem gerando divergências doutrinárias e jurisprudências - que serão apresentados no escopo deste trabalho - pela consequente violação ao princípio da presunção de inocência. A própria Corte Suprema em julgados pretéritos, modificou seu entendimento passando a permitir o cumprimento provisório da pena, sendo

necessário para a interposição do recurso às instâncias extraordinárias por parte da defesa do réu, esse deveria estar recolhido à prisão. Nesse sentido, há aqueles que concordam, entendendo que o princípio da presunção de inocência assim como todos os outros presentes na Constituição Federal não podem ser interpretados isoladamente e nem de forma absoluta. Ademais, permitir a prisão após a confirmação da sentença pelo Tribunal, não abstém o princípio em análise, pois o réu no início do processo, ao ser julgado pelo juiz singular, faz gozo desse princípio quando interpõe recurso ao tribunal, e à sentença é dado o efeito suspensivo.

Nesse diapasão, a atual interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de considerar inconstitucional o recolhimento do réu à prisão após a confirmação da sentença pelo tribunal, devendo necessariamente ser alcançado o trânsito em julgado nos termos do art. 283 do CPP, com o entendimento de que muitos recursos interpostos às instâncias superiores, têm as respectivas decisões reformadas, deve ser mantido? Ou, prender o réu provisoriamente após as duas primeiras instâncias estarem convencidas de sua autoria e materialidade, não ofende o princípio da presunção de inocência, haja vista que toda matéria fática e probatória fora analisada pelo Magistrado e reexaminada por um colegiado, já havendo, dessa forma, provas suficientes para transformar a presunção, que até então era de inocência, em presunção de culpa?

2 REFERENCIAL TEORICO

2.1 Poder Judiciário Brasileiro

O método de exposição dos conteúdos deste trabalho é pautado na clareza das informações, bem como a utilização de termos com o mínimo de complexidade possível, que um cidadão médio consiga ler e compreender a construção do raciocínio desenvolvido no projeto, por se tratar de matéria técnico-jurídica. Outrossim, é preciso além de estabelecer uma linguagem acessível, apresentar conceitos e estruturas concernentes ao tema.

Nesse sentido, caso o leitor não faça parte da ceara do direito, ao se deparar com o tema “A possível Constitucionalidade da Prisão após segunda instância”, entende-se por necessário a realização de uma breve ilustração sobre parte da estrutura e função do Poder Judiciário Brasileiro e suas instâncias.

De acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Poder Judiciário, disciplinado a partir do artigo 92, é dividido em órgãos e cada um tem competências particulares, mas podemos destacar como função precípua a interpretação e aplicação das leis, para solução de conflitos entre os cidadãos ou entre cidadãos e Estado, através de um processo pautado no princípio do Devido Processo Legal constante no inciso LIV e o princípio da Ampla Defesa de do Contraditório, inciso LV, ambos presentes no artigo 5º do referido texto constitucional.

2.2 Instâncias do Poder Judiciário Brasileiro

Os órgãos do Poder Judiciário, conforme o número de julgadores podem ser classificados como singulares, chamados de juízo *aquo*, nos casos em que um só Magistrado analisa os fatos e provas, e julgando monocraticamente as lides. Quanto aos Tribunais, órgãos colegiados, são compostos por um grupo de desembargadores que analisarão coletivamente as matérias. Quando não se tratar de pessoas que tenham foro por prerrogativa de função, o que é popularmente conhecido como foro privilegiado, a exemplo do Presidente e Vice Presidente da República que serão julgados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, ou nos casos dos Governadores dos estados federativos, que serão julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), esses tribunais exercerão a função do juízo *ad quem*, ou seja, será o responsável por reexaminar todos os fatos e as provas inerentes ao processo, confirmando ou não a sentença prolatada pelo juízo *aquo*.

A Classificação também pode ser territorial, subdividindo-se entre Federal e Estadual. Quanto a primeira, tem-se o Juiz federal como um órgão singular e os Tribunais Regionais Federais como órgãos colegiados. Por outro lado, na esfera estadual os órgãos singulares são os juízes de direito, e os Tribunais de Justiça são os colegiados. Esses são considerados órgãos da Justiça Comum, ao passo que a Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e a Justiça Militar compõe a Justiça Especial.

Diante o exposto, em regra, um processo será iniciado nos Juízos singulares, obedecendo todas as normas gerais e abstratas do processo, e na fase instrutória o magistrado fará a coleta das provas documental e/ou pericial, concedendo às partes a possibilidade de ampla defesa se utilizando de todos os meios legais para tal. Não havendo o requerimento de outras diligências ao final da audiência o juiz proferirá a sentença, superando então o grau da Primeira Instância.

Seguindo a ordem comum de um processo, o art. 593 do CPP (BRASIL, 1941) diz que da sentença cabe apelação, ou seja, nesse momento para parte que se sentir prejudicada pela prolação do juízo singular, o ordenamento jurídico prevê a garantia de efeito suspensivo que a apelação gera, nos termos do art. 597 CPP (BRASIL, 1941), pois não obstante o fato do magistrado ser conhecedor do direito, isso não descaracteriza sua essência humana, podendo ainda assim incorrer em algum *error in procedendo* ou *error in iudicando*. Vê-se dessa forma a exteriorização do princípio da presunção de inocência, pois a parte sucumbente na primeira decisão não precisará cumprir a sentença provisoriamente.

Interposto o recurso, o mesmo será remetido ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal para o exercício do duplo grau de jurisdição, conforme o art. 601 do CPP (BRASIL, 1941), que apesar de não ter base expressa no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se respaldo no art. 108, II da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e no art. 8º do tratado internacional do Pacto de São José da Costa Rica (CONFERÊNCIA..., 1969). Sendo o recurso recebido o relator elaborará seu voto, para então os outros desembargadores proferirem também suas respectivas decisões, após as reanálises de toda matéria fática e probatória nos termos do art. 615 do CPP (BRASIL, 1941), o tribunal decidirá por maioria absoluta, ocorrendo nessa etapa, a superação das duas instâncias ordinárias. Poderão as partes ainda optar pela interposição de recursos às instâncias extraordinárias, lê-se STF e STJ, por meio de, respectivamente, recurso extraordinário e recurso especial, mas que, no entanto, tratarão tão somente de matérias de direito, a exemplo do art. 102, III da Constituição Federal que trata dos recursos extraordinários a Corte Suprema (BRASIL, 1988).

2.3 Instituto da Prisão após Condenação em Segunda Instância

Todo sistema processual brasileiro tem como espinha dorsal o princípio do Devido Processo Legal, que dele decorrem outros, a saber: O princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, Princípio do Duplo grau de Jurisdição e o princípio da Presunção de inocência. Todos esses são considerados direitos garantias fundamentais do cidadão, e estão inseridos no rol do artigo 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988) e pelo tratado internacional do Pacto de São José da Costa Rica (CONFERÊNCIA..., 1969) no qual o Brasil é signatário, outrossim, a sua fiel observância garantem às partes, a igualdade de todos perante a lei, a proteção do

cidadão contra prisões arbitrárias, na busca contínua pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, efetivando os objetivos fundamentais da República federativa do Brasil, constantes no art. 3 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A prisão após confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, em resumo é a possibilidade do réu ter sua liberdade cerceada em decorrência da ratificação do entendimento feita pelo Tribunal. Ou seja, o juiz singular analisou o caso concreto, apurou as provas, arguiu testemunhas e prolatou a sentença no sentido de levar à prisão o réu. Não satisfeita com a decisão a parte condenada interpõe o recurso de apelação. Os autos são remetidos ao Tribunal, que fará o reexame global da matéria, nesse sentido proferindo a decisão indo de encontro ao entendimento do juízo de primeiro grau.

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o tema vem gerando polêmica, haja vista as divergências entre a doutrina e as mudanças de entendimento realizado pela Suprema Corte em episódios distintos, tendo o princípio da presunção de inocência como cerne de toda a discussão. Dessa forma, seria inconstitucional levar um indivíduo à prisão mesmo havendo a possibilidade de recorrer às instâncias superiores, partindo do pressuposto de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória? Ou após a análise do caso, o Magistrado estiver convencido sobre a autoria e materialidade, prolatando a sentença no sentido de levar o réu à prisão, e o Tribunal confirmar tal decisão, a presunção de inocência que até então subsistia, deveria ser considerada presunção de culpa? Adiante serão expostos argumentos de doutrinadores e julgadores que são adeptos ao cumprimento provisório da pena, e também outros posicionamentos contrapostos.

3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Desde a promulgação da Constituição Cidadã o tema em epígrafe tem gerado divergências entre doutrinadores, jurisprudências e, inclusive entre a população, impulsionado pela polarização política existente na sociedade. Há aqueles que acreditam que a prisão só após o trânsito em julgado reforça a sensação de impunidade, podendo ainda gerar a prescrição dos crimes, ante a morosidade decorrente das “enxurradas” de recursos. Ou também, a competência e a eficácia das

decisões judiciais proferidas nas instâncias ordinárias, devem ser respeitadas. Contudo, os que se opõem a esses argumentos, acreditam que a morosidade não é um problema do Judiciário, e que os recursos estão previstos em lei, sendo assim, não há ilegalidade por parte da defesa a suas interposições, e nesse caso, a via adequada para solução de tal problema, é por meio do Congresso Nacional.

Na doutrina jurídica são muitos os argumentos contrários ou a favor da prisão automática em segundo grau, e nesse sentido o presente trabalho analisará tais diferentes concepções, e sobretudo o último julgado feito pela Corte Suprema das ADCs 43, 44 e 54 propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), e pelo Partido Comunista do Brasil, respectivamente, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que, para que o réu seja preso, deve esgotar todas as vias recursais. Esse Julgamento foi bastante acirrado, sendo decidido por 6 votos a 5, os Ministros julgadores apresentaram argumentos bem consistentes, tanto no sentido de proibir, quanto de autorizar a execução provisória da pena (BRASIL, 2020).

3.1 Argumentos Contrários à Prisão em 2ª Instância

De acordo com Mendes (2019), que inclusive mudou o seu voto em relação ao julgamento do HC 126.292 em 2016, dessa vez votando contra a possibilidade da prisão após a confirmação da sentença pelo tribunal, afirmando que inúmeras condenações em segunda instância são reformadas pelo STJ ou STF e que não é correto usar a morosidade do processo como argumento. Por fim, o Ministro disse que: “Temos que melhorar é o sistema de funcionamento, a distribuição, o atendimento” (MENDES, 2019, online). Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello alegou, em relação a possibilidade de prescrição dos crimes, “Esse não é o problema do Poder Judiciário, não é problema da defesa dos acusados, esse é um problema da lei” (MELLO, 2019, online). Acrescentou ainda, o Ministro mais antigo da Suprema Corte que as condenações:

Dependem do trânsito em julgado da sentença que as aplicou, uma vez que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se em relação ao suspeito, indiciado, ao denunciado e ao réu como se esses já houvessem sido condenados definitivamente pelo Poder Judiciário. (MELLO, 2019, online).

Conforme Toffoli (2019), Ministro presidente da Corte, argumentou que o legislador, representante do povo, ao tratar da prisão no artigo 283 do CPP, quis estabelecer o momento para essa, após o trânsito em julgado. Ainda segundo Toffoli (2019, online), “Sempre votei no sentido da deferência ao parlamento. Nesse texto, temos que o parlamento pediu a necessidade do trânsito em julgado. Não é um desejo do juiz, é de quem foi eleito pelo povo brasileiro”. O Ministro entende que a Constituição Federal não admite dúvidas quanto a culpa do réu no momento de seu encarceramento, não bastando apenas a sua probabilidade, como ratifica Fernando Capez: “se todos se presumem inocentes, cabe ao Estado provar sua culpa primeiro (no sentido de culpabilidade) e, só então, exercer seu *jus puniendi*” (CAPEZ, 2020, online).

Acredita-se que ao se proibir o cumprimento provisório da pena, tal decisão colocaria réus perigosos nas ruas ou deixaria de prender indivíduos ameaçadores da paz social, mas nesse sentido Guilherme de Souza Nucci discorda veementemente:

Vamos cessar as inverdades. Deixar de executar a pena após a decisão de 2ª instância não resultou em evento absolutamente injusto. É mentira que vários criminosos iriam para a rua. Os perigosos já estão presos preventivamente. Quem é primário, sem antecedentes, sem periculosidade, não precisa “cumprir pena” antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Quem é perigoso, estará preso preventivamente e a sociedade, garantida (NUCCI, 2019, online).

O que o insigne doutrinador basicamente afirma é que ao se proibir o cumprimento provisório da pena não afasta a possibilidade das prisões processuais, em face de criminosos perigosos à sociedade, pois estes poderão ser presos com base nos requisitos dos artigos 312 do CPP, e artigo 1º da Lei de Prisão Temporária nº 7.960/89 (BRASIL, 1989).

3.2 Argumentos Favoráveis ao Cumprimento Provisório da Pena

A Ministra Carmem Lúcia criticou a decisão do Plenário dizendo que “Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade. Os que mais contam com essa certeza, ou com essa crença, não são os mais pobres” (ROCHA, 2019, online). A declaração da Ministra foi no sentido de ressaltar não só a sensação de impunidade, mas a certeza, pois aqueles réus que tiverem condições de

custear uma boa defesa, usarão os meios recursais de forma abusiva, prolatando o cumprimento da pena, até que se consiga vê-la prescrita.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux que relembrou casos emblemáticos, entre eles o do ex-jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves que matou a namorada, assim asseverou:

Perpassam pela lógica razoável de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução. Matou pelas costas, confessou crime e só foi preso 11 anos depois. O direito não pode viver apartado da realidade. Isso é justiça? Será que é essa a Justiça que se espera de um tribunal? Vamos contemplar e só depois iniciar a execução de pena? (FUX, 2019, online).

O Ministro acredita, assim como em outros direitos, não haver absolutismo, dessa forma a presunção de inocência é relativa. Que no início do processo, o réu tem a presunção de inocência em sua plenitude, mas que no decorrer da fase instrutória, após o magistrado analisar os fatos e as prova, bem como o tribunal confirmar a condenação a presunção que até então era de inocência, se torna de culpa. Em suma, “O que a Constituição quer dizer é: até o trânsito em julgado, o réu tem condições de provar sua inocência. À medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma gradação” (FUX, 2019, online).

O doutrinador e também Ministro, Alexandre de Moraes compartilha do mesmo entendimento com relação a relativização dos direitos fundamentais e corroborando com o disposto anterior, assim asseverou:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAIS, 2020, online).

De acordo com Barroso (2019), em seu voto, salientou que enquanto vigorou a proibição do cumprimento provisório da pena ocorreu, por parte de defensores, uma incontável apresentação de recursos. Acrescentou ainda, trazendo dados sobre o sistema carcerário brasileiro, fornecidos pelo Departamento Penitenciário Brasileiro – DEPEN, contrariando o argumento do Ministro Lewandowski, que não só o índice de encarceramento diminuiu no Brasil, mas o número de prisões provisórias. “Isso demonstra que a nova orientação não agravou o problema do encarceramento e pode

indicar que os tribunais de apelação passaram a ser mais cauteloso e os juízes de primeira instância passaram a decretar menos prisões provisórias” (BARROSO, 2019, online).

Os Ministros que votaram a favor da prisão em segunda instância foram: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Ao passo que, os Ministros Marco Aurélio de Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli votaram contra, resultando no provimento das ADCs 43, 44 e 54, conseqüentemente na Constitucionalidade do art. 283 do CPP (BRASIL, 1941) e na proibição da execução provisória da pena após confirmação da sentença penal condenatória pelo juízo *ad quem*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a decisão derradeira do Supremo Tribunal Federal, tornou inconstitucional a prisão do réu após a confirmação da sentença pelo tribunal, com base principalmente no Princípio da Presunção de Inocência. No entanto, não obstante o respeitável entendimento, com a devida vênia, entende-se não ser possível no ordenamento jurídico brasileiro considerar um direito absoluto. Afinal, até mesmo o direito à vida pode sofrer mitigações, quando o Código Penal no art. 128, inciso I, autoriza o aborto necessário para preservar a vida gestante (BRASIL, 1940), ou nos casos de guerra declarada a Constituição Federal no art. 5º, inciso XLVII, alínea A, admitirá a pena de morte nos termos da lei (BRASIL, 1988). Dessa forma, se faz necessário aos aplicadores da lei, na análise do caso concreto, a realização de um juízo de ponderação, determinando qual princípio se sobreporá em relação ao outro. Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência, cerne da discussão, da mesma forma que outros institutos são tratados, não será considerado absoluto.

Ademais, o próprio Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), relativiza o princípio da presunção de inocência, quando prevê a possibilidade de prisão preventiva ou temporária, preenchido os requisitos do artigo 312 do referido código, sem antes passar, ao menos, pela apreciação de um magistrado, ou em alguns casos, antes do término do inquérito policial. Ou seja, se ordenamento jurídico autoriza a prisão em tal fase embrionária do processo, sem que o indivíduo tenha exercido no mínimo o direito à ampla defesa e o contraditório, por que seria inconstitucional o início

da execução da pena após julgamento realizado, primeiramente por um juiz, seguidamente por um colegiado? Sendo assim, entende-se pela constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância, por considerar que o réu no curso do processo na instância ordinária ao recorrer em grau de apelação, invoca além do duplo grau de jurisdição, o princípio da presunção de inocência, pois conforme art. 597 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a apelação tem efeito suspensivo e com isso, o indivíduo, em regra, terá sua liberdade garantida enquanto o tribunal reexamina toda matéria fática, e em seguida, havendo provas suficientes que confirmem a autoria e materialidade, a presunção que até então era de inocência, se torna culpa.

THE POSSIBLE CONSTITUTIONALITY OF PRISON AFTER DAMAGE IN SECOND INSTANCE

Rayan Esperandio Tiengo⁴
Rômulo Rosa Nunes⁵
Me. Luciano Felix⁶

ABSTRACT

The present work aims to analyze the possible constitutionality of the provisional execution of the sentence in the 2nd instance. Since the promulgation of the Citizen Constitution, the issue has been generating divergences, due to an alleged violation of the principle of the presumption of innocence. The possibility of imprisonment after confirmation of the condemnatory criminal sentence by the court, has already been modified three times, between allowing or not, the provisional fulfillment of the sentence, and today, the current understanding of the Supreme Court - the main objective of this work's analysis - is in the meaning that for a citizen to be placed behind bars, the exhaustion of appeals is necessary. Part of the doctrine believes that the constitutional principles cannot be relativized, being necessary its faithful observance for the sake of legal security. On the other hand, there are those who regret the new understanding, because in the Brazilian legal system not even the right to life is considered absolute. In addition, the current format further burdens the judiciary, favoring the bringing in of adventurous appeals whose purpose is only to postpone serving time, making the process even more time-consuming. In short, the great divergence of opinions and arguments is notorious, after all it is one of the most basic principles of the Brazilian legal system, Liberdade. In this sense, the constitutional principles in question, the procedural legislation, as well as the doctrinal divergences in relation to the current understanding of the Federal Supreme Court will be further analyzed.

Keywords: Resource. Verdict. Sentencing. Instance. Constitutional Principles.

⁴ Graduando em Direito. E-mail: rayan.tiengo@gmail.com

⁵ Graduando em Direito. E-mail: romulobm92@gmail.com

⁶ Mestre em Segurança Pública. E-mail: lucfelix5@gmail.com

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; and others. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância. **G1**, Brasília, 07 nov. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Poder executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 1 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de dezembro de 1989**. Prisão temporária. Congresso Nacional, Brasília, DF, 21 dez. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm#:~:text=13.260%2C%20de%202016\)-,Art.,de%20extrema%20e%20comprovada%20necessidade](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm#:~:text=13.260%2C%20de%202016)-,Art.,de%20extrema%20e%20comprovada%20necessidade)>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Pena – execução provisória – impossibilidade – princípio da não culpabilidade. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>>. Acesso em: 8 de abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619184/cfi/416!/4/4@0.00:44.0>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, San José da Costa Rica. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 1 out. 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/cfi/6/26!/4/30/10@0:100>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. O julgamento do STF e as inverdades lançadas na Mídia. **Genjurídico**, São Paulo, 8 nov. 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/11/08/julgamento-stf-prisao-segunda-instancia/>>. Acesso em 8 abr. 2021.