

POSSIBILIDADES DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

KUVIATKOVSKI, Katcilane¹
SCARAVELLI, Gabriela Piva²

RESUMO:

O presente artigo visa analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução provisória da pena de prisão após decisão condenatória em segunda instância e sua repercussão no meio jurídico brasileiro. Além disso, apresentar a interpretação do STF referente à possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória em segunda instância, descrever os princípios constitucionais que estão ligados mais diretamente com a temática. Ainda, analisar se o princípio da presunção de inocência está sendo violado quando a prisão é executada antes do trânsito em julgado, após decisão de segunda instância, tendo em vista a possibilidade de ainda recorrer às cortes superiores.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência, execução provisória da pena, recorribilidade das decisões.

POSSIBILITIES OF PRISON AFTER CONDEMNATION IN SECOND INSTANCE

ABSTRACT:

This article aims to analyze the decision of the Federal Supreme Court on the possibility of provisional execution of the sentence of imprisonment after a conviction in second instance and its repercussion in the Brazilian legal environment. In addition, to present the interpretation of the STF regarding the possibility of provisional execution of the sentence after a conviction in second instance, describe the constitutional principles that are more directly related to the issue. It is also necessary to examine whether the principle of presumption of innocence is being violated when the arrest is carried out before a final decision is taken, in the light of the possibility of still having recourse to the superior courts.

KEYWORDS: Presumption of innocence, provisional execution of sentence, recourse to decisions.

1 INTRODUÇÃO

Em recente decisão, julgamento do HC 126.292/SP e posteriormente confirmado nos julgamentos das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma mudança de paradigma em sua jurisprudência, no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena, autorizando o recolhimento à prisão quando ainda existe a possibilidade de interposição de recurso ordinário e recurso extraordinário, após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado, diferente do posicionamento que mantinha desde 05 de fevereiro de 2009, com a apreciação do HC 84.078/MG, onde a execução da pena era

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz, katcilanekuviatkovski@hotmail.com

² Docente orientadora do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz, gabrielapivapiva@hotmail.com.br

condicionada ao trânsito em julgado até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência impedia a execução da pena confirmada em segunda instância esse artigo delimita-se a análise das referidas decisões.

Nesse contexto, este trabalho buscará analisar esse novo entendimento de nossa Suprema Corte à luz de alguns princípios constitucionais considerados relevantes ao tema, entre eles: o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (inclusive análise do *in dubio pro reo*), o princípio da efetividade do processo, o princípio da proporcionalidade, entre outros.

Por fim, será realizada uma análise na busca de identificar os fundamentos da decisão do STF frente ao Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal, ressaltando os efeitos desse posicionamento na doutrina e jurisprudência brasileira.

2 REFERENCIAL TEÓRICO/DESENVOLVIMENTO

2.1 A PENA DE PRISÃO E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A pena de prisão, no direito moderno, é imposta pelo Estado, ente jurídico e político, que exerce o poder/dever de proteger a sociedade, incluindo nesta o próprio delinquente. A autoridade estatal é exercida por um juiz, cujos poderes são limitados juridicamente pelas regras do processo penal (LOPES JUNIOR, 2012).

O Código de Processo Penal brasileiro admite que a segurança pública está acima da liberdade do acusado, devendo sempre prevalecer o bem maior coletivo em detrimento do individual. Com o advento da Constituição Federal de 1988, as garantias individuais foram salientadas, modificando a forma do processo penal, o qual passa não mais a ser “visto como um simples instrumento do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 34).

Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (LOPES JUNIOR, 2017, p. 35).

Com respeito ao texto constitucional, o cidadão somente será preso após efetiva condenação, respeitando o devido processo legal, conforme prevê o artigo 5º, inciso LVII, da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Esses conceitos estão baseados em princípios basilares do Direito, expressos na Constituição Federal brasileira, dentre os quais, destacam-se alguns princípios que norteiam o Processo Penal brasileiro, quais sejam: princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da inocência ou da não culpabilidade, da humanidade das penas, da efetividade do processo, da proporcionalidade, do *in dubio pro reo*.

2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal surgiu em 1.215, sendo o primeiro ordenamento a fazer menção, a Magna Charta de João sem Terra, mas sem mencionar de forma expressa a locução devido processo legal. Já no Brasil, as constituições nem sempre fizeram previsão, somente surgindo de forma expressa na Constituição Federal de 1988, sendo princípio fundamental, base sobre todos os outros princípios, gênero do qual todos os outros são espécies. (NERY JUNIOR, ABOUD GEORGES, 2017, P.157).

Em nossa Constituição Federal, o princípio do devido processo legal está disposto expressamente no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Citado princípio, assegura proteção ao cidadão, tanto no aspecto material, garantindo o direito à liberdade, quanto no aspecto formal, garantindo a plenitude da defesa em igualdade de condições com o Estado. Trata-se de uma garantia constitucional que assegura às partes um processo judicial legal e conduzido por um juiz natural dotado de independência e imparcialidade (SOARES, 2007).

De acordo com Lopes Junior (2012), há uma íntima relação entre delito, pena e processo, não podendo existir delito sem pena nem pena sem delito e processo, nem processo penal que não seja para determinar um delito e impor uma pena. Nesse sentido, o princípio do devido processo

penal é uma necessidade, sendo a jurisdição penal monopólio do Estado, assim como a instrumentalidade do processo penal.

Segundo Paulo e Alexandrino

O princípio do devido processo legal (*due process of Law*) consubstancia uma das mais relevantes garantias constitucionais do processo, garantia essa que deve ser combinada com o princípio da inafastabilidade de jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV) e com a plenitude do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5.º, LV). Esses três postulados, conjuntamente, afirmam as garantias processuais, como o princípio do juiz natural, a só admissibilidade de provas lícitas no processo, a publicidade do processo, a motivação das decisões (2013, p.184).

Desta feita, tem-se que o princípio do devido processo legal (processo justo) acaba sendo fator de suma importância diante da presunção de inocência, bem como indispensável para a existência de um estado democrático de direito.

2.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e da ampla defesa está previsto no art. 5º, LV da CF/88, que dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

Segundo Di Pietro,

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita (2007, p. 367).

Esses princípios estão relacionados diretamente entre si já que é do princípio do contraditório que se realiza o direito de defesa; por outro lado, somente com a ampla defesa é possível o exercício do contraditório. Sua integração tem como finalidade assegurar a construção de uma sociedade justa e a dignidade da pessoa humana. Para tanto, as decisões judiciais devem respeitar os princípios e dispositivos constitucionais de modo a conferir segurança e efetividade à prestação jurisdicional, o que, por sua vez, requer a existência de instâncias e tribunais superiores

que possibilitem o direito de acesso dos cidadãos à justiça para assegurar seus direitos (RUFINI, 2010).

Assim sendo, o contraditório e a ampla defesa não são apenas meras manifestações das partes nos processos judiciais, mas um meio de garantir o devido processo legal, com possibilidade recursal, conforme prevê o art. 5º, LV, da CF/88.

2.4 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Dentre os princípios relacionados com o tema proposto neste trabalho, podemos destacar o princípio do duplo grau de jurisdição não está previsto de modo específico na CF/88. Esse princípio decorre do próprio sistema constitucional que estabelece a competência dos tribunais para julgar determinadas causas em grau de recurso. A determinação de competência está prevista no artigo 108, II, da CF/88, que afirma competir aos Tribunais Regionais Federais "julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição" (BRASIL, 1988).

Segundo Lopes Junior (2017) tal princípio traz, na sua essência, o direito fundamental de o prejudicado pela decisão poder submeter o caso a outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior na estrutura da administração da justiça.

Ademais, o referido princípio está amparado no parágrafo segundo do artigo 5º, da CF/88, relacionado ao tratado internacional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ao qual o Brasil aderiu por meio do Decreto no 678/92, e que prevê, no artigo 8º, 2, a aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição (SOARES, 2007).

Não há como assegurar o princípio da ampla defesa e do devido processo legal sem garantir a existência de um segundo grau de jurisdição que possa fornecer uma nova análise de cada caso, se necessário. O duplo grau de jurisdição harmoniza-se com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, buscando alcançar as necessidades e finalidades do estado democrático de direito, principalmente quando observamos o índice de reformas de decisões em instâncias superiores (RUFINI, 2010, p. 1).

Para Rufini (2010), a garantia do duplo grau de jurisdição assegura a dignidade da pessoa humana e a criação de uma sociedade mais justa, ao conferir segurança e efetividade à prestação jurisdicional. A existência de instâncias e tribunais superiores confere o direito de acesso à justiça a todos os cidadãos.

2.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE

Até que se esgotem todos os recursos judiciais, inclusive recurso extraordinário e especial o condenado, não é culpado da prática do delito. Esse entendimento decorre do princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade, implícito no art. 5º, LVII, da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

De acordo com Lopes Junior (2012, p. 238), a presunção de inocência é “o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”. Decorre esse princípio da jurisdicionalidade, já que a jurisdição é atividade necessária para a obtenção das provas do delito e, enquanto essas provas não são produzidas no decorrer do processo penal, ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Assim sendo,

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente) (LOPES JUNIOR, 2012, p. 239).

A presunção de inocência foi tratada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no artigo 9º, que afirmava: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado”. Essa garantia foi reafirmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, no artigo XI, com o seguinte teor: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (PEREIRA, J.M e PEREIRA, D.M, 2013, p. 1).

Nesse sentido corroborou o Supremo Tribunal Federal (STF), na decisão proferida no Habeas Corpus nº 89.501, de 2006:

O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. (BRASIL, 2006).

Nesse contexto, da análise do princípio em estudo, decorre o entendimento de que “o julgador está jungido a considerar como maus antecedentes apenas as condenações anteriores ao crime que tenham transitado em julgado”. (NERY JUNIOR, 2017, p. 223).

Desta forma, sem sombra de dúvidas pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência é um dos mais importantes princípios da nossa constituição, assim, a todo individuo, é garantido, que quando acusado de cometer infração penal, poderá responder em liberdade, podendo apenas sentir os efeitos da lei, após um processo justo, com uma decisão transitada em julgado.

2.6 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS

O princípio da humanidade das penas traz em seu conceito o respeito à pessoa humana, à dignidade humana, e tem a finalidade de legitimar a atividade estatal. Está previsto no texto constitucional no artigo 5º, em diversos dispositivos.

Nesse sentido o inciso III dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e tem ligação com o artigo 1º da Lei 9.455/97, que define o que é tortura. Está ligado ao direito à vida. Já o inciso XLVI prevê a individualização da pena adotando outras medidas além da restrição de liberdade; o inciso XLVII refere-se à vedação das penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, ou cruéis; o inciso XLVIII prevê que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; o inciso XLIX assegura o respeito à individualidade e integridade física e moral dos presos; e o inciso L assegura às presidiárias condições para que permaneçam com seus filhos durante o período da amamentação, mostrando um caráter eminentemente humanitário, desdobramento do inciso XLV, que afirma que a pena não pode passar da pessoa do réu (BRASIL, 1988).

O princípio de humanização das penas foi destacado por Cesare Beccaria, na obra “Dos Delitos e das Penas”, ocasião em que o autor demarcou a importância de se garantir as liberdades no Direito, restringindo a penalização ao máximo, para evitar prisões desnecessárias. Beccaria chama a atenção dos magistrados para a observação de diversos princípios ao decidir pela condenação, entre eles, o princípio da proporcionalidade, da racionalidade, da legalidade e da limitação das penas à sua necessidade, que estão, segundo ele, inseridos no princípio da humanidade. A evolução de um

Estado é demonstrada pelas penas brandas, segundo o autor, que preleciona: “Sejam, pois, inexoráveis as leis, inexoráveis os seus executores nos casos específicos; mas seja brando, indulgente, humano o legislador; sábio arquiteto, faça surgir o seu edifício sobre a base do próprio amor” (BECCARIA, 2004, *apud* COSCRATO, 2012, p. 18).

Assim, vemos que o princípio da humanidade das penas, nada mais é jungido que decorrência lógica do artigo 1º, III da Constituição Federal, fundamento da dignidade da pessoa humana.

2.7 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Outro princípio importante para a melhor compreensão do tema é princípio da efetividade do processo que nos traz a premissa de que o processo penal não se atenha a formalidades excessivas enquanto atua de forma concreta e efetiva em prol do direito material. O processo “deve ser coeso, conciso, direto, eficaz e eficiente”, representando o anseio do cidadão pelo ideal de justiça (AMORIM, 2010, p. 6).

A efetividade do processo está prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88, que afirma: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de suas tramitações”. O texto foi incorporado à Constituição Federal pela Emenda EC nº 45/2004, que assegura o direito a tutela adequada e efetiva do processo (BRASIL, 2004).

O devido processo legal deve obedecer às normas e formalidades previstas na lei, mas não se mostra estático, ao contrário, é dinâmico e deve estar em harmonia com o princípio da instrumentalidade do processo, visando garantir ao cidadão a adequação substantiva do direito em debate, de modo que alcance a efetiva igualização das partes no debate judicial garantindo o acesso à justiça, elemento indispensável ao para se alcançar a efetividade do processo (AMORIM, 2010).

Desse modo, considerando que não basta o direito de acesso à justiça, mas também a garantia de resolução da ação, pode-se afirmar que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” (BEDAQUE, 2007, *apud* AMORIM, 2010, p. 13).

2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade proteger o indivíduo de intervenções estatais desnecessárias ou excessivas. Está implícito nos “direitos fundamentais enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado e para consecução dos seus fins” (RABELO, 2009, p. 1).

Embora não conste do texto constitucional, o princípio da proporcionalidade foi consagrado pela jurisprudência a partir de 1993 pelo Supremo Tribunal Federal. É possível extrair esse princípio do “Estado Democrático de Direito” que comporta um juízo de ponderação entre interesses individuais e coletivos e o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Nele também está implícita a referência ao princípio da razoabilidade, e implica em analisar a adequação, necessidade e proporção de uma pena, buscando equilibrar as exigências do indivíduo com as da sociedade.

Citando Alexy (2001, apud RABELO, 2009, p.1), “necessidade, adequação e proporcionalidade são ‘parcelas’ do princípio da proporcionalidade”, sendo que a necessidade direciona o peso de um princípio em determinada situação, valorando-o; adequação possibilita aplicar um princípio a uma situação para a qual ele se adéqua; e proporcionalidade indica, no sentido estrito, em que situação os ganhos devem superar as perdas.

Nessa perspectiva, a proporcionalidade é o elemento disciplinador do limite do poder estatal. No Direito Penal o princípio da proporcionalidade indica qual a devida proporção que deve ser guardada entre a sanção penal e a gravidade do fato, levando em conta a dignidade da pessoa humana e a exigência por justiça (GOMES, 2003).

2.9 PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Por fim, destacamos que o princípio do *in dubio pro reo* deriva do princípio da presunção de inocência, mas incide no momento do julgamento do réu pelo magistrado enquanto a presunção de inocência persiste por todo o curso do processo.

Conforme Pereira e Pereira (2013), o acusado é presumido inocente e, para que seja imposta uma sentença condenatória é necessário que se prove sua culpa pelo acusador. Se subsistir dúvida razoável para demonstração da culpa, prevalece a inocência presumida restando a absolvição do réu.

Nesse contexto Lopes Junior (2017), ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução de incerteza judicial, o princípio *do in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusado e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada).

O princípio do *in dubio pro reo* tem relevância no processo penal, pois na hipótese de duas interpretações deve-se optar pela mais benéfica ao réu, ocorrendo dúvida sempre beneficia-se o réu. (CAPEZ, 2015, P, 80).

2.10 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA IMPLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

O julgamento do HC 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal, com maioria dos votos (7 a 4), modificou a visão da jurisprudência a respeito da possibilidade de execução provisória da pena. A matéria não era alterada desde 2009, quando o próprio STF julgou o HC 84.078. Referido julgamento discutiu a legitimidade de ato do TJ/SP que negou provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinando o início da execução da pena. Essa decisão foi confirmada pelos ministros do STF no sentido de que a execução da pena é possível após decisão condenatória reafirmada em segunda instância (MIGALHAS, 2016).

Na decisão anterior, julgamento do HC 84.078/2009, o entendimento do STF por meio do relator Ministro Eros Grau era de que, enquanto estivesse pendente qualquer recurso da defesa, prevalecia o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade) em conformidade com o artigo 5º, LVII, da CF/88. Igual compreensão já vingava anteriormente, como se observa em decisão do HC 89.501, quando o Ministro Celso de Mello considerou que:

O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade (BRASIL, 2006).

Desse modo, o réu não poderia ter o cumprimento da pena executado por ser presumivelmente inocente, enquanto não houvesse trânsito em julgado para a acusação e para a defesa. Não se falava em execução provisória da pena, todavia o condenado poderia ser preso se estivessem presentes os pressupostos necessários para a prisão preventiva (art. 312, do CPP), medida esta cautelar.

Cabe aqui um aparte para explicar sobre essas espécies de prisão. No Direito Penal brasileiro existem possibilidades de que, embora não tenha ocorrido o trânsito em julgado, o réu pode ser preso, como nos casos da prisão cautelar, que possui três espécies: prisão em flagrante; prisão preventiva; e prisão temporária. Esses tipos de prisão, em regra, servem para restringir a liberdade do réu quando sua locomoção colocar em risco interesses maiores (CASTRO, 2016).

A prisão preventiva é permitida, segundo Castro (2016), em prol de um bem maior, e pode ser executada de duas formas: pela decretação da prisão temporária (cf. Lei 7.960/89); e pela decretação de prisão preventiva, de acordo com o texto do artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 1941).

Assim, conforme o artigo 312 do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada se “existir prova da existência do crime e de indício suficiente de autoria (*fumus boni iuris*)” (CASTRO, 2016, p. 1).

Já a prisão provisória, como antecipadora da pena, não era aceita doutrinariamente a não ser em casos muito específicos, por se tratar de uma medida cautelar estrita, acessória e emergencial, que serve a assegurar o processo principal, a instrução criminal e o processo inquisitório. Como

medida cautelar, não fere a presunção de inocência e só é cabível quando for admissível a prisão preventiva, sendo necessário que o juiz analise os pressupostos da prisão preventiva, a materialidade do delito *fumus delict* e sua autoria. “Se não houver prova da materialidade do crime, não poderá se decretar a prisão preventiva e, quanto à autoria, é necessário apenas indícios da mesma” (BARATA, 2006, p. 1).

Na decisão do HC 126.292, de fevereiro de 2016, o relator Ministro Teori Zavascki, seguido por maioria dos ministros, considerou que:

[...] a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. [...] a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena (BRASIL, 2016).

O entendimento do STF é de que, enquanto não for confirmada sentença penal na segunda instância, presume-se a inocência do réu. Contudo, após a decisão de segunda instância, o princípio da não culpabilidade resta exaurido, já que a discussão de fatos e provas já foi realizada, não restando senão matéria de direito a ser analisada em instâncias superiores. Ou seja, já foi concluído o processo probatório, tendo o réu já comprovada responsabilidade criminal no delito cometido. Salientou ainda o Ministro Teori Zavascki o que a ex-Ministra Ellen Gracie já havia reconhecido no julgamento do HC 85886, que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte” (BRASIL, 2016).

A decisão do STF gerou polêmica entre os doutrinadores e a jurisprudência. De acordo com Silva (2016), a decisão do STF passa por cima das garantias constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, constantes na Convenção Americana sobre Direitos Humano (Pacto de São José da Costa Rica). A mudança de entendimento da Corte gera antagonismo em uma concepção já pacificada pela doutrina e restringe direitos já assegurados no ordenamento jurídico brasileiro. As consequências dessa decisão, segundo o autor, atingem diretamente o direito da presunção de inocência e da não culpabilidade que devem ser assegurados em sua totalidade, não parcialmente. A decisão traz o temor de perda de direitos, já que o que valia ontem não mais vale atualmente.

A Revista Consultor Jurídico trouxe também opiniões contrárias de diversos juristas a respeito do assunto, afirmando que a decisão do STF fere os princípios constitucionais, em especial o da presunção de inocência e provoca a inversão do ônus da prova. Por outro lado, opiniões de juristas favoráveis à decisão mostram que a execução da pena antes do trânsito em julgado não

inverte o ônus da prova, apenas estabelece que a presunção de inocência deixa de valer após a condenação em segunda instância (CONSULTOR JURÍDICO, 2016).

Em 5 de outubro de 2016 o STF confirmou seu entendimento sobre a HC 126292 e indeferiu liminares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44 que alegavam controvérsia jurisprudencial do princípio de presunção de inocência e do artigo 283 do CPP. Contudo, a análise do artigo 283 do CPP mostra que o princípio da presunção de inocência não é violado quando a prisão é executada antes do trânsito em julgado, tendo passado pela segunda instância, vindo de encontro às mudanças necessárias que a sociedade impõe ao Direito Penal diante do uso protelatório da máquina judiciária (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, Capez (2016), afirma que as novas interpretações que o Judiciário dá a determinadas normas tem o sentido de alterar o seu alcance. A mutação constitucional deve ser adaptada às mudanças que ocorrem na sociedade. A excessiva demora na execução da pena devido às possibilidades recursais produz o alargamento abusivo dos recursos, recursos estes que nem todos conseguem alcançar e que visam postergar a aplicação da pena, e que trazem a sensação de injustiça para a sociedade.

A decisão do STF não é vinculante, já que considera um caso específico, contudo, a jurisprudência brasileira já tem se valido desse novo posicionamento para adotar a sentença condenatória confirmada em segunda instância. É o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que decidiu por em prática a solução apontada pelo STF, através do processo nº1175688-8/01 (acórdão), onde na primeira instância, um advogado foi condenado pela prática do crime de peculato a 18 anos e 11 meses de prisão a ser cumprido em regime fechado e em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Paraná aumentou o tempo de detenção para 22 anos, oito meses e 10 dias de prisão após recurso do Ministério Público estadual e de ofício, determinou o início imediato do cumprimento da pena, justificando sua decisão na mudança de entendimento no STF. (BRASIL, 2017).

Segue ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade, em: a)-desprover os embargos do réu José Ary Nassif e dar provimento aos embargos do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ; b)-de ofício, determinar seja expedido, de imediato, por este Tribunal (Seção Criminal), mandados de prisão dos réus JOSÉ ARY NASSIF E CLÁUDIO MARQUES DA

SILVA, Iniciando-se a execução provisória da pena, com recolhimento da Penitenciária Estadual de Piraquara, e, se tiverem curso superior, no Complexo Médico Penal daquela instituição; também incontinênti, deverá ser comunicado o Juiz de Direito de Execuções do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, para a formalização do processo de execução provisória, a quem deverão ser encaminhadas as peças processuais necessárias. EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO RÉU JOSÉ ARY NASSIF. INSURGÊNCIA RECURSAL QUE ALEGA IRREGULARIDADE PRESENTE EM ACÓRDÃO DESTA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA, NA DECISÃO ATACADA, DE QUALQUER DOS VÍCIOS QUE AUTORIZARIAM A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OUTROSSIM, QUESTÕES SUSCITADAS DEVIDAMENTE ANALISADAS NO ARESTO. EMBARGOS DESPROVIDOS. Para a oferta de declaratórios, mister a existência, na decisão atacada, de qualquer dos vícios que autorizariam a oposição dos embargos de declaração, a saber: ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL NO CÁLCULO DAS PENAS DOS RÉUS. NECESSIDADE DE CORREÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS, COM DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, DE IMEDIATA PRISÃO DOS CONDENADOS PARA FINS DE EXECUÇÃO DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO PROCLAMADO PELO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO JULGAR O HABEAS CORPUS 126.292-7. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 126.292-7, Relator o Ministro TEORI ZAWASKI, entendeu que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Para ele, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, B exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Acrescente-se que a imediata prisão pode ser declarada em qualquer grau de jurisdição, de ofício, ao depois do julgamento confirmatório da sentença pela segunda instância. I. (Brasil, 2017)

Resta refletir sobre as implicações da decisão do STF sobre a doutrina e jurisprudência brasileiras, especialmente com relação à forma de interpretação do texto constitucional e das garantias individuais de liberdade, de dignidade humana, bem como, do respeito aos princípios basilares do Direito brasileiro. Tendo em vista que a Constituição Federal é a Carta Magna que rege todas as demais legislações, evidencia-se a necessidade de se rever o Código de Processo Penal, propondo mudanças que tornem o processo mais célere, com impedimentos a ações meramente protelatórias, mas sem que sejam retirados os direitos das pessoas, inclusive o de recorrer da sentença condenatória em liberdade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das mudanças que a sociedade vem enfrentando nos últimos anos, em que se tem usado de artifícios processuais para recorrer em recursos especial ou extraordinário com a clara intenção de prolongar o processo e a penalização (recursos meramente protelatórios), a Suprema Corte decidiu que a prisão provisória pode ser executada após a decisão condenatória em segunda instância, em julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292, de 05 de outubro de 2016 e posteriormente confirmou nas ADCs 43 e 44, cuja discussão já vinha desde fevereiro do corrente ano.

Esse parecer tem levantado polêmica no meio doutrinário, já que a influência dessa decisão pode levar outros tribunais a acatarem o mesmo procedimento, correndo-se o risco de se comprometer o processo penal e o direito do réu à ampla defesa e ao contraditório. A discussão do assunto tem induzido à interpretação de que a execução provisória é a quase certeza da culpabilidade do réu, já que ao sujeito ainda há possibilidade para continuar recorrendo às instâncias superiores, demonstrando a incerteza da totalidade da culpa.

A pena é consequência derivada da análise do processo penal em que o sujeito é considerado culpado pelo delito praticado. No Brasil, por força da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LVII, ninguém pode ser considerado culpado até que se deem os trâmites finais do julgamento que condena o sujeito, ou seja, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tendo em vista que a penalização só pode ocorrer com o trânsito em julgado, a defesa do réu pode recorrer a diferentes instâncias, exercendo assim o princípio do duplo grau de jurisdição e, com o novo entendimento do STF, referido princípio estará sendo afrontado, haja vista que pessoas sentenciadas nos juízos monocráticos, com sentenças confirmadas pelos Tribunais de Justiça ou por Tribunais Regionais Federais, ainda possuiriam o direito de interpor recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal em liberdade.

O entendimento geral era de que o réu somente poderia ser preso em circunstâncias especiais, a saber: em flagrante delito e em prisão cautelar (prisão preventiva ou temporária), observando-se, sempre, o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal. Esse era também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) referente à interpretação do texto legal. Dessa maneira, não se cogitava executar a pena antes que se esgotassem todos os recursos processuais, garantindo assim o direito à liberdade, obedecendo ao princípio do devido processo legal.

A meu ver a Constituição Federal ao elencar o princípio da presunção de não culpabilidade, bem como os outros já explanados, reforça a regra geral da liberdade, afinal prisão e confinamento serão cabíveis somente após a sentença penal condenatória transitada em julgado, constituindo, portanto princípios fundamentais do Estado democrático de Direito.

É sabido que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional formam cenário fático não compatível com a Constituição Federal e, com os princípios da humanidade das penas e da dignidade da pessoa humana, os quais restringem a penalização ao máximo, para evitar prisões desnecessárias, a ofensa a esses princípios fundamentais resulta em uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos do Poder Público, que não garante número de vagas prisionais suficientes para o tamanho da população carcerária, transformando-as em “verdadeiros infernos dantescos”, com celas superlotadas, insalubres, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, ausência de assistência judiciária adequada. Sem contar o domínio de facções criminosas geradas dentro do sistema carcerário brasileiro.

Outro ponto relevante é a mistura, que ocorre nos presídios, entre presos com graus diferentes de periculosidade, provisórios e condenados, o que torna impossível a ressocialização, contribuindo para o aumento das taxas de reincidência, tornando os presídios em verdadeiras escolas do crime, principalmente para os que poderão ser absolvidos em um dos recursos possíveis após a condenação em segunda instância.

É destacável que outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória, e que com a mudança de posicionamento da Suprema Corte, só tende a aumentar.

Um dos motivos para essa realidade é essa banalização da adoção da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, demonstrando uma cultura do encarceramento no país.

Se o país clama por medidas mais severas e por celeridade processual, o caminho não é esse, afrontando a Constituição. Se, não se pode mitigar direito fundamental por meio do poder reformador, quem dirá através do poder judiciário, o que resulta em verdadeiro contrassenso.

Nada obstante a sensação de injustiça que a conclusão possa causar, a solução legal não é afronta à Constituição. Questões de direito se resolvem com argumentos de direito e não com opiniões pautadas nas convicções pessoais e em tendências jurídicas. Não se pode emprestar ao texto constitucional significado que o próprio texto não comporta para satisfazer o senso de justiça

desse ou daquele, pois ao STF, Carta Maior, cabe zelar pela integridade da Constituição Federal resguardando os princípios e fundamentos alicerces do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, T. S. **O princípio da efetividade do processo e as tutelas de urgência**. 2010. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2590/2281>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BARATA, M. C. **A prisão provisória diante da possibilidade de um regime aberto**. 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=462&idAreaSel>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 89.501/GO**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 dez 2006. Publicação/Fonte: DJ de 16 mar 2007.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. 17 de fevereiro de 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 05 de outubro de 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Câmaras criminais do TJAM seguem entendimento do STF sobre prisão após confirmação em segunda instância**. 08 novembro de 2016c. <http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8622:camaras-criminais-do-tjam-seguem-entendimento-do-stf-sobre-prisao-apos-confirmacao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CAPEZ, F. **Presunção de inocência e prisão antes do trânsito em julgado**. Vídeo aula publicado em 15 de jul. de 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ovRrY6avN2k>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

CASTRO, L. **Prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária – distinções**. 2016. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/313428773/prisao-em-flagrante-prisao-preventiva-e-prisao-temporaria-distincoes>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. **Permitir prisão após segunda instância é mudar irregularmente a Constituição**. Conjur, 8 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-08/permitir-prisao-grau-mudar-irregularmente-constituic>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

COSCRATO, N. M. **O princípio da humanidade das penas e a execução penal no estado democrático de direito**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Ribeirão Preto, SP: 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/monografias/TCC_Nathlia_Coscrato_sem_correes.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, M. G. M. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T (Org). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

LIMA, L. F. L.; NASCIMENTO, T. R. M. **O princípio do *in dubio pro réu* e a sua aplicabilidade pelos magistrados**. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-do-in-dubio-pro-reu-e-a-sua-aplicabilidade-pelos-magistrados,35333.html>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGALHAS. Julgamento histórico: **STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância**. Migalhas [online], 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

NUCCI, G. S. **Manual de processo penal e execução penal**. 5 ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, J. M.; PEREIRA, D. M. **O princípio constitucional da presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e a aplicação do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13622&revista_caderno=22>. Acesso em: 09 nov. 2016.

RABELO, G. M. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em 05 nov 2016.

RUFINI, E. H. **Acesso às instâncias superiores nem sempre é possível.** Revista Consultor Jurídico, 29 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-29/pratica-acesso-instancias-superiores-nem-sempre-possivel>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

SILVA, André José Ribeiro da. **Execução de pena em segunda instância: restrição do princípio da presunção de inocência e não culpabilidade.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17481>. Acesso em nov 2016.

SOARES, C. D. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro.** 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13593-13594-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson, ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro, Curso Completo,** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal,** 14ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado,** 10ª edição, São Paulo, Editora Método LTDA, 2013.

BRUGNEROTTO, Rafael Cristiano. **Ações penais constitucionais,** 3ª edição, Florianópolis, Editora Empório do Direito, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal,** 22ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2015,