

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
FERNANDA GONZAGA DE OLIVEIRA ARRIEL**

**A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA**

**RUBIATABA/GO
2020**

FERNANDA GONZAGA DE OLIVEIRA ARRIEL

**A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista em Direito, Gláucio Batista da Silveira.

**RUBIATABA/GO
2020**

FERNANDA GONZAGA DE OLIVEIRA ARRIEL

**A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista em Direito, Gláucio Batista da Silveira.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 29 / 09 / 2020

Especialista em Direito Gláucio Batista da Silveira
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre em Direito Danillo Ferraz Nunes da Silva
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre em Direito Edilson Rodrigues
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico esse trabalho aos meus familiares que durante todo o curso deram o apoio e souberam ter paciência para que este objetivo se concretizasse, ao meu esposo que de maneira direta foi meu alicerce e incentivador para que alcançasse o final desta pesquisa, e, ao meu orientador Professor Gláucio Batista da Silveira pela assistência.

AGRADECIMENTOS

Cumpri-me fazer os devidos agradecimentos aos familiares, colegas e professores que no período de construção deste trabalho me acompanharam, incentivaram e foram compreensivos. Deixo meu obrigada em especial aos que seguem:

Primeiramente a Deus, que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo da minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que me orientou em todos os momentos, agradeço pelo dom da vida renovada, a cada adversidade que surge e nossos sonhos que se concretizam.

Aos meus pais, Carlos Gonzaga Arriel e Maria Aparecida Bernades de Oliveira, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Agradeço pelos sacrifícios feitos, que eu sei que não foram poucos, para que eu pudesse estudar. A eles serei eternamente grata.

Ao meu esposo Wanderson Sales, por toda paciência, carinho, amor e compreensão para comigo. Obrigada por sempre acreditar em mim, incentivar e estar ao meu lado em todos os instantes. Agradeço pelos inúmeros momentos de colaboração, essenciais para vencer os obstáculos que envolveram este estudo. Dedico a você este trabalho e todo meu amor.

A minha irmã Beatriz de Oliveira Arriel, pelas conquistas compartilhadas e pelos momentos de união e cumplicidade.

Aos advogados do escritório Nalim Cunha e Duvalier Advogados Associados, na pessoa da Dra. Nalim Cunha, Dr. Hélio Duvalier e Dra. Claudiane Teixeira, gostaria de agradecer imensamente pela oportunidade que tive de aprender e aprimorar meus conhecimentos além da experiência que pude adquirir ao estagiar com uma equipe maravilhosa e por todo crescimento que obtive. Agradeço também por flexibilizarem os horários para meus estudos. Desejo que vocês permaneçam nesse caminho de sucesso e que continuem a realizar as suas metas profissionais.

A todos os professores, e em especial ao meu orientador, o professor Gláucio Batista da Silveira, que com toda sua experiência e conhecimento direcionou meus estudos, orientando para a conclusão desse trabalho através de toda sua sapiência profissional jurídica.

EPÍGRAFE

“Tem fé no Direito como melhor instrumento para convivência humana; na Justiça, como destino moral do Direito; na paz como instrumento benevolente da Justiça e, sobretudo tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz”. (Eduardo Couture).

RESUMO

Essa monografia tem como tema: A Prisão em segunda instância frente o princípio da presunção da inocência. Este estudo focou tanto no Direito Constitucional quanto Processo Penal. Assim, o âmbito de estudo dessa pesquisa vai abordar as diferentes análises e decisões do STF no decorrer dos anos. E se tal execução viola o princípio da presunção da inocência. Foi criada a seguinte problemática: a prisão em segunda instância viola o princípio de presunção da inocência? Assim a finalidade desse trabalho é esclarecer se a prisão em segunda instância está de acordo com o princípio da presunção da inocência, e para isso, o objeto geral consiste em analisar se a prisão em segunda instância violaria os direitos fundamentais do indivíduo frente aos art. 283 do Código de Processo Penal e art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal atribuindo o princípio da presunção da inocência. O método de abordagem escolhido para esse trabalho foi à pesquisa dedutiva. Esse método de pesquisa ajudará na investigação do tema supracitado, e ao final a problemática seja sanada. Essa monografia foi constituída a partir de três capítulos. Os principais resultados são: a Constituição de 1988 que reservou em seu bojo a preocupação com as prisões, por ela, a pessoa somente poderá ser presa após o trânsito em julgado, ademais, o STF também reconheceu que não pode ter prisão em segunda instância

Palavras-chave: Inocência. Presunção. Prisão. Segunda Instância.

ABSTRACT

This monograph has as its theme: The Prison in second instance facing the principle of the presumption of innocence. This study focused on both Constitutional Law and Criminal Procedure. Thus, the scope of study of this research will address the different analyzes and decisions of the STF over the years. Moreover, if such execution violates the principle of the presumption of innocence. The following problem was created: does the second instance arrest violate the presumption of innocence? Thus the purpose of this work is to clarify whether the second instance arrest is in accordance with the principle of the presumption of innocence, and for that, the general object is to analyze whether the second instance arrest would violate the individual's fundamental rights under art. 283 of the Criminal Procedure Code and art. 5, item LVII of the Federal Constitution attributing the principle of the presumption of innocence. The approach method chosen for this work was deductive research. This research method will help in the investigation of the aforementioned theme, and in the end, the problem is resolved. This monograph was built from three chapters. The main results are: the 1988 Constitution reserved in its core the concern with the prisons, for it, the person can only be arrested after the transit in res judicata; in addition, the STF also recognized that it could not have prison in second instance.

Keywords: Innocence. Presumption. Prison. Second Instance.

Traduzido por Luciana de Freitas Borges Baptista, Graduada pela PUC em Letras Português-Inglês e Especialista em linguística aplicada pela UFG.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DEPEN	Departamento Penitenciário
LEP	Lei de Execução Penal
Nº	Número
RESE	Recurso em Sentido Estrito
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

§ Parágrafo

% Porcentagem

SUMÁRIO

1	Erro! Indicador não definido.	
2	Erro! Indicador não definido.	
2.1		14
2.2		16
2.3		18
2.4	Erro! Indicador não definido.	
3		23
3.1		25
3.2	Erro! Indicador não definido.	
3.3	Erro! Indicador não definido.	
4	Erro! Indicador não definido.	
4.1	Erro! Indicador não definido.	
4.2	Erro! Indicador não definido.	
4.3	Erro! Indicador não definido.	
4.4	Erro! Indicador não definido.	
5	Erro! Indicador não definido.	

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 concedeu ao STF o papel de “guardião da constituição”, ou seja, cabe a Corte Maior a interpretação de seu texto ou ato normativo, proferindo decisões, de que tal texto ou ato está condizente com Carta Magna. Decisões estas chamadas de jurisprudência. (ROCHA, 2012).

Com isso, a Jurisprudência tem progredido cada vez mais no Brasil, de forma que o direito contemporâneo se tornou imprescindível na vida da sociedade, já que a Legislação está sujeita a diferentes interpretações e o Poder Legislativo encontra-se decadente ao acompanhar os avanços sociais e culturais. (BRITTO, 2017).

No entanto, surgem divergências quando o Pretório Excelso ao fazer a interpretação do texto constitucional e vincula critérios pessoais a toda sociedade. A Carta Magna assegura o princípio da Presunção de inocência em seu texto normativo e da leitura seca do texto constitucional no que dispõe o artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo um dos princípios basilares do Direito Processual Brasileiro, necessário para a manutenção do Estado democrático de direito.

O tema dessa monografia é: A Prisão em segunda instância Frente o Princípio da presunção da Inocência, que tem o objetivo de analisar a prisão na segunda instância no Brasil a partir do ordenamento vigente. Posto isto, a área de concentração do trabalho será o direito Penal e Constitucional. Acerca da esfera em que se pretende desenvolver esse estudo, a pesquisa vai abordar as diferentes análises e decisões do STF no decorrer dos anos.

Busca-se analisar se as execuções transgrediram o princípio da presunção da inocência. Posto isto, delimitou-se a investigação no território brasileiro. Cabe enfatizar que não é interesse do trabalho observar as questões sociais, econômicas, ou políticas sobre a temática. No que tange o lapso temporal a pesquisa se baseará após a Constituição Federal de 1988.

Baseado nisso, a monográfica lançou a seguinte problemática: a prisão em segunda instância viola o princípio de presunção da inocência? Posto isto, a hipótese do trabalho é de que a prisão em segunda instância trata-se de uma análise sumária de provas contra o Promovido que culminam em um resultado, antecipando uma pena provisória.

Ante exposto, contrapõe-se ao princípio da presunção de inocência prevista no art. 5, inciso LVII da Constituição Federal, princípio este considerado cláusula pétrea sendo inexorável como todos os direitos fundamentais do indivíduo.

Portanto, será analisada a prisão em segunda instância violaria os direitos fundamentais do indivíduo frente aos art. 283 do Código de processo Penal e art. 5, inciso LVII da Constituição Federal atribuindo o princípio da presunção da inocência. E as diferentes interpretações do STF votadas no decorrer dos anos.

É objetivo deste trabalho ainda compreender a realização do processo de prisão em segunda instância, analisar os aspectos do princípio da presunção de inocência, identificar a legitimidade do STF para interpretação da constituição, confrontar a execução provisória de condenações criminais em relação ao princípio da não culpabilidade.

Objetivamente é uma interpretação lógica da leitura do texto. No entanto a interpretação é uma análise subjetiva sujeita a diferentes significados, para variadas pessoas. O método de abordagem escolhido para esse trabalho foi à pesquisa dedutiva a partir dos apontamentos gerais sobre a prisão pretende-se chegar aos resultados quanto a prisão em segunda instância. Assim, por meio de um estudo bibliográfico pretende-se demonstrar os resultados ao final dessa abordagem. Esse método de pesquisa ajudará na investigação do tema supracitado, e ao final a problemática seja sanada.

Assim, esse trabalho pretende realizar uma abordagem no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e na Constituição Federal de 1988. É importante mencionar que o trabalho se baseará nas decisões da Corte sobre a prisão em segunda instância no Brasil. Logo, essa monografia analisará os diversos argumentos firmados por ministros e juristas com escopo de compreender qual seria o melhor entendimento em relação à prisão em segunda instância e o princípio da presunção de inocência.

Sobre a divisão da monografia, ela será elaborada com três capítulos, considerando a necessidade em esclarecer o tema. No primeiro capítulo será analisado sobre os direitos e garantias fundamentais da pessoa, assim como o princípio da inocência. Esse capítulo auxiliará na resolução do problema através dos conceitos, que serão definidos para maior interpretação do conteúdo abordado como um todo. Obteve-se como resultados nesse capítulo que a Constituição de 1988 pontuou suas preocupações quanto a segurança dos direitos e garantias fundamentais da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro, e, assim, resguardou em seu bojo a proteção dos direitos fundamentais.

Enquanto no segundo capítulo será abordado sobre os princípios e as aplicações do direito nas decisões no âmbito penal. Esse capítulo vai colaborar com a pesquisa por tratar

justamente da prisão no Brasil, demonstrando o tratamento dispensado aos presos no cárcere. Como principais resultados conquistados neste capítulo, podemos citar a informação sobre o crescimento exorbitante da população carcerária, a falta de estrutura das prisões para abrigar a quantidade de detentos que são levados a prisão, e, por fim, foi extraído ainda que a prisão sob ótica da Constituição deve seguir todos os protocolos legais já que ninguém poderá ter cerceado a sua liberdade de maneira injusta.

O último capítulo discorrer-se-á acerca das prisões, apontando o entendimento da suprema Corte. Esse capítulo contribuirá para a verificação da prisão em segunda instância. Como principais resultados do estudo aqui delineado, encontrou-se que na atualidade, a partir das considerações do Supremo ninguém poderá ser preso em segunda instância tendo o indivíduo o direito resguardado de buscar todas as instâncias para provar sua inocência antes do cumprimento de sua pena.

2 ANÁLISE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Esse capítulo pretende demonstrar os direitos e garantias fundamentais da pessoa no ordenamento brasileiro. Ele foi construído a partir de um estudo bibliográfico que vai demonstrar os direitos conquistados ao longo dos anos principalmente no que tange o direito à liberdade. Essa parte do trabalho apresentado irá colaborar na resolução do problema da monografia, pois elucidará os termos conceituais relacionado às garantias previstas no ordenamento.

É de suma importância para a convivência pacífica social a instalação dos direitos fundamentais da pessoa humana, assim como é essencial para o convívio social à forma jurídica-constitucional adotada para estabelecer segurança, protegendo o indivíduo para que não haja qualquer violação dos seus direitos, e assim, a sociedade possa seguir de forma pacífica no tecido social, e para isso, é necessário que o Estado ofereça essa organização e segurança a todos. (ROCHA, 2012).

É evidente que o assunto sobre os direitos fundamentais ultrapassa a perspectiva somente do ser humano, isto é, envolve também sua relação com o meio ambiente e demais seres. Contudo, o raciocínio exposto agora atraca somente o poder de conceber os direitos relativos à condição humana. Desse modo, pode-se evidenciar nesse contexto, a importância dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. (ALEXY, 2017).

Isso ocorre porque a pessoa tem consigo toda dimensão necessária para estabelecer os direitos e garantias fundamentais que também é uma forma de organizar a célula social, garantindo assim o desenvolvimento do ordenamento jurídico que influenciará o progresso da sociedade. Em razão disso, é importante determinar a esfera que será abrangida pelos direitos, com o intuito de que minimamente a sociedade seja organizada.

Em resumo, esse capítulo busca demonstrar o conjunto de garantias que respaldam as pessoas, caracterizada pelos princípios, e também pelo poder do Estado em assegurar os direitos e garantias a todos os cidadãos através dos mecanismos legais conforme previsto na legislação vigente.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pretende-se com essa sessão abordar quais são os direitos fundamentais esculpido pelo texto constitucional. Considerando a literatura jurídica, será exposto as noções de direitos fundamentais. Acredita-se que esse tópico contribuirá com a percepção da prisão em segunda instância diante da violação dos direitos fundamentais da pessoa.

Os direitos fundamentais são nativos em razão da própria natureza, isto é, o Estado organizado juridicamente. Evidentemente, não se cuida de associação em que domina a incomplacência estabelecida nas pessoas que dominam o poder, em razão da sociedade escravizada. A interação dos direitos fundamentais da pessoa é tão importante quanto o Estado político estruturado. (FERRAJOLI, 2011).

Assim, as caracterizações dos direitos fundamentais decorrem do Estado, e da própria previsão constitucional sobre os direitos e garantias. Nesse sentido, Paulo Bonavides se manifesta da seguinte forma:

Citando a caracterização tentada por Carl Schmitt, os direitos fundamentais, sob o ponto de vista formal, são aqueles que o próprio ordenamento constitucional explicita e que recebem da Carga Magna tratamento diferenciado, seja porque imutáveis, seja porque dependem de processo dificultoso para mudança (por meio de emenda à Constituição). (BONAVIDES, 2018, p. 414).

É importante destacar que a forma ampla como os direitos fundamentais das pessoas é vista, demonstra que são direitos que se aplicam automaticamente a partir da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o direito de um indivíduo não pode sobrepor-se aos direitos e garantias das demais pessoas do mesmo núcleo social brasileiro. (FERRAJOLI, 2011).

Em outras palavras, pode-se dizer que deve haver um tratamento recíproco entre os cidadãos, haja vista que a vida em sociedade determina uma série de direitos e obrigações o tempo todo, interagindo, para que de forma harmônica os direitos fundamentais sejam aplicados. (BRITTO, 2017, p. 86).

Como bem assevera Peter Haberle: “quando sinaliza que os direitos fundamentais pressupõem um elevado grau de eficácia estabilizadora do conjunto da Constituição e do ordenamento social”. (HABERLE, 2003, p. 64).

Entende-se que da mesma forma como o Estado tem a função de promover e resguardar os direitos fundamentais da pessoa, conforme descritos na carta magna, os poderes

públicos têm a incumbência de garantir os direitos já que o Estado é representado pelo público. (FERRAJOLI, 2011).

Acerca dessa temática Haberle esclarece o seguinte:

A respeito do tema, note-se que a plena satisfação dos direitos fundamentais pressupõe não só a sua aplicação, como, às vezes, necessita de normas infraconstitucionais para sua plena consecução. Assim, até mesmo o Poder Legislativo não pode desfigurar o núcleo de direitos fundamentais, a despeito de sua atividade legiferante. A propósito, o legislador não pode colocar em questão o significado institucional de tais direitos. A vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário, até com mais razão, também é necessária. (HABERLE, 2003, p. 65-66).

Estudando o aspecto constitucional, “o princípio que impõe a todos os poderes do Estado o dever de respeitar os direitos humanos, cujo natural corolário cristaliza o núcleo conceitual da doutrina dual dos direitos fundamentais, constitui-se em uma garantia da própria Constituição”. (FERREYRA, 2008, p. 47).

Dessa forma, Ferreyra discorre que: “o Tribunal Constitucional espanhol asseverou que os direitos fundamentais e as liberdades públicas constituem o fundamento mesmo da ordem político-jurídica do Estado” (FERREYRA, 2008, p. 47-48).

Considerando o tema, Carmen Lúcia esclarece que “cada homem integra a humanidade, sendo seu credor e devedor, como membro de sociedade que não habita nem se esconde em fronteiras, mas que coabita e se enlaça em suas larguezas humanas”. Ou seja, os direitos fundamentais da pessoa podem ser entendidos a partir do Estado e da forma como foi estruturado (ROCHA, 2012, p. 123).

Como principais resultados colhidos neste tópico, podem-se citar que os direitos e garantias fundamentais da pessoa é uma forma que a Constituição construiu para assegurar que nenhum ser humano ficaria desamparado. Os resultados desse tópico auxiliarão a esclarecer se a prisão observa as garantias constitucionais.

2.2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Esse tópico tem a idealização de demonstrar como os direitos fundamentais integram a estrutura do Estado jurídico, que exerce a função de resguardar o cumprimento do ordenamento voltado à sociedade. Esse trecho auxiliará com a interpretação das garantias constitucionais da pessoa, são regidos por regras e princípios.

Como bem entende Ferrajoli a Constituição Federal foi formada a partir de normas que constituem os direitos fundamentais dos cidadãos, integrado por sistema e princípios que são determinados aos responsáveis através das regras a obrigação de assistir as pessoas quanto seus direitos. (FERRAJOLI, 2011).

A Constituição de 1988 preocupou-se com a preservação de tudo aquilo que foi considerado importante no ordenamento jurídico do Brasil, assim, o conjunto de obrigações e direitos determinados no texto constitucional, na verdade, exprimem a proteção da norma suprema com os direitos essenciais que cada pessoa deve ter. Ao esculpir isso em seu bojo, a Constituição, almejou resguardar as garantias já que elas passam a ser tratadas como normas fundamentais. (MORAES, 2008).

Acerca disto, Ayres Britto leciona: a essa visão de mecanismos de defesa dos direitos fundamentais, contidos na própria Constituição, deve-se somar, a instituição de uma realidade atemporal para o texto constitucional, cuja natureza permanente impeça a vontade transitória dos governantes eleitos a cada eleição. (BRITTO, 2017, p. 86).

Progredindo com essa linha de pensamento, Robert Alexy, determina que:

Interessante notar, contudo, com apoio em Gilmar Mendes, que nem sempre a fronteira entre direitos e garantias fundamentais é tão cristalina. Assevera o autor que há direitos que têm como objeto um bem específico do cidadão, como a vida, por exemplo. De outra parte, contudo, existem normas que protegem os direitos fundamentais, as quais, segundo o autor, dão origem aos chamados direitos-garantia ou garantias fundamentais. Destas, portanto, ocupar-se-á a partir de agora. (ALEXY, 2017, p. 456).

Determinar o que seria as garantias fundamentais é um pouco complicado, isso porque dependerá do leque que os direitos alcançam. No entanto, esse estudo não tem a pretensão de analisar de forma aprofundada as questões que envolvem a temática considerando a extensão do assunto. Em suma, o que se pode dizer, é que os direitos fundamentais abrangem mais que as questões sociais, educacionais, ou de saúde.

Posto isto, Ferreyra admite que apropria-se do conceito mais restrito utilizado por, para quem tais garantias representam grupo de vínculos de natureza constitucional que são impostos ao poder estatal como forma de garantir a satisfação e o respeito aos atributos e prerrogativas das pessoas. (FERRAJOLI, 2011).

Portanto, esse trecho do trabalho demonstrou que as garantias representam os direitos das pessoas determinadas pela norma suprema, os quais não podem sofrer violações. Esse tópico ajudará a comprovar no último capítulo como o preso deve ter resguardado todas

as suas formas de defesa antes da prisão. Ademais, não tem como falar dos direitos e garantias fundamentais sem apontar como a Constituição determinou em seu bojo.

2.3 OS DIREITOS E GARANTIAS NA CONSTITUIÇÃO

Nessa alínea o estudo será dirigido à instrução dos direitos esculpidos na norma maior como fundamental aos cidadãos, o qual ajudará a resolver o problema dessa monografia através da interpretação normativa principalmente do artigo 5º, assim como demonstrará a importância dos direitos e garantias na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 afirma no título II os direitos fundamentais que foram divididos em cinco capítulos que assim ficou determinado: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos da organização dos partidos políticos. (BRASIL, 1988).

Inaugura-se o estudo pelo primeiro capítulo onde está disposto sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, e desse modo, preconiza em seu quinto artigo a igualdade das pessoas perante a lei. Ademais, determina que não possa haver qualquer tipo de distinção, e ainda assegura aos estrangeiros e brasileiros que moram no país o direito à liberdade, a vida, segurança e a propriedade. (BRASIL, 1988).

Não obstante, o referido dispositivo constitucional fixou ainda que tanto homens quanto mulheres recebam o mesmo tratamento, além de determinar que nenhuma pessoa seria compelido a algo senão em razão da própria lei. A Constituição estabeleceu também que no Brasil não será reconhecido o tratamento de tortura ou desumano (BRASIL, 1988).

Ainda sobre o artigo 5º, a Constituição reconheceu o direito a manifestação do pensamento, no entanto, vedou o anonimato. Em sequência assegurou o direito de resposta, da indenização por dano material, moral ou à imagem, e garantiu a inviolabilidade da consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias (BRASIL, 1988).

O artigo entabulado dos direitos e deveres individuais e coletivos talvez seja um dos dispositivos constitucionais mais conhecidos. O artigo 5º cuidadosamente especificou os direitos que devem assistir a todas as pessoas, e assim, determinou que não possa haver discriminação em nenhuma hipótese, e portanto, reconheceu a igualdade entre homens e mulheres. (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, garantiu que ninguém será obrigado a fazer algo salvo em determinação da própria lei. Assegurou ainda a proibição quanto à tortura e o tratamento degradante, além de garantir a manifestação do pensamento, e o direito de resposta. Nesse trecho, verifica-se que a Constituição aprovou a liberdade de crença. (BRASIL, 1988).

Em continuidade, o art. 6º cuidou dos direitos sociais, aqueles reconhecidos a sociedade como um todo. E dessa forma começou: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Como prevê o art. 7º são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; (...) (BRASIL, 1988).

Caminhando pelos trilhos constitucionais, o art. 12 direciona a compreensão do que ainda é considerado pela Constituição como um direito fundamental do indivíduo, e assim estabeleceu:

Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 1988).

Ainda sobre os direitos e garantias fundamentais previstos pela CF, são assegurados aos brasileiros os direitos políticos conforme narra o art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (BRASIL, 1988).

Neste seguimento, a Constituição reconheceu como direito fundamental a criação dos partidos políticos, nessa seara contemplou da seguinte forma, veja:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (BRASIL, 1988).

A Constituição previu outros direitos que também são descritos como fundamentais, no entanto, considerando a extensão do conteúdo, transcrevendo apenas os principais, não que os demais não tenham relevância no âmbito social e normativo, mas apenas para não preencher o trabalho com os dispositivos que podem ser encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Verificou-se como resultados principais nessa sessão que a Carta Magna de 1988 foi especificamente aberta aos direitos da pessoa, fazendo com que a legislação pátria observe as garantias por ela determinada. Esses resultados contribuirão para mais à frente (no derradeiro capítulo), tenha-se uma noção mais clara sobre o papel da Constituição para resguardar os direitos humanos, sobretudo, os direitos a liberdade da pessoa.

Ante o exposto, o estudo discorrerá um pouco sobre o princípio da presunção da inocência, que será muito utilizado no decorrer desse trabalho, principalmente no último capítulo quando será analisada a prisão em segunda instância e a presunção da inocência.

2.4 BREVES CONSIDERAÇÕES AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Esse item pretende explorar o princípio da presunção da inocência. Por meio de um referencial teórico embasado nas doutrinas mais atuais, pretende-se aclarar o que se entende por presunção da inocência. É importante esclarecer que esse tópico ajudará na elucidação de toda temática referente à inocência e a prisão em segunda instância.

O processo penal no Brasil, infelizmente, tem sido assombrado constantemente. Devido à crise política, e econômica do país, assim como a perda de valores e princípios, torna algumas atitudes mais banais. Considerando essa situação as garantias fundamentais devem ser respeitadas, de forma que a sociedade e o ordenamento jurídico sejam postos em segurança (MORAES, 2008).

A violência foi banalizada há muito tempo, e justamente pela falta de justiça o anseio social transformou-se vingança, gerando uma enorme crise no Estado e prejudicando o sistema processual penal.

Alexandre de Moraes, narra que:

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho há muito denuncia a maneira pela qual o discurso da eficiência, inclusive Princípio Constitucional (CR, art. 37), para os incautos de plantão, embrenhou-se pelo processo penal em busca da sumarização dos procedimentos, da redução do direito de defesa, dos recursos, enfim, ao preço da democracia. A razão eficiente que busca a condenação “fast-food” implicou nos últimos anos na “McDonaldização” do Direito Processual Penal: sentenças que são prolatadas no estilo “peça pelo número”. A “standartização” da acusação, da instrução e da decisão. Tudo em nome de uma “McPena-Feliz”. Nada mais cínico e fácil de ser acolhido pelos atores jurídicos, de regra, “analfabetos funcionais”. Em um passado não muito distante, o Brasil sangrava com a ditadura militar, sonhar em garantias fundamentais como o princípio de presunção de inocência era quase uma utopia. Ultrapassada essa terrível página na história brasileira, a Constituição Federal garantiu por todo seu texto, diversas garantias fundamentais e princípios basilares do ordenamento jurídico nacional para que não fosse possível retornar àquela época. (MORAIS, 2019, p. 104).

Preliminarmente ao estudo da presunção da inocência é indispensável analisar o conceito da expressão princípio. Esse termo provoca grandes discussões doutrinárias, no entanto, isso será minimizado já que não é esse o foco desta monografia.

Desse modo, para um esclarecimento melhor, julga-se interessante transcrever a conceituação etimológica a partir do dicionário Aurélio da palavra princípio, veja: “momento ou local ou trecho em que algo tem origem; Causa primária: elemento predominante na constituição de um corpo orgânico”. (PACELLI, 2014, p. 188).

Paulo Bonfim sustenta que:

A boa doutrina que a expressão “presunção de inocência” é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade. Presunção de inocência, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não-culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BONFIM, 2012, p. 45).

Paulo Rangel sustenta sobre esse assunto, com um entendimento destinado ao processo penal: “Desta forma, os princípios que regem o direito processual constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual, sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem”. (RANGEL, 2019, p. 479).

Assim, os princípios são os fundamentos da norma jurídica, já que incitam o surgimento das novas normas. Deste modo, a transgressão de princípio é mais grave do que violar uma norma, considerando que alcança todo sistema normativo. Entretanto, o entendimento da doutrina é de que os princípios são considerados hierarquicamente superiores às normas, já que tem valor axiológico mais importante.

Constata-se a importância do princípio da presunção da inocência, no qual o legislador escreveu no Código de Processo Penal em seu art. 283 sobre o tema, dispondo da seguinte forma:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

A Constituição Federal inciso LVII do artigo 5º tratou do princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade veja: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Algumas doutrinas discordam sobre a presunção da inocência, como Paulo Rangel, veja:

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. (RANGEL, 2019, p. 479).

De acordo com Fernando Capez, há três critérios oriundos do princípio da presunção da inocência:

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

Já para Aury Lopes Júnior discorrendo sobre o Código de Processo Penal o autor faz um comentário ao princípio da presunção da inocência, segundo ele:

a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal. b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual). c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficiente demonstrada. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 228).

“Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve ser um princípio da maior relevância. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa”, mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o como inocente)”. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 228).

Como principais resultados obtidos nesta sessão, importa salientar que toda essa interpretação normativa a Constituição brasileira é importante para que possa situar o conhecimento acerca daquilo que é garantido pelo ordenamento pátrio ou não.

Nessa senda os resultados ajudarão a resolver o problema através da identificação sobre a essencialidade do estudo dos direitos e garantias fundamentais considerando que será o caminho para mais à frente no trabalho chegar a uma conclusão clara acerca do que é legal e aquilo que pode ser interpretado como inconstitucional, principalmente porque esse trabalho pretende analisar a prisão em segunda instância.

3 PRISÃO NO BRASIL

A finalidade deste capítulo é realizar uma análise sobre a prisão no Brasil, após elucidar os pontos acerca dos direitos e garantias fundamentais que assiste todas as pessoas brasileiras conforme a Constituição Federal, sendo composto por uma compilação de doutrinadores.

Esse capítulo ajudará a esclarecer a problemática após o estudo para verificação do cumprimento dos direitos resguardados constitucionalmente com foco voltado a prisão. Assim, será investigado sobre o tratamento dispensado ao detento e a abordagem dentro dos presídios brasileiros sobre a prisão.

Não constitui novidade o fato de que a prisão é um estabelecimento antigo, estando presente desde o surgimento da humanidade, o que houve foi apenas uma aprimoração de conteúdo, estrutura, e finalidades, mas, em suma, a prisão continua sendo destino daqueles que por motivos apensos contrariam o ordenamento jurídico, isto é, deixa de cumprir a legislação vigente.

A população prisional cresceu de forma assustadora, da mesma forma o cárcere apresentou um grande déficit, infelizmente os esforços do governo não são suficientes para suprir as falhas apresentadas. Mesmo com a construção de novas unidades, ainda assim não foi estabelecido o problema da superlotação das penitenciárias no Brasil (MIRABETE, 2018).

Lamentavelmente, mesmo com toda estrutura planejada na legislação, na prática, verifica-se uma realidade totalmente destoante daquilo que foi construída por lei. A falta de recursos foi apontada como um dos principais problemas que comprometem a execução da pena no país. Entretanto, o cenário é ainda mais alarmante considerando os fatores internos que ocorrem dentro das unidades de prisão, como descaso, abandono, violência e doenças (LIMA, 2020).

No Brasil, o sistema carcerário se revela além de capitalista, muito cruel, pois além de manter em isolamento a pessoa, de forma indireta destrói o homem, por não oferecer nenhuma forma de reabilitar o indivíduo, já que ócio fomentando dentro da prisão deixa a pessoa mais desalentada (AUGUSTO, 2020).

“Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos” (FOUCAULT, 1987, p. 51).

Como descreveu Foucault, a prisão também se fundamenta pelo papel de aparelho para transformar os indivíduos, servindo desde os primórdios como uma detenção legal encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação da liberdade permite fazer funcionar no sistema legal” (FOUCAULT, 1987, p. 51).

Ademais, a média mundial de presos por habitantes é excedido pelo Brasil, já que atualmente, conta com 306 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Foucault anuncia ainda que:

Pensava-se que somente a detenção proporcionaria transformação aos indivíduos enclausurados. A ideia era que estes refizessem suas existências dentro da prisão para depois serem levados de volta à sociedade. Entretanto, percebeu-se o fracasso desse objetivo. Os índices de criminalidade e reincidência dos crimes não diminuíram e os presos em sua maioria não se transformavam. A prisão mostrou-se em sua realidade e em seus efeitos visíveis denunciadas como “grande fracasso da justiça penal”. (FOUCAULT, 1987, p. 51-52).

Como aponta dados do Departamento Penitenciário Nacional, o crescimento da população prisional no Brasil foi de 267,32% em quatorze anos, dados divulgados ainda pelo ministério da justiça apontam um crescimento exorbitante de criminosos (DEPEN, 2018).

Como explica Thompson,

Afora a perda da liberdade física (ou do direito de ir e vir), a prisão subjuga o detento ao comando de uma estrutura autoritária e de uma rígida rotina autocrática que opera como uma grande máquina impessoal. O controle sobre os indivíduos é exercido de forma ininterrupta, regulando-se de modo minucioso todos os momentos de sua vida. Com a nítida orientação de preservar a ordem, a disciplina, evitar fugas e motins, a organização penitenciária elege como forma eficaz submeter o recluso, cercar quaisquer possibilidades do exercício de sua autonomia (THOMPSON, 1981, p. 16).

Observa-se que, houve uma perda do ideal ressocializador do cárcere, assim como a efetividade das políticas de segurança, resultando do crescimento da população que encontra-se presa.

Colheu-se como resultados nesse tópico que a prisão perdeu o controle do seu caráter criado para melhorar o delinquente, isso ocorreu principalmente pela falta de controle sob a quantidade de pessoas que se encontram sob custódia do Estado. Esse trecho do trabalho contribuirá para o esclarecimento ao final desse capítulo sobre a prisão no Brasil e o manejo técnico jurídico para retirar a liberdade de determinada pessoa.

3.1 A PRISÃO E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Nesse tópico será discorrido sobre a prisão frente à Lei de Execução Penal. A intenção dessa parte é justamente abordar as determinações legais estampadas na Lei de Execução Penal. Assim, esse trecho ajudará a elucidar a questão da prisão, de como ela deve proceder, quais requisitos deve atender, e principalmente, se a prisão pode ocorrer antes do esgotamento de todas as alternativas legais.

Para a Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984 a única finalidade da execução penal é o cumprimento das disposições de uma sentença ou de uma decisão criminal, de acordo com o primeiro artigo da Lei de Execuções Penais brasileiro. Do mesmo modo, é assegurando ao condenado todos os direitos garantidos pela lei ou pela sentença (MOUGENOT, 2009).

Como bem orienta Rogério Greco em sua obra “Curso de Direito Penal: parte especial”, o primeiro dispositivo da Lei de Execução Penal anotou pontualmente a finalidade da prisão e da execução da pena, e assim, de forma precisa, discriminou que se trata de um atendimento a um título executivo constituídos pelas decisões dos tribunais (GRECO, 2020).

Assim como também é finalidade, garantir condições para a harmônica integração social do condenado e do internado operacionalizada através de proposta de recursos pelos quais os presidiários os subordinados aos padrões de segurança participem de forma construtiva da comunhão social (MIRABETE, 2018).

A primeira finalidade da Lei em comento é a efetivação correta das determinações contidas na decisão criminal ou sentença, destinados a reprimir e prevenir delitos. Ao determinar que a execução penal “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal” (GRECO, 2020).

Como bem pontua Mirabete, o papel ressocializador da pena, “afirmando-se serem notórios os benefícios da atividade laborativa decorrem para a conservação da personalidade do delinquente e para a promoção do autodomínio físico e moral de que necessita e que lhe será imprescindível para o seu futuro”. (MIRABETE, 2018, p.87).

A Lei de Execução Penal garante que sua finalidade primordial é aplicar a execução da pena para garantir a ressocialização, recuperação, reinserção, readaptação, e a reabilitação do detento, por isso, é disponibilizado aos reclusos a faculdade de trabalhar e estudar, para se qualificarem para o mercado de trabalho quando deixarem de cumprir sua pena.

Sem dúvidas, a Lei nº. 7.210/1984 representou grande evolução no contexto prisional, principalmente por condicionar em um só documento todas as recomendações concernentes a prisão e ao detento.

Conforme entendimento de Alexis Augusto:

Observa-se que são dois objetivos da execução penal, mas ligeiramente diferenciados dos expostos no artigo 1º da lei. O primeiro objetivo da execução penal é executar a pena de forma eficaz, submetendo o condenado ou internado à sanção imposta pelo Estado, colaborando para o reconhecimento dos valores dispostos na sociedade e seu crescimento em direção ao pacífico convívio social. Enfatizamos a finalidade preventiva (geral e especial) da pena, como o centro de gravidade da sanção penal. O segundo objetivo é garantir que esta execução se pautem pelo devido processo legal e respeito à dignidade humana, para que a recuperação ou formação do condenado tenha legitimidade. O que justifica a potestade estatal para a aplicação e execução da pena é a ilusória ideia de que a sanção pelo ilícito praticado será auferida com imparcialidade, proporcionalidade e razoabilidade, atributos que o ofendido pelo delito presumidamente não possui. Então, qualquer pena, para manter-se com este escopo, não. (AUGUSTO, 2020, p. 38).

De acordo com o autor supracitado, também se nota falhas na Lei de Execução Penal, considerando a chance “de regressão de pena em casos de cometimento de falta, o que se torna prejudicial ao condenado, uma vez que o tempo de pena cumprido é caracterizado direito adquirido da progressão, não podendo regredir”. (AUGUSTO, 2020, p. 38).

Mais adiante, o art. 5º deixa claro que ocorrerá uma espécie de classificação dos presos, isto é, uma análise sobre a personalidade, antecedentes e o crime como forma de orientar o cumprimento da pena, da seguinte forma: Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (BRASIL, 1984).

O segundo capítulo da LEP, instituído e denominado “da assistência”, prevê, o auxílio que o Estado deve fornecer ao detento. Nos termos do art. 10, constitui obrigação estatal garantir ao preso, como forma evitar o crime e encaminhar o retorno social do preso a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e até a religiosa (BRASIL, 1984).

O resultado principal desse tópico foi de que a Lei de Execução Penal vislumbra a prisão como local para cumprimento de uma determinação judicial, isto é, para a execução da pena do infrator.

Assim, por meio desse elemento será possível esclarecer ao final do trabalho que a prisão deve ser orientada por uma sentença judicial após todo um processo de investigação que se realizará, a partir disso, instituiu algumas normas estruturais, e de tratamento para conduzir a execução da pena no Brasil.

3.2 A PRISÃO SOB ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Será apontado neste tópico os dispositivos constitucionais que se referem à prisão com o intuito de saber como ficou determinado pela Constituição Federal alguns pontos sobre a prisão, conforme detalha-se.

Ela foi construída a partir do referencial teórico o qual utilizou-se diversas fontes para o enobrecimento do trabalho com o fito de aclarar ajudar a resolver a problemática, haja vista que será discutido como a Constituição Federal do país se refere sobre a prisão.

O quinto artigo da Constituição de 1988 talvez seja o dispositivo mais conhecido pelas pessoas, isso, porque ele resguarda uma série de garantias importantes tanto para a individualidade quanto para a coletividade. É importante mencionar que não se trata do único dispositivo que menciona sobre a prisão e os presos.

Art. 5 XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
 L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
 LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

Ao comentar os incisos é possível a interpretação de que o primeiro que remete a prisão é o XLIX, em que assegura a todos os detentos a sua preservação, sobre seu corpo e sua mente. Em seguida o texto constitucional anota que as mulheres presas terão todas as condições necessárias para conviver dentro do presídio com seu filho durante o tempo que perdurar a amamentação do recém-nascido (BRASIL, 1988).

Logo após, o inciso LII ressalta que todo indivíduo somente será processado poder competente. O próximo dispositivo pondera que sem o devido processo legal nenhuma pessoa perderá sua liberdade e ou bens. E por fim, somente será considerada culpada a pessoa que esgotar todos os recursos previstos em lei para provar sua inocência, e sua sentença tiver transitado em julgado (BRASIL, 1988).

Ainda em continuação com essa análise constitucional sobre a prisão, os seguintes incisos estabelecem que:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
 LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; (BRASIL, 1988).

Pois bem, a Constituição veda a prisão que não seja determinada judicialmente, ou em flagrante. Na primeira hipótese para a prisão, ela deverá ser decretada pela autoridade competente. A frente, o inciso LXII comunica que a prisão deve ser informado ao magistrado e a família do detento. Após a prisão, aquele que teve retirada sua liberdade será informado sobre seus direitos, incluindo a assistência com advogado (BRASIL, 1988).

Em seguida, outros incisos constitucionais que fazem remissão direta a prisão, narram que:

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;
LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (BRASIL, 1988).

A Carta Magna assegurou nos dispositivos acima que a prisão deve ser comunicada à autoridade judiciária, assim como se houver a possibilidade do sujeito ficar em liberdade ele não poderá ser mantido em cárcere, e por isso, é admitido o pagamento da fiança, assim, o sujeito ganha o direito de enfrentar um inquérito e ou processo em liberdade.

Apurando ainda os principais pontos artigo quinto, da mesma forma, esclarece que não existe no Brasil prisão civil por dívida, a única exceção se reflete a inadimplência pela pensão alimentícia. E por fim, será admitido o habeas corpus, quando qualquer pessoa sentir que foi injusta a coação da sua liberdade, ele poderá oferecer esse instrumento para ser colocado de volta em liberdade.

Atingiu-se os seguintes frutos dessa subdivisão: a CF/88 garantiu o respeito a integridade do preso; reconheceu o direito ao preso de ser julgado pela autoridade competente; reconhece o habeas corpus sempre que couber, e proibiu a prisão sem os devidos trâmites legais. Com o último resultado apontado ele ajudará a esclarecer a problemática sobre a prisão em segunda instância haja vista que pelo texto constitucional é conduta vedada.

3.3 O DIREITO DE RECORRER DAS DECISÕES NO ÂMBITO PENAL

Pretende-se com esse tópico analisar os recursos na esfera penal. Assim se prestará a análise da matéria processual sobre acerca do direito de impetrar um recurso. Esse tópico ajudar a esclarecer o problema demonstrando quais são os fatores que justificam os recursos. Da mesma forma, é importante apontar os efeitos provocados em juízo.

Pelas lições do professor Aroldo Gonçalves, “nos sistemas jurídicos que alcançaram certo grau de racionalidade, a aplicação do Direito é referida a critérios objetivamente definidos e delimitados pelas normas integrantes do próprio sistema” (GONÇALVES, 2016, p. 45).

É de suma importância o estudo sobre a admissibilidade dos recursos na esfera criminal, posto isto, Renato Brasileiro define o recurso como um meio processual para impugnar uma decisão que vem do judiciário. O recurso está previsto na lei, “utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada” (LIMA, 2020, p. 183).

Os recursos possuem caráter voluntário, e por isso, eles devem ser oferecidos sempre por pessoas legitimadas a partir da legislação, com exceção de casos previstos na lei. Assim, os recursos têm uma importância muito grande no seio jurídico, eles fornecem guarnição dos direitos até se esgotarem todas as chances de se comprovar a inocência de uma pessoa (PACELLI, 2018, p. 839).

Como define Edilson Mougenot, em seu livro “Curso de Processo Penal”, o recurso pode ser entendido como: “o instrumento processual de interposição voluntária, destinado à obtenção do reexame de decisão proferida na mesma relação jurídica processual, passível de provocar esclarecimentos, integração ou invalidação da decisão judicial impugnada” (MOUGENOT, 2009, p. 55).

É com o recurso que a pessoa poderá solicitar o reexame do processo caso ela tenha se sentido prejudicada em decisão anterior, evitando dessa forma que o processo seja encerrado a partir da decisão de um único grau. O recurso também é oportunidade para verificar se houve possíveis erros da justiça preliminar.

De acordo com o art. 575, não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo (BRASIL, 1941).

Porém, há também, a perspectiva do interesse do Estado no controle dos atos jurisdicionais por ele praticados, quando irá revelar-se público, se a orientação for pela

preocupação com a qualidade e a regularidade da atividade jurisdicional (PACELLI, 2011, p. 839).

Logo, é possível a compreensão que o recurso como uma forma processual legal para que a parte derrotada requeira a órgão superior um novo exame da decisão proferida em instância inferior. Entretanto, é importante anotar que não são todos provimentos judiciais que são objetos de recurso.

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder habeas corpus; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411. (BRASIL, 1941).

Acerca da natureza jurídica do recurso, César Fiuza discorre que conhecer a natureza jurídica de determinado instituto é saber o que é este instituto, é conhecer sua essência. (FIUZA, 2019, p. 146).

Nesse sentido, Távora e Antonni, explicam:

A primeira corrente doutrinária, que tem se sagrado majoritária, entende a natureza jurídica do recurso como um desdobramento do direito de ação ou de defesa. Seria uma continuidade da relação jurídica que ainda persiste, agora em fase recursal, pelo inconformismo de uma das partes, ou de ambas, com o provimento jurisdicional obtido em primeiro grau. Seria, portanto, o desdobramento de uma relação existente e não a deflagração de uma nova ação. Já a segunda posição defende ser o recurso uma nova ação dentro do mesmo processo, sob o argumento de que são diversas as pretensões: na ação, o direito com base num fato; no recurso, com fundamento em uma sentença que se ataca. A terceira posição vê o recurso como qualquer meio destinado a obter a reforma de uma decisão (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 474).

“Esta nova decisão, da segunda instância, irá substituir àquela impugnada na via recursal. Porém, pode o litigante pretender uma anulação e não uma substituição da decisão” (PACELLI, 2017, p. 842).

“Como o direito que a parte possui de, na mesma relação jurídica processual (o que o difere das ações autônomas de impugnação, que inauguram uma nova relação processual), atacar decisão que lhe contrarie, pleiteando sua revisão, total ou parcial” (ALVES, 2017, p. 351).

“Recurso é a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, consistente em um meio de se obter nova apreciação da decisão ou situação processual, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão” (CAPEZ, 2020, p. 734).

“Quando se tratar de alegação de nulidade do processo ou da decisão, o que ocorrerá é a sua desconstituição, a reclamar a renovação do ato na mesma instância recorrida” (PACELLI, 2017, p. 842-843).

O Código de Processo Penal estabelece em seu art. 577 que o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão (BRASIL, 1941).

Acerca da maneira de interpor o recurso, esclarece o art. 578 do CPP, que o recurso será interposto

Por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante. § 1º Não sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas. § 2º A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega. § 3º Interposto por termo o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão por dez a trinta dias, fará conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo (BRASIL, 1941).

Assim, no processo penal, a execução do réu acontece quando a sentença é transitada em julgado, assim, o condenado deverá passar ao cumprimento da pena determinada pela sentença, podendo ser pena restritiva de direito, ou a privativa de liberdade. Depois do trânsito em julgado surge a coisa julgada, cuja principal característica é a imutabilidade.

No entanto, considerando as falhas humanas, antes de uma determinada sentença transitar em julgado é reconhecido o direito a pessoa ingressar com um recurso, por isso, o recurso é o meio processual adequado que oferece oportunidade da parte vencida ter seu processo analisado novamente a fim de se obter uma reforma.

Cabe pontuar que o direito processual no Brasil reconhece nove tipos de recursos, a saber: o recurso em sentido estrito, apelação, agravo, embargos de declaração, embargos infringentes, carta testemunhável, recurso extraordinário, correição parcial e o recurso especial. Será realizada então uma breve explanação acerca dos recursos processuais penais.

O recurso em sentido estrito, também conhecido como RESE, tem como característica principal a sua incidência, isto é, trata-se de um recurso incidental, considerando que na grande parte das situações pode ser interposto em desfavor de despachos e sentenças durante o processo.

O prazo para a interposição do recurso em sentido estrito é de cinco dias, e de dois para analisar, conforme art. 581 e 592 do Código de Processo penal. Considerando que ele apresenta um rol taxativo, o art. 581 determina:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa; II - que concluir pela incompetência do juízo; III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição; IV - que pronunciar o réu; V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor; VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade; IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade; X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus; XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena; XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional; XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte; XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta ao excluir; XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta; XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial; XVII - que decidir sobre a unificação de penas; XVIII - que decidir o incidente de falsidade; XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado; XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra; XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774; XXII - que revogar a medida de segurança; XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação; XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples (BRASIL, 1941).

Outro recurso previsto na lei processual penal é a apelação. Ela vem do direito romano, e significa a correção, era bastante utilizado esse tipo de recurso para as sentenças do imperador.

Como discorre o doutrinador Moraes,

A apelação no direito brasileiro tem intuito levar aos tribunais, o Juiz Ad Quem, a sentença proferida pelo Juiz A quo, ficando o juiz superior adstrito ao que contém no pedido existente no recurso, esse fenômeno é chamado de *tantum devolutum quantum appellatum*. “O pleito recursal pode busca o reconhecimento de nulidade ou a reforma (parcial ou total) da decisão. É o meio para se busca, noutra instância, a reavaliação dessas informações probatórias e/ou o reconhecimento de nulidades.” (MORAIS, 2019. p. 173).

Com base no art. 593 salvo no caso do art. 603 do CPP, o prazo para esse tipo de recurso será de cinco dias. Neste recurso a parte pode argumentar sua inconformidade com a sentença decretada. Após o fim do prazo para as razões, a petição passa pelo juízo de admissibilidade do juiz “a quo” e “ad quem”.

Contudo, como expõe Mirabete ainda que seja analisada a “tempestividade do recurso, ou seja, saber se há interesse e legitimidade. Em regra, (...), o juízo de admissibilidade do recurso é feito em dois graus, ressalvada a hipótese de recurso para o mesmo órgão julgador” (MIRABETE, 2006, p. 607).

Outro recurso também conhecido é os embargos de declaração

Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. Art. 620. Os embargos de declaração serão deduzidos em requerimento de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omissivo. §1o O requerimento será apresentado pelo relator e julgado, independentemente de revisão, na primeira sessão. §2o Se não preenchidas as condições enumeradas neste artigo, o relator indeferirá desde logo o requerimento (BRASIL, 1941).

Assim, será cabível quando a legislação não prever de forma expressa outra modalidade recursal.

De acordo com o Eugênio Pacelli de Oliveira:

Contra a denegação de apelação, por exemplo, cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XV, do CPP. Contra a decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, cabe agravo de instrumento (art.28, lei 8.038/90). Assim, a carta dirigia-se basicamente, contra a denegação do recurso em sentido estrito (PACELLI, 2018, p. 885).

Enquanto os embargos infringentes é recurso previsto no art. 609. Caberão embargos infringentes de acordo com art. 609 do CPP. Só é cabível em desfavor de uma votação de acórdão não unânime, que desfavoreceu o réu. “Quando o acórdão tiver pelo menos um voto proferido for a favor do réu, retirando assim a unanimidade do ato” (CAPEZ, 2020, p. 812).

Como bem informa Fernando Capez ao realizar um estudo dirigido sobre os recursos:

Só podem ser opostos no caso de recurso em sentido estrito e apelação (RT, 534/346). Não cabem na revisão criminal, nem no julgamento do pedido de desaforamento, uma vez que estes não são recursos (RTJ, 46/616). Não cabem também em sede de habeas corpus (RT, 584/469), bem como em acórdão constituído por maioria no julgamento de recurso ordinário em habeas corpus (STJ, 1ª T., AGRRHC 9.333/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 21-11-2000, DJ, 25 jun. 2001, p. 104). Igualmente são incabíveis em decisão proferida em ação penal de competência originária dos Tribunais (STJ, 6ª T., AGA 190.830/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 5-9-2000, DJ, 25 set. 2000, p. 146) (CAPEZ, 2020, p.812).

Dentro do processo, a correição parcial, representa uma providência recursal administrativa do poder judiciário, cabível contra decisões incidentais, como por exemplo, contra o indeferimento da testemunha indicada. Assim, não existindo outra forma de recurso se instaura uma correição parcial.

“Queremos crer que o rito da correição é o do agravo de instrumento. A questão, não é pacífica. Há quem sustente que o procedimento deve ser o do recurso em sentido estrito,

no processo penal, para impugnar decisão interlocutória simples” (TOURINHO FILHO, 2018, p. 399).

O recurso especial e o extraordinário apresentam natureza excepcional, isto é, previamente será analisado, já que para o julgamento é necessário conter a matéria solicitada de acordo com o recurso. A finalidade do recurso especial é coibir e proteger as normas federais, e por isso, são postas ao exame infraconstitucional da matéria.

Nos termos do artigo 105, II, da Constituição Federal de 1988 a competência para o julgamento do recurso especial é do STJ – Superior Tribunal de Justiça. O recurso deverá ser encaminhado para o presidente do tribunal, com o prazo de 15 dias com base na Lei nº. 8.038/1990 art. 26.

Sobre o recurso extraordinário, sua finalidade é não deixar que as normas da Constituição Federal sofram algum atentado, ou seja, não seja desrespeitada pelos tribunais através das sentenças. Nos termos do art. 102, III, da CF, a competência é do Superior Tribunal Federal, com o prazo de 15 dias. Os recursos apresentam alguns efeitos importantes nesse cenário jurídico. Os efeitos do recurso podem ser: devolutivo, suspensivo e regressivo. Os recursos, são via de regra, recebidos com efeito suspensivo e devolutivo, dependendo da indicação legal que dependerá da matéria penal.

Sobre o efeito devolutivo, Didier Junior e Cunha asseveram que a extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força, ao julgamento do órgão ad quem. “A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento da matéria estranha ao âmbito do julgamento” (DIDIER JR; CUNHA, 2020, p. 308).

Assim, é possível compreender o efeito devolutivo como a devolução da matéria ao órgão competente para julgar, o efeito devolutivo é pertinente para enviar a matéria aquele juízo que poderá fazer o julgamento.

Os recursos podem, ainda, serem dotados de efeito suspensivo, ou seja, obstar a eficácia da decisão recorrida. Dessa forma, caso o recurso seja dotado de efeito suspensivo, este possuirá uma eficácia paralisante em relação à provimento impugnado, que não produzirá efeitos até seu reexame pela instância superior (TÁVORA e ALENCAR, 2020, p. 758).

Em suma, o efeito suspensivo é o resultado de interpor um recurso existindo o impedimento da decisão recorrida ser considerada ineficaz, isto é, mesmo com a decisão ela não produz os efeitos considerando a razão da interposição do referido recurso.

Finalmente, a doutrina esclarece, também, acerca do efeito regressivo de certos recursos no processo penal, como por exemplo, o recurso em sentido estrito, “no qual permite-se que o juízo que proferiu a decisão impugnada exerça o juízo de retratação antes da remessa ao juízo ad quem” (DIDIER JR; CUNHA, 2020, p. 308).

Os principais resultados desse capítulo foi acerca da dimensão do processo penal, principalmente sobre os recursos que podem ser dirigidos à corte para apreciação e nova análise da matéria. Posto isto, todas as pessoas, segunda a Constituição Federal de 1988 têm o direito de terem seus recursos analisados, assim como todas as provas que podem definir o futuro da pessoa quanto a prisão.

Assim, esse capítulo contribuirá para a solução da problemática pois compreendeu-se também sobre sua importância, já que é considerado o instrumento processual penal que pode reexaminar uma decisão, assunto que será debatido com mais ênfase no capítulo seguinte.

4 A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Neste capítulo então, repercutirá ao princípio da inocência e a prisão em segunda instância, sobre questões importantes que requerem estudos. Ele ajudará a esclarecer a problemática pois demonstrará como pode ocorrer a prisão, se ela fere algum direito, e como fica a prisão em segunda instância considerando o princípio da presunção de inocência.

Na atualidade esse assunto, como informa Battisti, é bastante debatido na seara jurídica, sendo considerado como um problema para o direito processual penal brasileiro, principalmente para os advogados que se dedicam ao direito penal, já que precisam atentar seus clientes sobre a verdadeira probabilidade da prisão depois extenuação da segunda instância, mesmo que dependa do recurso do Superior Tribunal de Justiça ou até do Supremo Tribunal Federal. (BATTISTI, 2019).

Pondera sobre esse tema a incerteza, promovendo junto, a insegurança da sociedade quanto o trabalho do poder judiciário e a aplicabilidade das normas, causando assim uma instabilidade jurídica para todas as pessoas que opera na prática forense já que se nota um desencontro e uma desarmonia entre a lei e a jurisprudência, e por isso, todo esse desconforto quanto à aplicabilidade e a presunção do princípio da inocência (BATISTI, 2019).

É imprescindível, antes de tudo mencionar que a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 determinou em seu escopo, através do art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isto é, a CF colocou como uma norma a questão da prisão ocorrer antes da sentença, prolatar como condenado qualquer pessoa (BRASIL, 1988).

De acordo com a Carta Magna de 1988, caso haja ainda uma chance para o indivíduo por meio do recurso cabível, assim como seja a situação de não ter ocorrido o trânsito em julgado, deve ser reinado o princípio da presunção da inocência, traduzindo-se em não ser possível a prisão e conseqüentemente a aplicação da pena já que a sanção somente pode ser imposta àquele que foi condenado como culpado (BRASIL, 1988).

Ademais, é importante somar a esse conteúdo que a execução provisória da pena de prisão impõe a restrição de liberdade de determinada pessoa, o que não pode ocorrer já que a legislação brasileira entende que o indivíduo tem o direito de recorrer em prol de sua liberdade. Assim, é normal, que hodiernamente se entenda que as provas serão analisadas pela instância

superior, isto é, o conjunto probatório deve ser analisado novamente antes do trânsito em julgado.

Se houver apenas uma chance de que a certo indivíduo seja reconhecida a execução provisória, e posteriormente, seja absolvido, compreende-se a importância do trânsito em julgado nos processos criminais, seria uma forma de evitar a prisão erroneamente e as consequências advindas com ela. Posto isso, os tribunais acusam uma série de possibilidades de decisões que podem ser objeto de reforma pelos tribunais em segunda instância.

Caso as prisões continuassem sendo possíveis sem o trânsito em julgado estaria elas ferindo o princípio da presunção da inocência, assim como afrontando a Constituição em seu art. 5º, LVII, e o Código de Processo Penal do Brasil, ambos com o mesmo sentido, tendo o CPP a seguinte redação: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgada ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL, 1941).

Contudo, é crucial avisar que não existe nenhum dispositivo normativo que oriente a prisão automática depois do perecimento do recurso em segunda instância, somente em hipóteses de flagrante delito, da prisão cautelar ou ainda com a prisão consecutiva a sentença penal que condenatória que foi transitada em julgada.

Com o estudo pleiteado, considerando todo cenário jurídico que coordena as relações em sociedade, notou-se que ocorre um atentado constantemente a liberdade e ao princípio da presunção da inocência, quando é autorizado a prisão sem que o investigado tenha oportunidade de patrocinar seus recursos aos órgãos superiores. Entendemos que a prisão em segunda instância somente poderia ser utilizada de maneira excepcional. (BATTISTI, 2019).

No ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal entendeu que não haveria qualquer forma de ofensa ao princípio da presunção da inocência caso ocorresse a execução da pena em segundo grau.

Acompanhe o Habeas Corpus julgado em 17.02.2016 cujo relator foi o ministro Teori Zavascki:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016).

Na época, o Ministro do STF, Teori Zavascki, ao fundamentar sua decisão nesse precedente, manifestou-se no sentido de que as instâncias ordinárias consomem a oportunidade de nova análise do conjunto probatório, com esse ponto de vista, haveria a condenação do acusado.

Por esse tópico verifica como resultado o fato de que, assim como esclarecido previamente, o acusado pode receber dos tribunais superiores à sua absolvição, ou ainda que abandone o cumprimento de pena em face da prescrição resultante da esporádica redução da pena. Desse modo, esse trecho do trabalho vai contribuir para a interpretação da prisão em segunda instância para o conhecimento sobre a posição da Corte Suprema a respeito do assunto..

4.1 VERTENTES DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Será demonstrado nesse item que a presunção da inocência é um princípio que recebeu o privilégio de ser expressamente determinado pelo texto Constitucional. Ajudará a responder o problema da monografia através da interpretação normativa do artigo 5º, LVII, da Constituição brasileira, e como previamente já mencionado ele determina que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Considerando esse princípio, o ordenamento jurídico brasileiro entende que a liberdade é sempre a regra, enquanto a prisão a exceção. Assim, a prisão ocorrendo depois da análise da segunda instância é uma eventualidade vigorante pelo sistema de normas do Brasil, em que autoriza a execução da pena depois da condenação em segunda instância, e por isso, tornou-se alvo de debates e especulações jurídicas.

O enredo da presunção da inocência em face da prisão em segunda instância teve seu debate rememorado com a primeira jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que reconhecia a prisão depois da condenação em segundo grau, isto é, antes de todos os recursos serem interpostos aos órgãos elevados para nova apreciação.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal confirmou, com seis votos favoráveis, no dia 07 de novembro do ano de 2019, que a penalidade deve ser executada somente quando houver todas as possibilidades recursais esgotadas, em outras palavras, o efeito vinculante para todos os magistrados do Brasil é de que a execução penal inicia-se com o esgotamento de todos os recursos, sendo imperioso o cumprimento de todas as condições do Código de Processo penal.

É oportuno propagar que o princípio da presunção da inocência tem sua origem vinculada a restrição do poder público frente o Estado, quer dizer, está relacionada com o direito de liberdade, e com a limitação do poder diante do indivíduo, posto isto, a inocência é medida que se impõe. Sempre que houver dúvida sobre a conduta de alguém deverá ser analisada com bastante precaução a aplicação do princípio da presunção da inocência.

Historicamente, a presunção da inocência surge da contenda entre o cidadão e o Estado, já que a pessoa é tida como parte mais vulnerável no processo penal, ou seja, diante do “ius puniendi” do Estado, por isso, foi necessário estabelecer restrições de poderes do Estado, assim como determinar quando ocorreria a prisão de determinada pessoa. (BULOS, 2020).

A resposta deste tópico para todo contexto da monografia foi de que a presunção da inocência é medida que se garante que o indivíduo não cumprirá nenhuma pena antes que o conjunto probatório dos fatos sejam analisados e revisados pelos órgãos acima. Assim, auxiliará a interpretação quanto à prisão em segunda instância demonstrando como evitar uma sanção injusta e indevida considerando os grandes prejuízos que a prisão causa aqueles que são a ela submetidos.

4.2 O TRÂNSITO EM JULGADO

Será debatido nesse tópico sobre o trânsito em julgado. Nota-se que o esclarecimento acerca do conceito e indicação legal de tal instituto seja importante para matéria, visto que contribuirá com a elucidação de quando poderá ocorrer a prisão sob prisma da Constituição e da Suprema Corte.

Mas afinal de contas o que seria o trânsito em julgado de que tanto trata esse estudo? Pois bem, não seria possível ir adiante, sem antes, discorrer e informar aos leitores sobre o que se trata o trânsito em julgado das decisões, assim, tem esse tópico a função nessa monografia de explanar sobre o trânsito em julgado.

É através da expressão “trânsito em julgado” que o sistema jurídico exprime-se a decisão ou acórdão judicial em que não é mais possível recorrer, pode ser porque todos os recursos prováveis já passaram ou porque o tempo para apelar já terminou, ocorre ainda o trânsito em julgado quando as partes decidem por um acordo sendo este homologado (BRETAS, 2004).

O Código de Processo Civil não fixou uma concepção acerca do conceito de trânsito em julgado, cabendo aos doutrinadores fazerem isso, e estes, acabam buscando outros

ordenamentos para esclarecer o trânsito em julgado. No que tange o sentido recursal, o CPC determinou em art. 677, que a decisão que não pode mais ser analisada, ter uma nova análise seria considerada transitada em julgado (BRASIL, 2015).

Enquanto o Código Processual Civil da Itália, ao conceituar o trânsito em julgado, relaciona-o com a coisa julgada formal. Em seu art. 3.242, compreende-se que transitada em julgado é a expressão utilizada para informar que a sentença não pode mais ser impugnada, nem de forma ordinária nem extraordinária, e muito menos através da ação rescisória (FAZZALARI, 2006).

Aproveitando as lições clássicas do doutrinador Chiovenda:

A “preclusão” consiste na perda, na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer: a) se a parte não observar a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade; b) se a parte realizar atividade incompatível com o exercício da faculdade; c) se a parte já tiver exercitado validamente a faculdade (CHIOVENDA, 1993, v. 3, p. 233).

Posto isto, o trânsito em julgado ocorrerá quando uma decisão judicial não puder mais ser reavaliada e a decisão tiver dentro do tempo determinado pela legislação o que é chamado de preclusão temporal, ou, pela preclusão lógica se resistir a sentença discordância que a lei não prevê. Há ainda a preclusão consumativa que será quando houver todos os fundamentos e fatores necessários, no entanto, não será possível acrescentar.

Ao pronunciar-se sobre o assunto, Fazzalari, ele utiliza a expressão “irretratabilidade” da sentença. Para o autor, tal irretratabilidade significa o “exaurimento” – por efeito da preclusão – das faculdades, dos poderes e dos deveres atinentes aos recursos (FAZZALARI, 2006, p. 539).

Entretanto, Fazzalari, ao discorrer sobre a irratibilidade da sentença que para ele representa o trânsito em julgado de uma determinada decisão, enfatiza da seguinte forma:

Pode ocorrer na sentença que julga ou não o mérito da demanda. É um efeito exclusivamente processual. Essa situação processual que é imposta pela exigência de colocar fim à lide envolve: a) que a sentença se torna “incontestável” em juízo por obra das partes, dado justamente a sua carência de outros poderes processuais para prosseguir o processo ou para instaurar um novo sobre o mesmo objeto, obliterando a sentença já emitida (e não mais impugnável: com efeito, não é mais necessário configurar, em relação àqueles sujeitos, uma proibição de contestar a sentença, bastando a constatação de que a lei não concede a eles novos poderes para fazê-lo; b) que, por conseguinte, se torna “intocável” por assim dizer, por parte do juiz que a emitiu e por qualquer outro juiz, ainda aqui não por causa de uma proibição, mas pela simples falta de poderes (rectius: deveres): nemo iudex sine actore (FAZZALARI, 2006, p. 541).

Infelizmente, ainda que seja cativante essa posição de Fazzalari sobre o trânsito em julgado, não se percebe que nela existem os contornos processuais e constitucionais necessários para a decisão jurisdicional, isto é, para suprir os processos da democracia.

Aproveitando o entendimento de Aroldo Gonçalves,

Para garantir a legitimidade de decisão jurisdicional que permita o natural trânsito em julgado, é indispensável a existência de um espaço linguístico que garanta uma situação paritária dos participantes no processo de tomada de decisão. Tal situação só é possível em um procedimento em contraditório. Conforme ressalta Gonçalves, o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei (GONÇALVES, 2012, p. 127).

Destaca-se que, para salvaguardar a legitimidade da decisão e concordar com o quadro do trânsito em julgado, o magistrado não deve somente expor o curso de seu entendimento para que a decisão cumpra com a condição constitucional da fundamentação. Sendo dessa maneira, era o mesmo que concordar com uma decisão arbitrária.

À vista disso, estando relacionada ao princípio do Estado democrático de direito, a função jurisdicional terá garantida sua legitimidade. Como bem informa Bretas, “otimizar-se-á pela incidência articulada de dois outros princípios concretizados, quais sejam: o da supremacia da Constituição e o da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei)”. (BRETAS, 2004, p. 132).

Conclui-se esse tópico com o seguinte resultado: o padrão da democracia, a fraseologia “trânsito em julgado” granjeia contornos modernos, e por isso, não pode mais ser compreendida somente como uma consequência da preclusão. Posto isto, essa temática ajudará na elucidação sobre o resultado da legitimidade das decisões jurisdicionais quanto a prisão em segunda instância.

4.3 OBSERVAÇÃO A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Esse tópico será destinado à interpretação normativa das normas constitucionais, além de expor a supremacia da Constituição Federal diante das demais normas que compõe o ordenamento pátrio. Esse assunto ajudará a deslindar sobre a hierarquia do texto constitucional quanto a prisão.

É manifesto que a Constituição Federal simboliza a norma jurídica essencial a cada Estado, refletindo no sentido de que as constituições são construídas por uma coleção de princípios e normas jurídicas que alinha sobre a estrutura jurídica fundamental da pátria.

Como narra José Afonso Silva, a Constituição Federal é compreendida a partir de um colegiado de normas, costumeiras e escritas, que coordenam a forma de Estado, de governo, assim como o poder será construído e concentrado, ela estrutura o país, determinando os órgãos e principalmente a fronteira de seu desempenho (SILVA, 2002).

Aproveitando a sapiência de Paulo Bonavides, acerca da Constituição, o doutrinador deslinda da maneira seguinte:

A palavra Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico ou seja relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas – até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado, objeto aqui de exame (BONAVIDES, 2019, p. 103).

Em suma, a Constituição representa o esqueleto de todo sistema brasileiro. Por consequência, embora existam várias essenciais imputada à locução constituição, todas as definições pairam aos arredores de um agrupamento de normas jurídicas, que constituem a norma fundamental de uma nação (FAZZALARI, 2006).

Esses atributos tornam a Constituição uma norma audaz que ocupa o cume da pirâmide da hierarquia, do direito, da lei, assim, todas as demais normas devem estar em consonância com sua principiologia, garantindo que a Constituição é uma norma monumental construída a partir das necessidades e anseios da sociedade.

Com isso, surge a orientação jurídica de que as normas devem estar em idêntica compatibilidade com a norma constitucional, nesse sentido:

Em toda sua atuação jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição, no seu duplo sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada, em primeiro lugar, tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição, e, em segundo lugar, de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo (GUERRA, 1998, p. 11).

Os dispostos e artigos são vultosos, e assim como determinado na Constituição, eles são superiores diante de quaisquer outros ordenamentos jurídicos infraconstitucionais, posto isto, é que se aplica com mais frequência os trechos constitucionais.

Quem aponta bem a importância do texto constitucional é Alexandre de Moraes que corrobora sobre a superioridade das normas constitucionais diante de outra legislação ordinária:

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la (MORAES, 2019, p.721).

É indubitável a supremacia das regras constitucionais, haja vista que elas não são usadas somente para endossar a organização legislativa correta, mas igualmente para assegurar aos cidadãos seus direitos, e assim, oferecer garantia de forma elevada e sublime, isto envolve a defesa aos direitos básicos para a vida assim como os direitos sociais, religiosos, políticos, culturais etc.

Por fim, importa ressaltar que as garantias constitucionais acerca da proteção quanto a presunção de inocência do indivíduo, não poderá ser anulada por uma legislação que esteja em posição menos elevada.

O resultado fundamental encontrado nessa parte da monografia foi que uma norma deve estar em consonância a Carta Magna, assim, caso encontre-se em desarmonia a Constituição Federal, ainda que a lei seja fruto de um entendimento legislativo, assim, ela possuirá juridicidade. Através desse texto será possível avaliar quando o Supremo Tribunal Federal o contexto constitucional poderá ser revisado, estudado e alterado, posto que a própria Constituição assegurou esse poder ao STF.

4.4 ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Nesse fragmento deste capítulo será exposto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão em segunda instância. A partir de uma análise jurisprudencial construiu-se esse tópico, o qual vai colaborar para o deslindamento do tema proposto por essa monografia, isto é, saber se a prisão em segunda instância viola ou não o princípio da presunção da inocência.

Já não é mais novidade a fervorosa discussão causada no direito brasileiro quanto o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. A constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da prisão em segunda

instância provocou uma pirueta em todo o ordenamento jurídico, despertando atenção dos processos, e dos manuseadores do direito (FAZZALARI, 2006).

Nota-se que o debate é amplo, em suma, toda essa polêmica está relacionada a jurisprudência da Suprema Corte quanto o poder vinculante, assim busca saber se a decisão poderia prejudicar as garantias e os direitos do acusado, representando assim um assunto mais deliberado na contemporaneidade.

O entendimento dos tribunais como o STJ é a mesma do Código de Processo Civil, art. 475 – J, em que será computado o prazo de 15 dias depois da intimação do procurador da parte que foi condenada. Todavia, vários magistrados, realizam o cômputo desse prazo de forma automática, depois do trânsito em julgado, isto é, depois da sentença mais quinze dias (BRASIL, 2015).

O STF (Supremo Tribunal Federal), no ano de 2009, confirmou que somente poderia ser preso, o réu, depois do trânsito em julgado, isto é, após todas as formas legais de recursos tiverem sido esgotadas em todas as instâncias conforme a Constituição Federal assim determinou.

Entretanto, o Supremo, em fevereiro de 2016 entendeu que já poderia iniciar o cumprimento de sua pena o réu que houvesse sido condenado em segunda instância, ou seja, o réu poderia já ir para a prisão mesmo tendo ainda o direito de recorrer nos tribunais superiores. Ainda nesse ano de 2016, a corte suprema reafirmou a decisão, e no Brasil, passou a se aplicar a seguinte esta decisão. (STF, online, 2019).

Já recentemente, mais precisamente em 07 de novembro de 2019, reconheceu o plenário do STF, por 6 votos a 5, a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância. Posto isto, a regra que vale é que nenhum preso deve ser preso antes do trânsito em julgado e do esgotamento dos recursos na instância superior. Isso ocorreu justamente para que nenhum réu seja favorecido, os casos devem ser analisados de forma individual, mas a regra é somente a condenação em segunda instância não leva o réu ao cumprimento de pena imediato. (STF, online, 2019).

O recorte abaixo é importante para compreensão de como se originou o atual entendimento do Supremo, trata-se de uma passagem retirada do site do próprio STF sobre a ação ajuizada, acompanhe:

O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 54, no Supremo Tribunal Federal (STF), em que pede liminar para impedir a execução provisória de pena privativa de liberdade sem que haja decisão condenatória transitada em julgado. O partido também pede que sejam tornadas sem efeito as decisões judiciais que tenham determinado a prisão após

condenação em segunda instância e a suspensão de verbetes sumulares, como a Súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que determina a prisão de forma automática após a confirmação da sentença por um órgão colegiado (STF, online, 2019).

Ainda de acordo com a página da STF, o partido pede liminar para suspender as prisões que tenham ocorrido antes do trânsito em julgado da sentença e evitar que novas sejam determinadas sem fundamentação que indique a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP. No mérito, pede que seja confirmada a liminar e declarada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, com eficácia erga omnes e efeito vinculante. (STF, online, 2019).

O último pedido subsidiário feito na ADC é para que seja declarada a interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do CPP, caso se entenda que a prisão só poderá ocorrer após o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça. (STF, online, 2019).

Na apuração do julgamento supracitado, alguns ministros manifestaram em sentido oposto a votação, sendo: Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Dias Toffoli, e o ministro Celso de Mello. Favorecendo o entendimento de que não poderia haver a prisão antes de todos os recursos legais, votaram a favor os ministros: Edson Fachin, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Roberto Barroso. O voto do ministro Dias Toffoli foi substancial para a decisão.

O ministro Celso de Mello enfatizou sua opinião acerca do assunto, manifestando-se em consonância às normas constitucionais:

Cabe enfatizar – é compartilhado por todos os Ministros desta Suprema Corte, pois nenhum Juiz do Supremo Tribunal Federal, independentemente de ser favorável, ou não, à tese do trânsito em julgado, discorda ou é contrário à necessidade imperiosa de combater e de reprimir com vigor, respeitada, sempre, a garantia constitucional do devido processo legal, todas as modalidades de crime praticadas por agentes públicos, qualquer que seja a posição hierárquica por eles ostentada nos quadros da República, ou por delinquentes empresariais investidos de grande poder econômico. (MELLO, online, 2019).

Portanto, conclui-se com todo esse capítulo que, imperiosamente após o julgamento, ficou cognoscível o entendimento de que somente haverá prisão do acusado após todas as medidas recursais tiverem se esgotado, dessarte, não haverá prisão em segunda instância. Ademais, como destacou os ministros Fachin e Toffoli, o veredito em comento deve ser aplicado em todas as instâncias do poder judiciário.

É de suma importância na conclusão deste capítulo pontuar que os ministros supracitados sublinharam ainda que essa decisão da Suprema Corte não provoca a liberação automática dos detentos em segunda instância, isto é, o magistrado deverá perscrutar e pautar

sua decisão de acordo com o que dispõe o processo, ou seja, o juiz vai analisar cada caso. O importante é ficar claro que a decisão não implica na libertação de todos os presos.

Assim sendo, entendeu a maior parte do Supremo Tribunal Federal que a prisão antes de esgotada todos os recursos oferecidos pelo ordenamento jurídico ferem a Constituição assim como surra o princípio da presunção da inocência consagrado pelo direito brasileiro. Dessa maneira, os ministros entenderam que não poderá o acusado ser considerado culpado até o trânsito em julgado.

Como principais resultados obtidos neste trabalho, cita-se que a presença dos recursos são indispensáveis à comprovação da inocência do acusado, e, por isso, até que seja utilizado todas as formas legais para recorrer da decisão o indivíduo não poderá ser privado da sua liberdade, e ainda, que, a execução da pena provisória contrária a presunção da inocência.

Muito contribui esse capítulo para a elucidação da problemática, considerando o grande crédito da doutrina, da legislação e das jurisprudências que, juntas esclareceram mais sobre essa emblemática, concordando que as decisões têm efeito erga omnes, e será aplicada para todas as instâncias do Poder Judiciário

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão a essa monografia, passa-se a apresentar todo desfecho verificado pelos capítulos expostos neste trabalho. Inicialmente a tarefa a ser cumprida foi de demonstrar como os direitos e garantias fundamentais da pessoa estão preconizadas no ordenamento jurídico do Brasil, a importância desse tópico emerge do fato de que a liberdade de qualquer indivíduo é um direito que não pode ser cerceado de qualquer forma, e por isso, é de suma significância a apreciação do devido processo legal.

Foi demonstrado que a Constituição de 1988 destinou preocupação sobre a proteção de tudo aquilo que foi consagrado e desmarcado como essencial no ordenamento jurídico do Brasil, dessa forma, o conjunto de direitos e obrigações previstos no texto constitucional, exprimem na verdade, o acolhimento da norma suprema com os direitos essenciais que cada pessoa deve ter. Quando escreveu isso em seu teor, a Constituição almejou resguardar as garantias já que elas passam a ser tratadas como normas fundamentais.

Conforme apresentado nesta monografia, as garantias fundamentais, o princípio da presunção da inocência ganhou um espaço memorável neste trabalho, já que desenvolver sobre os direitos fundamentais da pessoa e falar da liberdade está atrelado ao pensamento de que ninguém será considerado culpado até enfrentar um processo e ter um julgado límpido e apurado, somente assim determinar-se-á a culpa e a condenação de qualquer ser humano nas normas brasileiras.

O trabalho deixou claro ainda que da mesma forma como o Estado tem a incumbência de promover e salvaguardar os direitos fundamentais de qualquer indivíduo assim como grafado na Carta Magna de 1988, os poderes público tem o dever legal de defender os direitos concebidos considerando que o Estado é representado pelo poder público.

Durante o desenvolvimento do segundo capítulo, verificou-se alguns apontamentos sobre a prisão no Brasil. Para tanto, foi imprescindível discorrer sobre a Lei Nº. 7.210/1984, Lei de Execução Penal, com a finalidade de esclarecer como a prisão foi determinada, quais requisitos a serem cumpridos, e qual a exigência formal da legislação para se admitir uma prisão em território nacional. Não obstante, foi realizado um estudo acerca do direito de recorrer das decisões no âmbito penal.

Assim como foi discutido no trabalho o ordenamento jurídico brasileiro enxerga como regra a liberdade, já prisão seria uma exceção. Posto isto, a prisão efetivada após o estudo

pela segunda instância seria um incidente vigente pelo sistema de normas brasileiro, em que autoriza a execução da pena depois da condenação em segunda instância, e por isso, tornou-se alvo de debates e especulações jurídicas.

O embaraço ocasionado sobre a presunção da inocência em face da prisão em segunda instância teve seu debate reavivado com a primeira jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que reconhecia a prisão depois da condenação em segundo grau, isto é, antes de todos os recursos serem interpostos aos órgãos elevados para nova apreciação.

Assim, o último capítulo dessa monografia abordou sobre a prisão em segunda instância frente o princípio da presunção da inocência. Foram apresentadas algumas vertentes do princípio da presunção da inocência, do trânsito em julgado apontando seus conceitos, assim como pontuado algumas observações a supremacia das normas constitucional.

Por fim, no último capítulo, foi tratado sobre a decisão do STF sobre a prisão em segunda instância através do julgado que ocorreu em 07 de novembro de 2019. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de que não poderá haver prisão em segunda instância, notar-se um entendimento em harmonia as normas da Constituição Federal e também do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, o ano de 2019 foi associado ao garantismo jurídico, devidos às decisões proferidas pelo STF, onde o estado mesmo com sua "potestade punitiva" deve respeitar as garantias constitucionais e aplicá-las, tomando o primeiro passo para que se torne um Estado constitucional de direitos, conforme afirma Carvalho, o "rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico". (CARVALHO,2018)

A decisão adotada contra execução provisória da pena em segunda instância não foi diferente, pois abarcou garantias constitucionais dentre elas o princípio da presunção de inocência que está ligada à garantia das liberdades individuais, garantido que o direito do cidadão de ter o devido processo legal e os prazos processuais, evidentemente que ao assim agir aplica-se de forma direta a constituição.

Destaca-se o conceito breve de presunção de inocência para Bulos:

Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *iuris tantum*, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios (BULOS, 2020, p. 714).

Portanto, foi reafirmado pela suprema corte que a prisão em segunda instância contraria as normas constitucionais assim como o princípio da presunção da inocência, nesse sentido, prevalece o entendimento de que qualquer indivíduo somente poderá cumprir a pena quando esgotado todas as possibilidades recursais. Assim como já exposto no trabalho a decisão tem efeito “erga omnes” e o cumprimento é obrigatório.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Antonni; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador. JusPodivm, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores, 2017.
- ALVES. Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal, Parte Especial – Procedimentos, Nulidades e Recurso**. 7 ed. Editora JusPODIVM, 2017. 441 páginas.
- AUGUSTO, Couto de Brito, Alexis. **Execução Penal**, ed. Quartier Latin do Brasil. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A Construção de um conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Trad. De Humberto Laport de Mello. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- BATISTI, Leonir. Presunção de Inocência: **Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª Edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.
- BONFIM, Edilson Mougnot, **Curso de processo penal**. 4. ed. de acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19.12.19.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06.04.2020.
- BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 07.04.2020.

BRASIL, STJ, **Tribunal Pleno**, HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-16/stf-faz-perguntas-respostas-prisao-instancia>. Acesso em: 03.03.2020.

BRETAS, Ronaldo Dias de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1ª ed. 2ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAMPOS, German J. Bidart. El Derecho De La Constitución Y Su Fuerza **Normativa**. Primeira reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 2004

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27ª edição. Rio de Janeiro, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Júris, 34ª edição. 2020.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Cosa giudicata e preclusione**. In: Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3.

DEPEN – **Departamento Penitenciário**. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/>. Acesso em: 22.03.2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. vol. III.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Trad. Eliana Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitutionalismo principialista y constitucionalismo garantista. DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho**, 34 (2011), ISSN 0214-8676.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías. Segunda reimpresión**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

FILHO, Tourinho. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. Rio de Janeiro, 2018.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 19ª edição. Del Rey: Belo Horizonte, 2019.

FOUCAULT, M. (1987). **Microfísica do poder. Trad. de Roberto Machado**. Rio de Janeiro: Graal.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2ª edição. Del Rey: Belo Horizonte, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GUERRA, Marcelo L. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1998.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**, Volume 1, 22ª edição, ed. Impetus, 2020.

HÄBERLE, Peter. **La Garantía Del Contenido Esencial De Los Derechos Fundamentales En La Ley Fundamental De Bonn**. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Sergio Antônio Fabris, 1ª edição, Porto Alegre:SAFE, 2004.

LENZA, Pedro de. **Direito Penal Processual Esquematizado**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, Volume Único. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal / Aury Lopes Jr.** – 17ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020.

MELO, Celso. **prisão após segunda instância**
https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/A2B12706CC89CA_ADC43-celso.pdf.
Acesso em: 22.04.2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª.ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo**, Curitiba: Juará Editora. 2008.

MORAIS Alexandre, Rosa, **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**, 6ª edição. Editora EMais, Santa Catarina, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª edição. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14ª edição, ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21º edição. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27ª edição. São Paulo: ed. Atlas, 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito De Para Todos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STF, Portal Supremo Tribunal Federal. **Possibilidade de prisão após segunda instância é objeto de nova ADC no Supremo**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375810&ori=1>. Acesso em: 22.04.2020.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

THOMPSON, E. **A miséria da teoria - Ou um Planetário de Erros**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.