

**NAYARA OLIVEIRA BARREIROS**

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.**

ANÁPOLIS-GO

2019

**NAYARA OLIVEIRA BARREIROS**

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.**

Artigo apresentado com requisito parcial a  
obtenção do título de graduação, Curso  
de Direito da Faculdade Raízes

Orientador: Prof.Esp. Gabriel Castro  
Borges Reis

ANÁPOLIS-GO

2019

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

### **DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.**

Tese apresentada a Faculdade Raízes,  
programa de graduação em direito, 2019.

**BANCA EXAMINADORA.**  
Membros componentes da Banca Examinadora:

---

Presidente e Orientador: Prof.Esp.Gabriel Castro Borges Reis  
Faculdade Raízes

---

Membro Titular: Profº.  
Faculdade Raízes

---

Membro Titular: Profº.  
Faculdade Raízes

---

Membro Titular: Profº.  
Faculdade Raízes

**Anápolis, 15 de maio de 2019**

# DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

<sup>1</sup>Nayara Oliveira Barreiros

<sup>2</sup>Gabriel de Castro Borges Reis

## RESUMO

O presente artigo tem como foco a discussão acerca da prisão em segunda instância, abordando suas questões, consequências e reflexos jurídicos originados pela mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal. O tribunal entendeu a execução da pena em segunda instância como uma possibilidade jurídica, que garante o cumprimento da lei penal, mesmo diante do pragmatismo jurídico da decisão. A inovação interpretativa originou reflexões divergentes no meio jurídico, face o potencial de violação ao princípio constitucional da presunção da inocência ou não culpabilidade, que estabelece o réu como culpado somente depois de ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória. Por outro lado, o trabalho também visa refletir acerca da prisão em antes do trânsito em julgado da decisão condenatória em face de possibilidade de seu valor pragmático, já que sua aplicação considera o réu condenado em segunda instância como apto ao cumprimento de pena imediatamente, sem que se aguarde a decisão em instâncias superiores. Portanto, o texto tratará dos princípios constitucionais afetados pela questão, principalmente, aqueles relacionados ao direito do réu no processo, do pragmatismo jurídico, das normas concernentes, com a utilização das doutrinas jurídicas pertinentes e da jurisprudência atuais sobre o tema.

**Palavras-chave:** Prisão em segunda instância; Presunção da inocência; Pragmatismo Jurídico. Execução.

## THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE PRISON IN SECOND INSTANCE

### ABSTRACT

The present article focuses on the discussion about arrest in second instance, addressing its issues, consequences and legal reflexes originated by the change of understanding of the Federal Supreme Court. The court considered the execution of the sentence at second instance as a legal possibility, which guarantees compliance with criminal law, even in the face of the legal pragmatism of the decision. Interpretive interpretation originated divergent reflections in the juridical environment, in view of the potential violation of the constitutional principle of the presumption of innocence or not guilt, which establishes the defendant as guilty only after the final decision on the conviction has passed. On the other hand, the work also aims to reflect on the prison before the transit in judging the conviction decision in the face of possibility of its pragmatic value, since its application considers a defendant sentenced in the second instance as apt to the sentence immediately, without wa

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Raízes, cursando o 9º período, nay521@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor orientador, Especialista em Direito Civil e Processo civil, Mestrando pelo Programa de Pós Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG (PPGIDH/UFG). gcborgesreis@hotmail.com

decision in higher instances. Therefore, the text will deal with the constitutional principles affected by the issue, especially those related to the defendant's right in the process, legal pragmatism, and the relevant norms, using the relevant legal doctrines and current jurisprudence on the subject.

**Keywords:** Prison in second instance. Presumption of innocence. Legal Pragmatism. Execution.

## INTRODUÇÃO

O tema em debate causou diversas reflexões e divergências entre a comunidade jurídica. Afinal, a prisão em segunda instância, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, passou a ser utilizada com objetivo de efetivar cumprimento da sentença, sem que haja uma espera para seu andamento.

Diante da celeuma, torna-se necessária a reflexão do princípio da não culpabilidade, uma vez que este coloca uma situação diferente para o acusado, que nos moldes como apresentado por determinados doutrinadores - e que serão mostrados no momento oportuno no presente artigo - deveria conceder ao réu o direito de aguardar em liberdade até que se esgotem as suas possibilidades recursais.

Em contrapartida, a prisão em segunda instância e antes do trânsito em julgado da decisão - com a mudança interpretativa dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) - começou a gerar o cumprimento imediato da sentença, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão.

O entendimento proferido quando do julgamento de fevereiro de 2016 do *Habeas Corpus* nº 126.292, que por sete votos a quatro, ocasionou na possibilidade de execução provisória da pena, a partir de decisão em acórdão condenatório de segunda instância, não estaria ofendendo ao referido princípio constitucional pela análise realizada pelo STF.

Destarte, o artigo trata a respeito da modificação do entendimento firmado e as motivações, pelas quais o citado o princípio da não culpabilidade, não seria mais um obstáculo para o cumprimento da prisão, após a decisão condenatória em segunda instância, mas ainda sem transitar em julgado. Mesmo sendo, os princípios constitucionais imprescindíveis ao direito penal e processual penal, uma vez que rege a seguridade do acusado, a manutenção das normas, revestindo-se enquanto

garantias individuais do réu que conseqüentemente promovem e garantem o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o tema será abordado mediante a realização de uma revisão bibliográfica, com destaque para análise das jurisprudências atuais sobre a temática visando refletir acerca das questões apontadas, concatenando os referidos entendimentos jurisprudenciais com os conceitos tratados doutrinariamente e relacionados com a presente pesquisa.

Seguindo de questões que levaram os ministros a mudança do entendimento, compartilhando dos reflexos jurídicos, da questão pragmática da decisão, analisando pontos negativos e positivos da mudança e em especial refletir na ocasião sobre a presunção da inocência, e analisar o motivo pelo qual a prisão em segunda instância é inconstitucional. Com reflexões de doutrinadores e jurisprudências que obtiveram um entendimento favorável e negativo a respeito da execução provisória da pena.

## **1. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA**

Neste primeiro tópico busca-se elucidar a respeito dos princípios relacionados pela mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal originado pela decisão do *Habeas Corpus* 126.292/2016, que obteve opiniões divergentes com relação à execução da pena em segunda instância, que ao ser analisada entenderam que fere o princípio constitucional conhecido como a presunção inocência ou da não culpabilidade.

Em razão disso vai ser feito uma análise da ampla defesa do contraditório e do devido processo legal, que são direitos inerentes ao réu para garantir sua defesa, e posteriormente dissertar a respeito da duração razoável do processo, e a importância do princípio na jurisdição Brasileira.

De forma simplificada para entender o tema a ser discutido neste tópico, é importante tratar a respeito da importância do princípio no nosso ordenamento jurídico, assim então Miguel Reale:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis” (REALE, 2003, p. 37)

Reale então analisou que os princípios buscam orientar os juristas a uma análise aprofundada do sistema judicial, colaborando com a elaboração e aplicação das normas. Valendo-se de que o princípio corrobora um valor fundamental em um julgamento processual.

Desta forma ao analisar a eficácia do princípio na jurisdição brasileira, e em especial na constituição de 1988, é de relevância identificar, que o princípio na legislação vigente no país em especial na esfera penal, que tem a finalidade de julgar decisões, e comprovar a sua matéria inconstitucional.

Compartilhando da mesma linha de pensamento:

Os princípios são normas com um grau maior de abstração em relação às regras; os princípios carecem de uma mediação concretizadora, enquanto as regras já seriam aplicáveis diretamente; os princípios são fundamentais, na medida em que correspondem à estrutura do sistema jurídico. As regras apoiam-se nos princípios; os princípios são *standans* ou pautas vinculantes que traduzem as ideais de justiça ou de direito. Já a vinculatividade das regras está ligada ao seu conteúdo meramente funcional; os princípios são fundamentos de regras, isto é, constituem a *ratio* de regras jurídicas (CANOTILHO, 1998, p.38).

A visão apresentada pelo o autor analisa que o princípio no direito penal tem como finalidade ser um alicerce para a estrutura no sistema jurídico, e que são regras que constituem um caráter que não são aplicados diretamente, porém são adotados como tradução da justiça e aplicação da lei. Diante disso os princípios são de caráter fundamental, e possuem como característica a estruturação do sistema jurídico Brasileiro.

## **1.1 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE**

O presente princípio consagrado na constituição vigente brasileira no artigo 5º inciso LVII e também chamado de princípio do estado de inocência ou princípio da não culpabilidade que tem como objetivo assegurar a inocência do acusado, até que seja considerado culpado após sentença penal condenatória, teve seu surgimento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 9º assegura que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado.

No entanto, a presunção da inocência esta presente também na Declaração Universal de Direitos Humanos, que dispõe em seu artigo XI:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Ressalta-se, que a questão da culpabilidade é vista com imprescindível relevância para se determinar a presunção da inocência, no que tange a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em outra ótica, percebe-se que a questão da culpa não é mais discutida na constituição de 1988, e sim o trânsito em julgado, conforme seu artigo 5º LVII que aduz que ninguém seria considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Todavia, assegura Pastous Caleffi, em sua tese de mestrado, a respeito da interpretação do princípio de não culpabilidade:

Nesse sentido, a presunção de inocência deve ser referendada como uma imprescindível garantia constitucional do indivíduo no processo penal, restando perfectibilizada na necessidade de ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para efetivação da prisão. Seja como 'norma de tratamento', como 'norma probatória' ou como 'norma de juízo' (ou também como 'regra de fechamento'), a presunção de inocência caracteriza-se como regra imutável e, portanto, não estando suscetível a criações interpretativas do alcance de seu conteúdo (CALEFFI, 2017, p.12).

Caleffi, então entende que o princípio supramencionado descrito como presunção da inocência ou da não culpabilidade, tem a função de identificar e presumir o inocente, e considera que é totalmente distinto a interpretação da execução da pena até o trânsito em julgado. Assim caracterizando a presunção da inocência como uma norma imprescindível para ser discutida.

Com harmonia com os pensamentos de Caleffi, que tem como pensamento que a decisão ocorrida em 2016 pelo *Habeas Corpus* de nº 126.292 infringiram sem sombra de dúvidas a não culpabilidade, verificou Ribas citando Lopes (2016 *apud* 2016 p.28):

O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como 'presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um 'dever de tratamento' no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente

tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.

Mediante a análise trazida pelo autor, entende-se que a presunção da inocência foi recepcionada pelo sistema judicial no Brasil. Em razão disso decorre de premissas importantes, que neste caso diz respeito ao tratamento do acusado, em que a sua condição de culpado deve ser depois da ocorrência do trânsito em julgado, assim o tratamento do réu que nesse sentido não poderia ser relacionado à condição de culpado.

## **1.2. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Se tratando de princípios inerentes a relação processual do acusado, a presunção da inocência tem a sua correlação com o princípio do devido processo legal, pois um indivíduo para que seja reconhecido inocente ou culpado, necessita de um processo justo, que tem como finalidade que o processo seja dotado de todas as garantias constitucionais, inclusive a presunção da inocência. O princípio em questão se encontra na constituição de federal de 1988, em seu art. 5º LIV, que prevê: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O devido processo legal oferece ao indivíduo, uma dupla proteção tanto no âmbito material e formal, que desta forma não foi observado as suas regras fundamentais, o processo se tornará nulo. E assim assegura a proteção aos bens jurídicos, a liberdade, vida e propriedade. Nessa mesma linha Tourinho Filho:

O devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do Julgador, direito às vias recursais, proibição de reformatio in pejus, respeito à coisa julgada (ne bis in idem), proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física,

liberdade e igualdade (TOURINHO FILHO, 2008 ,p.26 *Apud* SILVA FILHO,2009,p.11).

Ao ser analisado, o presente princípio entende-se que a execução da pena antes do trânsito em julgado afeta as condições preceituadas no devido processo legal, que prevê ressalvas a proteção e a defesa do indivíduo e sua liberdade, assim o autor citado faz uma breve análise a respeito do que seria o devido processo legal, que tem como finalidade a similaridade com o estado e a defesa.

Paulo Macarenhas teve o seu apontamento a respeito do devido processo legal:

Trata-se de dupla proteção que é concedido ao indivíduo, nos âmbito material e formal. O primeiro diz respeito à proteção do direito de liberdade, enquanto o segundo assegura ao cidadão o direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação válida, à produção de provas através de todos os meios admitidos lícitos, de ser julgado por autoridade competente, aos recursos, à coisa julgada e à revisão criminal. (MACARENHAS, 2010, p.76)

Verifica-se, portanto que o devido processo legal abrange a proteção do indivíduo mediante o seu direito de defesa, assim tendo o direito de ser julgado justamente levando com ele todos os meios admitidos em provas para comprovação ou não de sua inocência.

### **1.3 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO**

Em nossa legislação estão assegurados a ampla defesa e o contraditório no artigo 5º da constituição federal de 1988 em seu inciso LV que dispõe da seguinte forma: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes".

Ambos os princípios estão relacionados à defesa do réu, por exemplo, o contraditório tem como finalidade que o acusado pode se manifestar no processo, e que apresente os seus devidos argumentos. Assim entendeu sobre o assunto Neury Junior:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que

tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório (JUNIOR, 1995, p.122 *Apud* SOUZA FILHO, 2008, p.14).

Neury Junior então descreve que, o princípio do contraditório tem a sua ligação com o direito das partes em serem iguais em uma relação processual, um direito de defesa adquirido pelo réu, e um princípio fundamental para ordem, assim percebe-se que a execução antecipada do paciente, além de infringir a presunção da inocência, trata-se também de discordar de princípios relacionados com a defesa do acusado.

Com harmonia com a presunção da inocência, a ampla defesa se trata dos direitos que são inerentes ao acusado terem a possibilidade de apresentar provas e até permanecer em silêncio mediante uma audiência, ou interrogatório. Seguindo nesta preceituação, analisa-se que a ampla defesa do réu está afetada, visto que o acusado não poderá aguardar em liberdade até que sejam esgotadas as suas possibilidades recursais, assim não adquirindo a sua ampla defesa.

#### **1.4 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

Assim tratando-se de princípios que recorrem à defesa do paciente, a duração razoável do processo no sistema judicial também haveria de ser analisada, pois a demora que decorre de um processo diversas vezes implica tanto em uma inércia do estado como a súplica da sociedade aguardando uma decisão que se prolonga por anos. Petter tratou a respeito da duração razoável do processo:

Embora tenha sido assegurado explicitamente na Constituição brasileira de 1988 o direito ao processo no prazo razoável (art. 5º, LXXVIII), não se fixou prazos máximos para a duração do processo, nem ao menos houve delegação à lei ordinária no sentido de regular a matéria. Portanto, adotou-se na ordem jurídica brasileira o sistema do não prazo (ROSA; FILHO, 2014, p. 41 *Apud* PETTER, 2015, p.36).

Para tanto, a análise apresentada pelo autor apresenta outra reflexão a ser explanada, pois levando em consideração a ampla defesa o contraditório o devido processo legal, verifica-se, por conseguinte a duração do processo, que não pode ser esquecida nesta questão.

Assim, além de levar em pauta os direitos inerentes ao réu, deve-se respeitar a prorrogação que se leva um processo que chega a instâncias superiores que ocorre por diversas vezes a possibilidade do acusado cumprir a pena, somente após o trânsito em julgado, que assim acaba permanecendo em liberdade por diversos anos.

No entanto, a duração prolongada não prejudica somente a sociedade que busca por justiça, mas também o acusado que em certas situações fica na expectativa de um resultado favorável. A respeito da duração Hoffman:

É inconcebível que em um mundo moderno, capaz de enviar informações de uma parte a outra instantaneamente ou de transmitir uma guerra em tempo real, à burocracia, o formalismo e a falta de estrutura mantenham o Poder Judiciário arcaico e ineficaz. É inadmissível que um processo tenha duração maior que a necessária para assegurar a justa decisão. (HOFFMAN, p.573, 2005 *Apud* MORAES, p.18-19, 2007).

O autor faz uma crítica pertinente a respeito do mundo atual, que se encontra adotado de diversas tecnologias, que superaram a evolução. E que não as adequaram ao sistema judicial, onde a ocorrência de processos se prolongarem por anos, sem resolução de mérito, é de natureza comum.

Por derradeiro, conclui-se neste tópico que os princípios analisados são de suma importância para o julgamento no processo, o devido processo legal para que o acusado tenha um processo justo com todos os requisitos a ele inerentes como a ampla defesa e o contraditório.

A análise a duração razoável do processo relaciona-se em um processo que não prolongue por anos, e que sejam considerados tantos os princípios que são ligados para beneficiar o réu, como também para que seja feita um processo com todas as garantias constitucionais previstas.

## **2. QUESTÕES QUE LEVARAM A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL**

Neste segundo tópico busca refletir a respeito do que levaram os ministros a mudar o seu entendimento, e quais foram suas afirmativas na decisão que ocorreu no ano de 2016, analisando o Habeas Corpus 126.292, que originou a atual mudança na jurisprudência, e julgados que esteja conexo com o tema.

A partir da promulgação da constituição federal de 1988 o STF não teve a observância de analisar o artigo 5º, LVII, até então em 2009 no Habeas Corpus

(84.078),o STF decidiu que a execução da pena só haveria de ocorrer até analisar o último recurso recorrível, com esta decisão o condenado em 2<sup>o</sup> instância continuou aguardando em liberdade até seu último recurso ,que seria no Supremo Tribunal Federal, nessa ocorrência analisa-se o *Habeas Corpus*(84.078):

*HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos 22 veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional , o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação[art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]são do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da*

garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL02391-05 PP-01048).(BRASIL,2009)

O julgado esclarece que a antecipação da execução da pena não tem conexão com o texto constitucional, e que se deve analisar a constituição de 1988, que se o acusado cumprir a pena neste momento estaria restringindo o seu direito de defesa, e a garantia à liberdade.

Diante disso, se refere também que a ampla defesa está em todos a esferas recursais, e que a possibilidade de execução da pena antes de passar por todos os recursos disponíveis, não estaria de acordo com os princípios supramencionados da ampla defesa do contraditório e do devido processo legal.

Nesta ótica, obteve sua decisão declarando ser inaceitável a execução, sem que sejam analisadas todas as circunstâncias da infração penal, assim negando em toda qualquer possibilidade de execução da pena, que desta forma, só ocorreria com o trânsito em julgado da condenação.

No entanto, após essa decisão no ano de 2016 ocorreu outra decisão, que ao contrário da analisada o Supremo Tribunal Federal entendeu em sua linha de decisão que o réu não tinha necessidade de aguardar o julgamento até o último recurso recorrível.

O que levou a uma discordância com princípio de suma relevância para o entendimento em questão, que ao ser analisado prevê a inconstitucionalidade da decisão, como foi analisada anteriormente no primeiro tópico do artigo, a presunção da inocência ou não culpabilidade, prevê que o réu não tenha a sua pena executada até o trânsito em julgado.

## **2.1 HABEAS CORPUS 126.292/2016**

O *Habeas Corpus* a ser mencionado neste artigo teve a sua originalidade com o seu desacordo com o HC. 313.021/SP decisão do Superior Tribunal de Justiça, que em sua decisão, proferiu nos autos a condenação do querelado a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de crime de roubo. Por conseguinte com a inconformidade com a decisão, novo recurso foi proferido, que foi o *Habeas corpus* de nº 126. 292 de fevereiro de 2016.

A decisão teve em consonância uma nova jurisprudência e uma nova percepção, com as possíveis execuções de pena, o que possibilitou que o réu possa cumprir a pena após sua condenação em segunda instância, mesmo que fosse recorrível. O que suscitou a sua inconformidade com a presunção da inocência.

Assim compartilhando com equivalência do mesmo entendimento:

O Supremo Tribunal Federal, todavia, com base no princípio da presunção da inocência, firmou entendimento de que a pessoa que respondeu ao processo em liberdade não poderá ser presa nem mesmo quando a condenação for confirmada em 2º instância, se ainda houver recurso pendente de julgamento nos tribunais superiores. O mandado de prisão só poderá ser expedido após o trânsito em julgado do último recurso (LENZA, 2012, p. 77 *Apud* DIAS, 2016, p. 23).

Na análise de Lenza, destaca-se que a prisão em segunda instância, tem a finalidade de evitar que a execução da pena ocorra somente após o réu ser julgado em última instância, possibilitando uma efetividade na jurisdição. No entanto, a decisão ainda seria incompatível com a constituição federal, e com os direitos do querelado a defesa, de ter que aguardar em liberdade.

Todavia, segue abaixo o *Habeas Corpus* 126.292/2016 em sua decisão do plenário:

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI PACTE. (S) :MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE.(S) :MARIA CLAUDIA DE SEIXAS COATOR(A/S)(ES) :RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos,

acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ministro TEORI ZAVASCKI Relator

A decisão no plenário foi unânime, e decidiram pela a execução da pena em segunda instância com quatro votos a denegando e sete votos a favor.

## **2.2 BREVE ANÁLISE DA VOTAÇÃO DOS MINISTROS NO *HABEAS CORPUS* 126.292/2016**

Os votos dos ministros foram divididos, e alguns tiveram seus pensamentos traduzidos em princípios constitucionais, no atual sistema prisional, alinhando-se com a presunção da inocência e com a segurança jurídica, analisaram posteriormente questões da sociedade, e a necessidade de uma nova revisão. Salientando-se a respeito dos recursos que na observância dos que votaram na execução da pena em segundo grau, são de caráter protelatórios. Em razão disso, analisam-se os votos dos ministros da corte suprema.

O Ministro Teori Zavascki em seu voto analisou:

O Tema relacionado com a execução Provisória de sentenças penais condenatórias envolve a reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da inocência aliado a busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também a sociedade diante da realidade do nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal (ZAVASCKI ,STF, HC 126.292, p.40).

O ministro relata que a presunção da inocência tem que se alinhar com a efetividade da jurisdição, que assim não se deve analisar somente o que afeta o acusado, mas também a valores da sociedade, que se obtém uma realidade complexa na justiça criminal, que diversas vezes o réu não cumpre a pena, e acaba chegando na prescrição do processo, sem que haja resolução de mérito. O relator refletiu também:

E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas

excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. (ZAVASCKI, STF, HC 126.292, p.16)

Ressalvou a questão do recurso extraordinário em que não é tão verificada a culpabilidade do acusado, mas sim situações de matéria, afirmando que a culpa já foi considerada na segunda instância.

Assim o ministro Luiz Fux votando com o mesmo raciocínio do relator em seu voto obteve a seguinte explanação “presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, no máximo, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores” (FUX, STF, HC 126.292, 2016, p.60), assim o ministro prediz que a culpa do agente já foi reconhecida em segundo grau de jurisdição, e que os fatos já foram comprovados, e o que resta para os tribunais superiores, são questões de matéria, e que assim não mais serão requisitos das cortes superiores, assim com pensamentos alinhados o relator.

O ministro Luis Roberto Barroso, abordou a seguinte reflexão “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes” (BARROSO, STF, HC 126.292, 2016, p.27).

Considerando que a culpa nesta questão já foi apurada, com o levantamento de provas, e fatos apresentados, e que a efetividade da justiça tem uma relevância significativa, não haveria que se falar em inocência do réu. Assim o ministro também prediz “quando ocorre demonstração da responsabilidade penal finaliza a apreciação de fatos e provas, a presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com a efetividade da lei penal” (BARROSO, STF, HC 126.292, 2016).

Assim o ministro Barroso, então analisa que após a demonstração da culpabilidade do acusado e a finalização das questões de fato que são apuradas em segundo grau, a presunção da inocência não pesa tanto quando se refere a outros princípios norteadores do direito.

A ministra, Rosa Weber, em seu voto, quis manter a jurisprudência da casa, e observou da seguinte forma:

Ocorre que tenho adotado como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A

vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida que os fatos e a própria realidade evoluem. (WEBER,STF, HC 126.292, p.55)

A ministra Rosa Weber, desprendendo-se dos votos dos ministros citados anteriormente, manteve a sua decisão, apontando que são enfrentadas questões constitucionais, e que não discorda que seja revisada uma nova jurisprudência, porém a ministra preza pelo princípio da segurança jurídica, e que procura seguir neste caminho.

A ministra referiu também “eu, talvez por falta de reflexão maior, não me sinto hoje à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta”(WEBER,STF, HC 126.292 2016), com uma reflexão diferente a dos ministros que foram referidos no decorrer do artigo, weber não votou a favor da nova revisão, pois não se sentiu a vontade para votar positivamente naquele momento.

No entanto a ministra Carmen Lúcia que votou junto com a maioria dos colegas, em seu voto examinou:

Portanto, naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito” (LÚCIA,STF, HC 126.292, 2016 p.62)

A ministra refletiu seu voto tratando-se, de que não parecia afronta ao princípio da não culpabilidade, pois, já se foi passada a fase de probatória e então só se discutia matéria de direito. Como analisou anteriormente os ministros que também votaram na execução da pena, as provas já haviam sido manifestadas em segundo grau.

Gilmar Mendes, que votou pela execução provisória da pena, ressaltou a questão tratando-se de que após todas as questões apresentadas analisou novamente sobre a questão e que caso grave vem ocorrendo que comprometem a efetividade da justiça (MENDES,STF, HC 126.292,2016). Decorre, então que o ministro salientou a sua preocupação com a efetividade da justiça, e assim votou favorável ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, e ainda reiterou a respeito da quantidade de recursos que o Supremo Tribunal Federal vem recebendo. Assim disse o ministro:

Todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado,que muitas vezes

levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. (MENDES, STF, HC. 126.292, p.65)

Tendo em vista que a prescrição é um fenômeno comum, o ministro acredita que tomar cuidado para que evite a sua ocorrência é importante, e que assim os recursos que chegam para o Supremo, como embargos declaratórios são para o impedimento do trânsito em julgado, sendo assim prescreveria sem que o réu não fosse punido.

O ministro Luís Roberto Barroso acompanhando da mesma linha de pensamento de Gilmar Mendes caracterizou a sua concepção da seguinte forma:

Então, com certo apoio velado da sociedade, aquele pequeno comerciante ou pequeno empresário, ou aquele que foi afrontado com, eventualmente, um homicídio não punido, ele contrata um matador e resolve o seu problema com uma justiça paralela, que é apenas um sintoma mais grave que a Justiça formal não foi capaz de atender a demanda dele. (BARROSO, STF, HC. 126.292, p.74)

O ministro então analisou que a justiça Brasileira não vem sendo alcançada por alguns cidadãos, e que assim aquela pessoa que não obteve sua justiça efetivada, buscou outros meios para solucionar o seu problema, que não estão dentro dos padrões da sociedade e da moral.

O ministro Edson Fachin no mesmo raciocínio de Barroso e Mendes levantou o seu voto com as seguintes afirmativas "sempre haverá um recurso oponível a uma decisão por mais incabível que seja e que a execução da pena só ocorreria se o réu parasse de opor embargos declaratórios" (FACHIN, STF, HC 126.292, 2016) para tanto o ministro na sua alegação quis analisar que a propositura de recursos não teria fim, e que o acusado evidentemente não se cansaria de propor novos recursos mesmo que suas alegações sejam intoleráveis e incabíveis.

O ministro Celso de Melo analisou seu voto com as seguintes ressalvas:

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções

privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos. (MELO,STF, HC 126.292, p.6-7).

O ministro Celso de Melo, votando contra a decisão proferida pela a maioria dos colegas ministros, relatou que a presunção da inocência prevalece na constituição federal vigente, e que representa a proteção do querelado. Melo não votou com a maioria dos ministros, e analisou o seu voto reafirmando que a presunção da inocência não pode ser ignorada.

O Ministro presidente na época, Ricardo Levandoswki, demonstrou a sua reação insatisfatória ao ver a questão sendo discutida, analisando as questões do sistema prisional brasileiro, e levantou a seguinte ressalva "nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?" (LEVANDOSWKI,STF, HC. 126.292,2016 p.98).

O ministro não aprovando a mudança de entendimento dos outros ministros que votaram, acredita que a execução da pena antecipada resolveria as questões no nosso sistema criminal e pelo contrário, ocorreria acúmulo de presos nos presídios. E ainda reiterou:

Nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (STF, HC 126.292, 2016, p.101)

O ministro analisou seu voto se baseando na questão em que o réu ficará em condições desumanas, aguardando o estado e as possibilidades de uma absolvição, e não teria como ser restituído deste tempo que passou com a sua liberdade restringida. Levandoswki ainda preceituou a respeito da presunção da inocência:

Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade a meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência (LEVANDOSWKI,STF,HC.126.92 p.96

Corroborando com Melo, o ministro analisou que nem a efetividade da justiça poderia ser comparada ao princípio constitucional da presunção da inocência, que assim não poderia ser infringindo, e considerou que são importantes os

argumentos explanados para os que votaram a favor, por exemplo, os tribunais superiores terem uma demanda significativa de recursos, mas, no entanto discorda da maioria absoluta dos colegas ministros.

Considerando o que foi apontando pelos ministros que resultou a mudança, percebe-se que levou em pauta tanto a efetividade da jurisdição Brasileira, como também afirmaram que os recursos após a segunda instância (especial, extraordinário), são recursos que não lidam mais com questões probatórias, e que a culpa do paciente já havia sido comprovada em decisão anterior, pois se ocorre que as provas já foram esgotadas. Levando em conta o pragmatismo jurídico que tem como objetivo observa as ações humanas no meio social e levá-las ao judiciário.

Para tanto os ministros que discordaram da decisão teve o seu fundamento acreditando que a presunção da inocência trata-se até o trânsito em julgado, portanto seria inconstitucional ter que ignorar a ressalva de tal princípio. Houve também considerações a respeito do atual sistema prisional brasileiro, que segundo Levandowski em seu voto, verificou que se encontra em estado caótico, e as execuções de pena se iniciar em segunda instância, não solucionaria o sistema judicial.

### **3. REFLEXOS JURÍDICOS**

Neste terceiro e último tópico salienta-se a respeito dos reflexos jurídicos que foram ocasionados pela decisão, e ocorrerá uma análise nos aspectos jurisprudências, doutrinários e fontes de pesquisa que apontaram a situação no país antes e após 2016 com uma análise pragmática a respeito do tema, que foram analisadas pelos ministros na ocasião.

A discussão da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, não ocorreu somente em 2016 e 2009, que além de ser analisado em 2009 teve suas divergências anteriormente. Assim segue o entendimento do STJ em 2008:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO DEVOLUTIVO. I - Contra a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, cabe, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de

liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 267- xSTJ).II - "A Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus em que condenado à pena de 5 anos de reclusão em regime semiaberto sustentava a impossibilidade da execução, antes do trânsito em julgado, do decreto condenatório expedido em seu desfavor, pois ainda pendente recurso especial. Considerou-se que, não possuindo os recursos especial e extraordinário efeito suspensivo do julgamento, inexistiria razão para se alegar ofensa ao princípio da inocência com o início da execução da pena. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que deferia o writ para afastar a execução da pena enquanto pendente recurso quer de natureza ordinária, quer de extraordinária160 BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - HC 98564 / RS HABEAS CORPUS 2008/0005488-2 Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 26/05/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 09/06/2008.BRASIL.

Assim antes das discussões em 2009 e 2016, em 2008 a referida decisão acima, entendeu pela impossibilidade de o réu cumprir em regime semiaberto sem que seja analisado o recurso especial, pois se não ocorresse recursos em tramite não haveria que se mencionar na presunção da inocência.

Ao ser analisado o julgado que originou o entendimento em questão, entende-se que após essa mudança, ocorreram inúmeras decisões que partilharam do mesmo consenso que a maioria absoluta dos ministros que julgaram o julgado supramencionado. Assim Caleffi, preceituou em sua tese de mestrado.

Diante da precariedade do sistema penitenciário brasileiro, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao autorizar a execução provisória sem maior aprofundamento acerca do tema, demonstra a despreocupação com a construção de parâmetros técnicos que tornem possível almejar um sistema prisional diverso do atual (CALEFFI, 2017, p.13).

Segundo as afirmativas de Caleffi, a falta de aprofundamento dos ministros da Suprema Corte foi clara, e que não levaram em consideração, parâmetros de suma relevância para tomar essa decisão, assim com inspiração nos pensamentos da dissertação de mestrado descrita acima, entende-se que a nova jurisprudência foi decidida de forma superficial, sem adentrar aos princípios previstos na carta maior, que é a constituição.

Ao mencionar o atual sistema carcerário, o Conselho Nacional de Justiça em 06 de agosto de 2018 fez um levantamento do perfil de presos brasileiros e verificou que contém 602.217 presos no país com 40% presos provisoriamente e com 24% desses presos em execução provisória, e 35% em presos em execução definitiva.

Ademais, destes presos 70% cumprem em regime fechado, ao analisar a pesquisa, observa-se a questão que existe uma considerável população carcerária que aguarda em regime fechado, e 1% em regime aberto o restante em regime fechado ou semiaberto.

Assim, grande parte da população carcerária corresponde a presos provisoriamente, o que o autor apresentou foi que os ministros do supremo se esqueceram de levar em consideração a precariedade do atual sistema prisional.

Aury entendeu que (AURY, 2013, p.228 *Apud* CARVALHO, 2017, p. 13):

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

Na concepção apresentada, nota-se que a conduta do magistrado teria que ser categórica ao examinar a presunção da inocência, gerando um emprego ao julgador de ter que decidir favorável ao querelado. Assim tendo que tratá-lo definitivamente como inocente.

Mediante a pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verifica-se em contraposto que para alguns operando do direito, a prisão em segunda instância é favorável para a sociedade, em razão disso Ramos apresentou os seguintes apontamentos:

A decisão da Suprema Corte brasileira, acarretará um novo modelo de assegurar a punição em face daqueles que cometem crimes e não respondem por eles, em virtude da demora do sistema jurisdicional em aplicar a pena. Além de por fim a indústria dos recursos com caráter meramente protelatório, visando uma possível prescrição, enquanto o acusado responde pelo crime em liberdade, tendo uma vida normal, como se nada tivesse praticado contra a sociedade (RAMOS, 2017, p.51).

Assim Ramos, verificou que os recursos interpostos são para o adiamento da decisão, desta forma o réu aguardaria em liberdade como se não houvesse cometido qualquer delito, contando logo após com a sua prescrição. Usando o exemplo de Ramos, analisa-se que a explanação utilizada pelo o doutrinador tem ligação com os recursos extraordinários e especiais que não aceitam fatos novos a serem questionados.

Verificando então que a demora do sistema prisional é desfavorável para aqueles que aguardam a punição de um condenado.

Por conseguinte, a análise de Badaró e Júnior em um parecer em 2016 que compartilharam os seus pensamentos, as seguintes ressalvas:

Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.”! (BADARO-JÚNIOR, 2016, p.18)

O acusado então se presumiria inocente até o recurso interposto, nas instâncias superiores, o que Júnior e Badaró, evidentemente ao analisarem a questão prepuseram foi que a concepção do estado de inocência, que haveria de ocorrer, como foi analisado em questões anteriores sempre a favor do réu, e assim não havendo a ocorrência da execução da pena antes do último recurso no Supremo Tribunal Federal.

### **3.1 ANÁLISE PRAGMÁTICA DA DECISÃO**

Analisando os reflexos jurídicos da decisão salienta-se que a questão pragmática foi de suma relevância para a questão, assim apontando que a maioria da população aguardava por questões que envolvessem a impunidade, que assim solucionaria o problema no sistema judicial. Ao analisar anteriormente a questão de presos provisórios, cabe compreender motivos relacionados que levaram em consideração para a execução da pena em segundo instância.

O pragmatismo jurídico contribui com uma análise das ações humanas para que sejam analisadas no meio social, assim na luz dos conhecimentos da autora Juliana D' Macedo “por meio do pragmatismo, contribuiu para que a atuação dos juízes na aplicação das leis adquirisse um perfil mais alinhado aos interesses da sociedade. ” (D' MACEDO, 2006, p. 2).

Arruda também explanou que o pragmatismo jurídico propõe a inclusão no processo com as ferramentas de outras áreas que o tornam o mais claro e afirma que o direito é pensado como uma prática social e política, enraizada em um

contexto específico, sem bases seguras, instrumental, sempre acompanhado por uma perspectiva de seu ator principal: o juiz. (ARRUDA, 2011)

Ao analisar as questões que foram levantadas pelos ministros, entende-se que o pragmatismo jurídico foi fundamental para a tomada de decisões no plenário, assim visando à necessidade da sociedade em uma nova revisão da jurisprudência. Como foi analisado no (H.C 126.292,2016, p.50):

O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (I) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada à questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (II) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

Acarretando assim, que as decisões tomadas têm que ocorrer a análise das características que a sociedade necessita, lidando com o peso e as consequências que irão ser obtidas pelos meio sociais, assim não analisando somente a necessidade do réu em aguardar em liberdade, mas também na garantia de uma justiça efetiva. Reiterando na análise do Supremo Tribunal Federal (STF, HC 126.292,2016, p 50 -51):

O pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (I) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (II) a redução da seletividade do sistema penal, e (III) a quebra do paradigma de impunidade.

Na análise do Supremo Tribunal Federal em 2016, reflete em um contexto onde a decisão em 2009, teve pontos que não foram favoráveis a população, considerando que os recursos seriam uma espécie de adiamento do mérito. Abordando a questão da impunidade no sistema penal, considerando que a nova jurisprudência possui mais efeitos positivos que negativos.

Conclui-se, portanto, neste último tópico que os reflexos jurídicos originados pela jurisprudência modificada apontaram pensamentos divergentes nos doutrinadores, e que a questão da presunção da inocência e a demora em que recursos sejam resolvidos até o trânsito em julgado foi o que mais foram apontados pela opinião dos autores.

No entanto coube refletir também a questão da quantidade de presos que aguarda em liberdade, e em contraposto a questão do pragmatismo jurídico que tem como cerne o envolvimento da sociedade no âmbito judiciário, que assim até mesmo o Supremo Tribunal Federal explanou suas reflexões sobre a questão pragmática da decisão, que ressaltou em sua decisão que o pragmatismo jurídico reforça a necessidade de revisão de uma nova jurisprudência.

## **CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto apresentado, os princípios relacionados com a decisão, com análises jurisprudenciais e dos reflexos jurídicos, entende-se que a execução provisória é ainda assunto de discussão no âmbito judicial, e que diferentes apontamentos foram discutidos no decorrer do artigo, onde foi analisado desde primeiro tópico o seu ferimento a presunção da inocência, princípio este de suma relevância para o direito penal processual penal, em que há indícios de sua violação.

No entanto coube rever os motivos que foram trazidos pelos responsáveis pela mudança jurisprudencial, que ao analisar a questão pragmática do sistema judicial Brasileiro, entenderam que os recursos após segunda instância são meramente protelatórios, e que as provas já foram esgotadas em segunda instância. Nesta ocorrência, em contrapartida verificou que a presunção da inocência é princípio imprescindível para o processo penal, e que o seu ferimento acarreta e envolve também o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que são direitos inerentes ao réu para que tenha um julgamento justo.

Foi analisado também que mesmo com fortes índices da possível inconstitucionalidade da decisão proferida em 2016, verifica-se que mesmo que o réu tenha que aguardar o trânsito em julgado para considerar-se culpado, reflete-se sobre a questão da culpa, que como foi explanado e reiterado pelos ministros e doutrinadores do direito já foi comprovada em segunda instância, e é certo que os

recursos extraordinários visam refletir sobre questões de matéria e não acarreta mais provas, deste modo se inexistente a questão probatória, assim não restando dúvidas da culpabilidade do paciente.

Portanto, conclui-se neste artigo que cabe do entendimento de cada um ao analisar tanto as questões pragmáticas e as questões meramente jurídicas e positivadas, e que refletir que o direito tem relação com o que a sociedade necessita, e que o sistema judicial no Brasil se encontra repleto de falhas, e em especial no direito penal e processual penal, refletindo então que não somente o ferimento as garantias fundamentais do acusado.

Ademais, cabe refletir também sobre o que a população suscita, visto que a justiça não cabe somente ao réu, o devido processo legal tem que ser levado em pauta tanto na vítima como do acusado, assim ao questionar a presunção da inocência, questiona-se também a questão familiar dos que foram lesados no crime, e que não teve a sua justiça efetivada, pois em segunda instância onde já foram exauridas as provas, e comprovada a culpabilidade, não ocorreria justiça se houvesse que aguardar até o trânsito em julgado da condenação.

Em razão disso, levando em consideração que a inconstitucionalidade da decisão é possível, que exista a ocorrência de muitos aguardando provisoriamente e causando acúmulo de detentos no sistema carcerário, mas acreditando que a solução para os problemas não é permitindo que os réus culpados aguardem em liberdade para que promovam recursos para que seja prolongada a sua sentença, deste modo como os ministros que votaram a favor da decisão, a efetividade da justiça tem que ser levada em consideração.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, N. Thais. **Como os juízes decidem em casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a Crítica de Ronald Dworkin Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo: São Paulo, 2011.** Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. **Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Aury L. Jr, Gustavo H. Badaró. 2016. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

BRASIL. **Superior tribunal de Justiça. Habeas-Corpus nº 98564.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/600530/habeas-corpus-hc-98564-rs-2008-0005488-2/inteiro-teor-100357982?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 126.292,** do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJe-100, DIVULG 16- 05-2016, PUBLIC17-05-2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 84.078/MG,** do Tribunal Pleno. DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL02391-05 PP-01048).

CALEFFI, Paulo. **Presunção da Inocência e execução provisória da pena no Brasil: Análise críticos e impactos da oscilação jurisprudencial.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de direito, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br>>. Acesso em: 24 de março 2019.

CARVALHO F.P Raphael, **princípio da presunção de inocência e a constitucionalidade do artigo 283 do código de processo penal,** Universidade federal do estado do Rio de Janeiro Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.unirio.br>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2018

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2002.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). **Levantamento dos presos provisórios dos pais e plano de ação dos tribunais.** 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 06 de maio de 2019.

D' MACEDO Maria, **Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal**, revista Direito e Humanidade. Revista Direito e Humanidades, 2006. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

DIAS, A.G Marcos. **Habeas corpus 126.292: prisão em segunda instância e a presunção da inocência no Supremo Tribunal Federal**. Universidade federal de santa Maria Centro de Ciências Sociais, e Humanas Curso de Direito, Santa Maria RS, 2016 Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

JÚNIOR, L.J Aury , BADARÓ H. Gustavo. **Presunção de inocência: Do conceito de Trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer Disponível em:< <https://emporiodireito.com.br>> Acesso em: 20 de dezembro de 2018

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/srdoamaral/manual-de-direito-constitucional-paulo-mascarenhas>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

MORAES, S. Nicole. **A razoável duração do processo como um direito fundamental** PUC, 2007. Departamento de direito disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br>>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

NAÇÕES UNIDAS (UN). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Aprovada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: Acesso em: 4 abril de 2019.

PETTER, R. William. **Duração razoável do processo penal em marcha lenta**. Lajeado: Centro universitário Univates Curso de direito, 2015. Disponível em:<<https://www.univates.br>>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RAMOS, Freire. **O STF e a execução da pena após condenação em segunda instância**. Centro universitário Tabosa de Almeida Asces-unita CARUARU, 2017 Disponível em:<<http://repositorio.asc.es.edu.br>>. Acesso em: 19 de fevereiro 2019.

RIBAS, A. Caroline. **Presunção de inocência e prisão após condenação em segunda instância** Universidade Tuiuti Do Paraná Curitiba, 2016 Disponível em: <<https://tcconline.utp.br>>. Acesso em: 15 de março de 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva 2003 p.37.

SILVA FILHO, Carlos. **Execução provisória da sentença penal condenatória e as novas perspectivas nos tribunais**. Universidade Católica de Brasília, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2019.