



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**JÚLIA CLAUDINO FIASCHI**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA**

**Assis/SP  
2021**



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**JÚLIA CLAUDINO FIASCHI**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Júlia Claudino Fiaschi**  
**Orientador(a): Carlos Ricardo Fracasso**

**Assis/SP**  
**2021**

## FICHA CATALOGRÁFICA

F442i

FIASCHI, Júlia Claudino

**A (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância** / Júlia Claudino Fiaschi. – Assis, 2021.

Número de páginas: 34.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Carlos Ricardo Fracasso

1.Prisão-segunda instância 2.Trânsito em julgado

CDD 341.4353  
Biblioteca da FEMA

# A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

JÚLIA CLAUDINO FIASCHI

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de Ensino  
Superior de Assis, como requisito do Curso de  
Graduação, avaliado pela seguinte comissão  
examinadora:

**Orientador:** \_\_\_\_\_  
M.e Carlos Ricardo Fracasso

**Examinador:** \_\_\_\_\_  
M.e Fábio Pinha Alonso

2021

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais e minha irmã que nunca me deixaram esmorecer, bem como todos os Mestres que, de alguma forma, colaboraram para esta formação.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à Deus por me dar o dom da sabedoria e por me auxiliar em cada página deste trabalho, me dando forças e a capacidade necessária para assim concluí-lo.

Em seguida, agradeço aos meus pais que, mesmo de longe, sempre foram meu alicerce e me ampararam por tantas vezes que precisei. Também quero deixar aqui registrado meu agradecimento especial à minha irmã que esteve ao meu lado em cada etapa desse trabalho. Sem eles, nada disso seria possível.

Ademais, é de suma importância o reconhecimento de cada professor do curso de Direito da FEMA (Fundação Educacional do Município de Assis) que passou pela minha trajetória e me ajudou direta ou indiretamente na minha formação acadêmica. Em destaque o professor e meu orientador Carlos Ricardo Fracasso.

Agradeço em especial o Juiz de Direito, Dr. Diogo Porto Viera Bertolucci, por me passar seus ensinamentos, além de ser uma grande inspiração profissional para mim.

Aos meus amigos que estiveram comigo durante todo percurso e compartilharam comigo as lutas e vitórias, meu eterno agradecimento!

Por fim, agradeço à minha família que sempre acreditou em mim e no meu potencial.

*“Onde não há lei, não há liberdade.”* John  
Locke



## RESUMO

O presente trabalho refere-se à execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação penal, no que concerne à sua aceitação perante a nossa Constituição Federal de 1988.

Diante disso, faz-se necessário trazer aqui a origem das prisões, bem como seu conceito. Importante destacar os princípios consagrados na Carta Magna que asseguram nossos direitos basilares.

Por fim, trago os julgados refere à temática abordada.

**Palavras-chave:** prisão em segundo grau, trânsito em julgado.

## **ABSTRACT**

The present work refers to the execution of the prison sentence before the final and unappealable decision of the criminal conviction, not that it is concerned with its acceptance before our Federal Constitution of 1988.

Therefore, it is necessary to bring here the origin of prisons, as well as their concept. It is important to highlight the principles enshrined in the Magna Carta that ensure our basic rights.

Finally, I bring the arbitrated judgments to the topic addressed.

**Keywords:** second degree imprisonment, res judicata.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Pirâmide de Hans Kelsen .....	20
---	----

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1. ORIGEM DAS PRISÕES E DA PENA: .....</b>	<b>13</b>
1.1. CONCEITO DE PENA: .....	15
<b>2. PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: .....</b>	<b>18</b>
2.1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTARES DO NOSSO SISTEMA: .....	20
2.2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO INDUBIO PRO REO .....	21
2.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: .....	23
2.4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA: .....	24
<b>3. RECEPÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO NO NOSSO SISTEMA JURÍDICO: .....</b>	<b>26</b>
3.1. HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL: .....	27
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: .....</b>	<b>30</b>
<b>5. REFERÊNCIAS: .....</b>	<b>31</b>

## INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem como objetivo analisar a constitucionalidade das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no tocante à execução provisória da pena, ou, em outra expressão, a prisão em segunda instância.

Para chegarmos então na devida análise, será necessário traçar uma linha no que concerne desde a origem das penas e das prisões até no sistema utilizado hodiernamente.

Ademais, se faz necessário analisar e entender o conceito e a utilização de alguns princípios basilares do nosso ordenamento jurídico consagrado na nossa atual Constituição Federal.

Destarte, iremos, assim, para os habeas corpus e a as ADCs que se referem a temática abordada, observando o atual entendimento dos ministros.

Por fim, faço a conclusão do meu ponto de vista no que concerne a então problemática.

## 1. ORIGEM DAS PRISÕES E DA PENA:

Hodiernamente, com o avanço da civilização, possuímos um sistema jurídico organizado de maneira normativa. Todavia, sabe-se que nem sempre tivemos um Código para nos assegurar.

Nos primórdios, devido à diversidade e peculiaridade de cada indivíduo, foram surgindo conflitos e desavenças. Assim, forçando-os à criarem regras e punições àqueles que não se submetiam a estas.

Leciona Cesare Beccaria:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimizadas por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. (2019, p. 23).

Dessa forma foram surgindo as primeiras penas, de modo que aquele que não se sujeitava a certas regras, cedia uma parte de sua liberdade.

Ainda de acordo com Beccaria:

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores das leis. (2019, p, 23).

Entretanto, não havia uma dosagem adequada para as aplicações das penas nesta época. Pontua-se aqui que nas civilizações antigas a sanção mais recorrente era a pena de morte, pena esta que atualmente, no nosso sistema jurídico brasileiro, é vetada.

Segundo Ressalta Chiaverini:

A privação da liberdade assumiu características de penitência quando a doutrina da Igreja dos últimos tempos do século XVI registrou o movimento que mais tarde iria fecundar as bases da ciência penitenciária” (2009, p. 7).

Destarte, surgiu as prisões até se tornarem o que são hoje.

As penas, por sua vez, estiveram presente desde o início da humanidade. Para Greco, o primeiro tipo de pena surgiu com a expulsão de Adão e Eva do Paraíso, após ter desobedecido as ordens de Deus.

Ainda, segundo o mesmo, a segunda pena imposta foi para o primeiro homicídio: a morte de Abel, o qual foi morto por Caim, seu próprio irmão. Salientando que Caim também recebera a pena por Deus, se tornando um fugitivo.

Em seguida, a humanidade passou a não ter mais um comportamento puro e divino, assim, foram aparecendo os conflitos.

Em decorrência disso, o Estado passou a ser responsável por proteger os cidadãos e punir aqueles que praticavam atos ilícitos, denominando isso de Jurisdição.

Leciona Rogério Greco, em seu livro:

Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos contrários a seus interesses. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco sua existência. (2015, p. 15).

Outrossim, concluímos que a história da humanidade e do direito penal estão e sempre estiveram interligadas, uma vez que desde o início da sociedade já havia penas para aqueles que desobedeciam às ordens.

Por fim, Greco ainda menciona um importante posicionamento de Magalhães Noronha:

A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça. Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado. (2009, p. 20).

## 1.1. CONCEITO DE PENA:

Salienta-se a importância de entender, antes de tudo, os tipos de pena. Pontua-se o Código Penal, em seu artigo 32:

Art. 32 - As penas são:  
I - Privativas de liberdade;  
II - Restritivas de direitos;  
III - De multa.

As penas denominadas no inciso primeiro, do artigo 32 do Código Penal, são as privativas de liberdade, as quais são responsáveis por cercearem a liberdade de ir e vir do indivíduo. Esse tipo de pena é dividido em pena de reclusão e detenção.

Sabe-se que a liberdade é um imprescindível direito do ser humano expresso na nossa Constituição Federal de 1988, assim, tiveram que criar outras modalidades de pena, a fim de que as autoridades não usassem a pena privativa de liberdade de maneira exacerbada.

A pena restritiva de direito, inclusa no inciso II, é classificada, conforme o artigo 43, do Código Penal, em:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:\_  
I - Prestação pecuniária;  
II - Perda de bens e valores;  
III - Limitação de fim de semana.  
IV - Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;  
V - Interdição temporária de direitos;  
VI - Limitação de fim de semana.

Essas penas classificam-se em genéricas e específicas. Sendo as específicas aplicadas apenas em crimes determinados e genéricas aquelas que substituem as penas de quaisquer crimes.

A respeito dessa temática Fernando Capez leciona:

As penas alternativas procuram atingir as seguintes metas: a) diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário; b) favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente; c) reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentre todas, é a que detêm o maior índice de reincidência; d) preservar os interesses da vítima. (op.cit., p.345)



Já a pena de multa é de natureza pecuniária e o seu cálculo é elaborado considerando-se o sistema de dias-multa, que poderá variar entre um mínimo de 10 (dez) e ao máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que o valor correspondente a cada dia multa será de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes esse valor, como demonstra o artigo 49, do Código Penal:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Ainda, o artigo 60, do mesmo código traz critérios especiais para a pena de multa.

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

Desse modo, percebemos a amplitude no tocante às penas.

O doutrinador Fernando Capez define a pena como sendo:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (2012, p. 332)

De acordo com a doutrinadora Ana Flávia Messa, seria o conceito de pena privativa de liberdade:

Uma das espécies de pena é a privativa de liberdade, ou seja, a prisão, uma espécie de sanção imposta a uma pessoa física, consistente na privação de determinado bem jurídico (liberdade de locomoção), em razão da prática de uma infração penal cuja finalidade é retribuir (a pena visa retribuir o mal causado pelo crime com o mal da pena), prevenir (a pena visa evitar novos crimes;

a prevenção pode ser geral: quando visa evitar que outras pessoas, membros da sociedade, venham a praticar delitos; especial: quando visa evitar que o delinquente cometa novos delitos) e reeducar o infrator (a pena visa à reintegração do indivíduo ao convívio social). (2020, p. 82).

Nesse mesmo sentido Sebastian Soler traz a seguinte definição:

A pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”. (SOLER, apud MIRABETE, 2000, p. 246).

Em síntese, a pena da prisão é aquela que restringe a liberdade do indivíduo, a fim de fazê-lo pagar pelo mal que cometeu. Essa pena é dividida, como supramencionado, em reclusão e detenção.

A pena de reclusão será cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a detenção será em semiaberto ou aberto, como descreve o artigo 33, do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Saliento aqui que a Lei de Contravenções Penais possui a sua pena privativa de liberdade, qual seja a prisão simples. Nesta Lei, em seu artigo 6º, prevê:

Art. 6º - A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

§ 1º - O condenado à pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.

Dou rigor ao estudo de pena privativa de liberdade uma vez que será objeto de estudo no tocante à prisão em segundo grau.

## 2. PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA:

Após sabermos as definições de penas, se faz necessário entendermos o que é a prisão em segundo grau.

A prisão em segunda instância ou segundo grau, como também é conhecida, é um a prisão feita antes da condenação definitiva criminal, ou seja, antes do trânsito em julgado.

É importante ressaltar a diferença da prisão em segundo grau, também chamada de execução provisória da pena, das prisões processuais.

As prisões processuais, assim são chamadas pois visam garantir o bom andamento do inquérito ou do processo, possuem requisitos para serem decretadas, presentes no art. 312 do CPP e no art. 1º da lei 7960/89.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Nesse sentido, Fernando Capez leciona:

Esse tipo de prisão não se falar em culpabilidade do preso provisório ou temporário, visto que o encarceramento visa o devido processo legal e não a sanção penal do indivíduo (2018, p. 341).

Pois bem, já a prisão em segunda instância visa a sanção penal do réu, o que, de acordo com o próprio Código de Processo Penal não é permitido.

Analisemos o artigo 283, do CPP:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Além deste, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LVII, assegura:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Ora, o artigo 283 do Código de Processo Penal e o artigo 5º da Constituição Federal trazem expressamente que poderá ser preso em virtude de condenação criminal transitada em julgado, não antecedente disso, assim sendo a condenação em segundo grau inconstitucional, batendo de frente com a nossa Constituição.

Saliento aqui a importância da Constituição, observemos a pirâmide de Hans Kelsen:



**Figura 1: Pirâmide de Hans Kelsen**

A pirâmide de Kelsen tem a Constituição com seu topo, por ser esta fundamento de validade de todas as demais normas do sistema. Assim nenhuma norma do ordenamento jurídico pode se opor à Constituição: ela é superior a todas as demais normas jurídicas, as quais são, por isso mesmo, denominadas infraconstitucionais.

Dessa forma, a prisão em segunda instância opõe-se à Constituição, por isso não pode ser validada e é considerada inconstitucional.

## 2.1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTARES DO NOSSO SISTEMA:

Nosso sistema jurídico possui princípios basilares, a fim de reger alguns aspectos fundamentais.

A respeito dessa temática, Bittencourt leciona:

Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana. (2009, p. 2).

Ainda, Miguel Reale traz por sua ótica:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários. (1991, p. 59).

Destarte, os princípios possuem, de acordo com a doutrina majoritária, três funções: 1 - fundamentadora, pois servem de fundamento para as normas; 2 - interpretativa, uma vez que servem como base do nosso ordenamento jurídico; e 3 - interpretativa.

Nesse sentido, se faz necessário nos guiarmos nos princípios jurídicos no tocante à realização da prisão em segunda instância.

Dentre os vários princípios, analisemos os seguintes: presunção de inocência, devido processo legal e o direito do contraditório e da ampla defesa.

## 2.2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO IN DUBIO PRO REO

O princípio da presunção de inocência, também conhecido por princípio da não culpabilidade, está expresso no artigo 5º da Carta Magna, já mencionado anteriormente, que traz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ainda, a Convenção Americana sobre direitos humanos, em seu artigo 8, sobre as garantias judiciais, traz:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...)

Saliento brevemente aqui a importância de outro princípio interligado a este: in dubio pro reo.

Traz o artigo 386, do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Dessa forma, o in dubio pro reo traz o direito a absolvição do réu nos casos que o Estado não consegue angariar provas suficientes de materialidade e autoria do crime.

Neste sentido, leciona Carlos Vander do Nascimento:

A execução da pena em segundo grau de jurisdição não tem o menor sentido, na medida em que subverte a ordem jurídico-constitucional. É a confirmação esdrúxula do ato ilícito que lhe está sendo imputado sem qualquer certeza quanto a sua materialidade e autoria, ou seja, o cidadão é taxativamente culpado sem ao menos lhe ser conferido o benefício da dúvida. É uma construção jurisprudencial, matizada de autoritarismo, destruída de qualquer fundamento que justifique a sua aplicação num universo jurídico estabilizado. (2018)

Pedro Lenza explica que a prisão do acusado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória contraria o princípio constitucional da presunção de inocência. Entretanto, há hipóteses expressamente previstas em lei que permitem a prisão cautelar conforme já mencionadas anteriormente nesse trabalho.

O artigo 313 do Código de Processo Penal especifica quando é admitida a prisão cautelar. Analisemos:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Assim, os princípios aqui analisados trazem a segurança processual de que o Estado, através de um Magistrado imparcial, não poderá condenar sem provas suficientes, pois todos são considerados inocentes até ser provado o contrário.

A respeito disso, traz a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH):

Artigo 11.

I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

### 2.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

Este princípio está, também, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;



Dessa forma, ninguém poderá ser preso sem um processo nos termos da lei.

Trata-se de um princípio base, que dá norte a todos os demais princípios que devem ser observados e regulados durante o processo legal.

De acordo com o doutrinador Fernando Capez, o devido processo legal assegura à pessoa o direito de não privar a liberdade e os bens sem um processo como a lei estabelece.

#### 2.4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA:

Está contemplado na Carta Magna, no artigo 5º, inciso LV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Destarte, esse princípio é uma garantia ao acusado para que o mesmo possa se defender. Nesse diapasão, a ampla defesa é poder se utilizar de todos os meios lícitos para a defesa.

Ainda, a respeito dessa temática, o jurista Alexandre de Moraes conceitua:

Ampla defesa é o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário. 2015, p. 212)

Ademais, esses princípios também estão intrinsecamente ligados com o devido processo legal, pois dada a oportunidade da parte se defender, ou em outras palavras, contar a sua versão, trazendo suas provas e equilibrando o processo.

Destarte, é de suma importância o Magistrado observar esses princípios a fim de que não haja irregularidades.

Analisemos o julgado:

PROCESSUAL PENAL – PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DEFESA PLENA: “Dois princípios incidem no processo penal: contraditório e defesa plena. Esta, por seu turno, é bifronte: defesa técnica e defesa pessoal. A primeira se impõe, ainda que haja oposição do réu. A segunda pode ser desprezada, todavia, o réu tem o direito de exercê-la como parte processual, querendo, tem direito à atuação. O DPP moderno exige que o réu participe, seja ator, não se resumindo a mero espectador do processo. Não é mero pieguismo. Resulta da maneira civilizada de aplicar a sanção penal. O Estado que prende, não pode colocar-se na cômoda situação de afirmar que não sabia da prisão e, por isso, não promovera a intimação. O Código de Processo Penal precisa ser relido com os princípios modernos do Direito, pois urge repelir o processo com simples esquema formal” (STJ, 6a T., REsp 36.754-9/RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v. u., DJ, 3 abr. 1995).

Trazendo esses princípios para a temática abordada, nos faz questionar: ora, se for feita a prisão em segundo grau de jurisdição, não estão esgotados todos os recursos ainda, o que atrapalha o princípio da ampla defesa e do contraditório.

### 3. RECEPÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO NO NOSSO SISTEMA JURÍDICO:

A cerca da prisão em segunda instância, vejamos o que o nosso ordenamento jurídico traz.

Volto a citar a importância da nossa Constituição Federal e o poder que ela exerce perante as demais Leis. Valioso lembrar e recitar o seu artigo 5º, inciso LVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Esse direito constitucional deve ser respeitado acima de qualquer outro entendimento.

A priori já é notório a não recepção dessa temática no nosso sistema jurídico atual.

Ora, está consagrado na Carta Magna de maneira literal, não deveria ter outros entendimentos e interpretações para algo de extrema clareza.

Ademais, o ilustre Fernando Capez leciona:

A CF determina que o cidadão tem o direito de não ser tratado como se culpado fosse antes do esgotamento de todas as vias recursais (art. 5º, LV, in fine, da CF c/c art. 8º, item 2, h, da CADH). A valoração da prova não se esgota com o julgamento em 2º grau de jurisdição (art. 593 do CPP), cabendo ao STJ, por exemplo, avaliar se o compêndio probatório, considerado suficiente pelo órgão jurisdicional de segunda instância, foi valorado corretamente.

(...)

Nesse sentido, foi o entendimento firmado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade propostas pela Ordem dos Advogados e por partidos políticos, no dia 7 de novembro de 2019, que, por maioria dos votos (6x5), derrubou a possibilidade de prisão do réu após a condenação em segunda instância.” (2021, p. 33/34).

Outrossim, é fato de que passamos por uma crise carcerária, com superlotação. Em 2019, segundo o Conjur, estimava-se a superlotação carcerária em 166%.

É sabido que nosso país luta contra impunidade e a criminalidade, entretanto, abarrotar o sistema prisional não é a solução. Há a necessidade, sim, de ter o devido processo legal, até esgotar as possibilidades de recursos das partes para que então, se for o caso, haja uma condenação criminal.

### 3.1. HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL:

Tracemos aqui uma linha do tempo jurisprudencial a cerca desta temática.

O STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu, em 2009, como demonstra o Habeas Corpus 84.078, que a prisão em segundo grau de jurisdição ou execução antecipada da pena, como também é denominada, é inconstitucional, uma vez que para tal ato deverá ter o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Analisemos o julgado aludido posteriormente:

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 subseqüentes 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 viola[art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção 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 11 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).

Posteriormente, em 2016, surgiu um novo entendimento, o qual fez com que a problemática deste tema entrasse em discussão.

Vejamos o habeas corpus 126.292 a seguir:

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, 13 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.

Esse julgado se mostrou a favor da execução antecipada da pena e defendeu sua tese dizendo que não atingia à Constituição.

De fato a prisão em segundo grau traz a sensação de lutar contra a impunidade, de uma justiça célere e eficaz. Todavia, corre sério risco de imputar à alguém uma pena privativa de liberdade e, ao final, ela ser condenada com uma pena restritiva de direitos ou multa. Ainda, pior seria encarcerar um indivíduo que possa ser inocente.

Entretanto, a decisão foi de 7 a 4, ganhando, então, a favor da execução antecipada da pena.

Em 2019, houve outro julgamento com 6 a 5 votos, que reverteu o entendimento dado no habeas corpus 126.292. O STF publicou as ADC (Ações Declaratórias de Constitucionalidade) 43, 44 e 54, proibindo a execução antecipada da pena.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Dado o exposto do referido trabalho, trata-se de um tema demasiadamente discutido e repercutido hodiernamente, com grandes divergências doutrinárias.

Foi realizada diversas pesquisas dessa temática, com estudos dos princípios devidamente expressos e consagrados na Carta Magna, bem como pesquisado o entendimento do STF, com leitura eficiente de seus votos, no histórico jurisprudencial dessa problemática.

No que concerne a constitucionalidade da prisão em segundo grau de jurisdição, ou então a execução antecipada da pena, em consonância com os artigos mencionados da nossa Constituição Federal do Brasil de 1988, juntamente com o Código de Processo Penal e outras legislações, além do último entendimento do nosso Supremo Tribunal Federal, concluo essa pesquisa afirmando que a ilegalidade dessa prisão é algo possível.

## **5. REFERÊNCIAS:**



LEITE, Gisele. Sobre a hierarquia das leis no direito brasileiro. Jusbrasil. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/568078901/sobre-a-hierarquia-das-leis-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 de junho de 2021.

BRASIL. Lei da Prisão Temporária L960. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm)>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 05 de maio 2021.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21862/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-como-garantia-processual-penal/2>>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

HELENA, Maria ; RENCK, Pinheiro. PRINCÍPIOS -NORMAS FUNDANTES DO SISTEMA JURÍDICO 1 PRINCIPLES -FOUNDATIONAL NORMS OF THE LEGAL SYSTEM. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3c8179de1979ed5f#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%2C%20na%20verdade%2C%20s%C3%A3o>>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.  
CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Bahia: Editora JusPODIVM, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Execução da pena em segunda instância. Belo Horizonte: Editora Fórum Conhecimento jurídico, 2018.

BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARCELO DIAS FRAGOSO. A execução provisória da pena e o princípio da não culpabilidade segundo o Supremo Tribunal Federal. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74635/a>>

execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-nao-culpabilidade-segundo-o-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Contraditório e ampla defesa

DUDH 30 artigos Declaração Universal dos Direitos Humanos Sistema Global da ONU. Dhnet.org.br. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 13 de julho de 2021.

Minha biblioteca. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595895/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 13 de Julho de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS : HC 84078 MG. Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 16 de julho de 2021.

Ementa e Acórdão. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de julho de 2021.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adc-43-stf-publica-acordaos-julgamento.pdf>>. Acesso em: 19 de julho de 2021.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adc-44-stf-publica-acordaos-julgamento.pdf>>. Acesso em: 19 de julho de 2021.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 54 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adc-44-stf-publica-acordaos-julgamento.pdf>>. Acesso em: 19 de julho de 2021.

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://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Habeas-Corpus nº 98564. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/240824>>. Acesso em: 25 de julho de 2021.

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 PP01048). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 25 de julho de 2021.

NAÇÕES UNIDAS (UN). Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Aprovada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 25 julho de 2021.