



unifaema

CENTRO UNIVERSITÁRIO FAEMA – UNIFAEMA

REGINALDO SOARES MARTINS

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

**ARIQUEMES - RO
2023**

REGINALDO SOARES MARTINS

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário (UNIFAEMA) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Hudson Carlos Avancini Persch.

**ARIQUEMES - RO
2023**

FICHA CATALOGRÁFICA

FICHA CATALOGRÁFICA Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M386p Martins, Reginaldo Soares.

Prisão em segunda instância: uma análise jurídico-constitucional do princípio da presunção de inocência e da segurança jurídica. / Reginaldo Soares Martins. Ariquemes, RO: Centro Universitário Faema – UNIFAEMA, 2023.
47 f.

Orientador: Prof. Me. Hudson Carlos Avancini Persch.
Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito – Centro Universitário Faema – UNIFAEMA, Ariquemes/RO, 2023.

1. Presunção de inocência. 2. Prisão. 3. Segurança Jurídica. 4. Direito Penal. I. Título. II. Persch, Hudson Carlos Avancini.

CDD 340

Bibliotecária Responsável
Herta Maria de Açucena do N. Soeiro
CRB 1114/11

REGINALDO SOARES MARTINS

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário (UNIFAEMA) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Hudson Carlos Avancini Persch.

BANCA EXAMINADORA

Orientador. Me. Hudson Carlos Avancini Persch
Centro Universitário Faema - UNIFAEMA

Prof. Me. Everton Balbo dos Santos
Centro Universitário Faema - UNIFAEMA

Prof. Esp. Bruno Neves da Silva
Centro Universitário Faema - UNIFAEMA

**ARIQUEMES – RO
2023**

Dedico este trabalho aos meus pais, familiares e amigos, que me apoiaram e incentivaram a seguir em frente com meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Várias pessoas são fundamentais durante o processo de evolução de nossa vida, sei que seria quase impossível citar todas aqui, sem correr o risco de cometer algumas injustiças por falha da memória. Durante essa trajetória, todos que cruzaram o meu caminho têm a sua importância nessa conquista, uns mais outros menos, porém todos de alguma forma me deram a oportunidade de aprender com as suas experiências de vida.

Portanto, agradeço primeiramente a Deus, pela dádiva da vida, pela força, saúde e sobretudo pela oportunidade de poder aprimorar o dom da sabedoria

À minha família, especialmente às minhas mães Ana Boaventura e Luiza Rosa, minhas irmãs Regina e Renata Soares, aos meus pais José Urias, e Pedro Cardoso, e à minha namorada Áquila de Oliveira, por sempre acreditar em mim, e me incentivarem

Agradeço também algumas outras pessoas e também instituições que foram de fundamental importância, a saber:

À instituição UNIFAEMA, à minha ex professora do ensino fundamental, Maria Guadalupe, por não me deixar desistir, quando tudo já não fazia mais sentido para mim, aos meus amigos de sala, especialmente ao Emerson Miranda, Valéria Roberta, Emerson Trindade, Cleonice, Ezequiel Brites, Halina Follador, Ingrid, Seu Cleuzomar, Dona Ivone, Evaldo Estoco, Dona Sílvia, Haroldo Follador, Jucimar e Eduardo Martins, por estarem presentes em todos os momentos: de lutas, de frustrações, de alegrias e obviamente de conquistas.

Aos amigos do trabalho: Anselmo do Nascimento, Eraldo Michels, Indiamara da Silva e Nilma de Souza.

Agradeço especialmente ao Professor Me. Hudson Persch pela paciência e dedicação à docência, e por nos compreender em todos os sentidos.

Professor Mestre Paulo Monteiro, também pela paciência e zelo com que trata a todos.

Professora Isadora, que foi quem iniciou essa caminhada com a gente, e certamente tem a sua importância nesta conquista.

Professora Gabriela, por todo empenho e carinho com a nossa turma, que também esteve conosco no início, e certamente deixará a sua marca na história de cada um de nós.

Gratidão infinita a todos, que a vida lhes recompense com muita saúde, paz, sucesso e alegria, meu máximo respeito, admiração, carinho e consideração a cada um de vocês, que Deus abençoe a todos.

“Felicidade é como uma borboleta: quanto mais você tenta apanhá-la, mais ela se afasta de você. Mas se você dirigir sua atenção para outras coisas, ela virá e pousará suavemente no seu ombro.”

Henry Thoreau

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a compatibilidade da prisão em segunda instância com o princípio da presunção de inocência, como também verificar se fere o princípio da segurança jurídica num viés constitucional e analisar os impactos das decisões do Supremo Tribunal Federal na execução de pena dos processos já transitado em julgado ou até mesmo naqueles que estão em andamento em instâncias superiores, após confirmação da condenação em segunda instância. Assim, analisou-se a viabilidade da aplicação da execução da pena baseado nos entendimentos jurisprudenciais, bem como sob o entendimento de renomados doutrinadores, observando sempre os demais princípios norteadores do direito e, principalmente, a preservação do núcleo essencial do princípio constitucional da presunção da inocência, ainda que em plena execução da pena. Também se falou da historicidade dos entendimentos nessa seara e sua constante evolução, conforme necessidades advindas da evolução da sociedade contemporânea, bem como fundamentar os motivos que levaram às mudanças de entendimento. Tratou-se ainda, dos tipos de prisões existentes no ordenamento jurídico pátrio, assim como explicou os seus cabimentos em cada situação. Não obstante, foi imprescindível relatar a historicidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância e sua implicância no princípio da presunção de inocência, assim como discutir seus impactos na segurança jurídica pátria. Para realização do presente trabalho foi utilizado o método de pesquisa qualitativa de caráter descritivo, devido à complexidade e os detalhes das informações obtidas referentes às reiteradas mudanças de entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão em segunda instância. Também foi utilizada a pesquisa explicativa, pois houve grande preocupação em esmiuçar todo e qualquer ponto obscuro, seja da parte doutrinária, seja da parte jurisprudencial. E não menos importante, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a necessidade de aplicar conhecimentos de autores renomados sobre conceitos de direitos fundamentais, princípios constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana, além de consultas de jurisprudências, costumes e artigos científicos e leis em sentido formal.

Palavras-chave: Presunção de inocência; Prisão em segunda instância; Princípio.

ABSTRACT

The present work aims to present the compatibility of imprisonment in second instance with the principle of the presumption of innocence, as well as to verify if it violates the principle of legal certainty in a constitutional bias and to analyze the impacts of the decisions of the Federal Supreme Court in the execution of sentences of processes already final and unappealable or even those that are in progress in higher courts, after conviction in the second. Thus, the feasibility of applying the execution of the sentence based on jurisprudential understandings will be analyzed, as well as under the understanding of renowned scholars, always observing the other guiding principles of law and, mainly, the preservation of the essential core of the constitutional principle of presumption of innocence, even in full execution of the sentence. It will also discuss the historicity of understandings in this area and its constant evolution, according to the needs arising from the evolution of contemporary society, as well as substantiating the reasons that led to changes in understanding. It is also important to talk about the types of prison existing in the country's legal system, as well as to explain their appropriateness in each situation. Nevertheless, it is essential to report the historicity of the understanding of the Federal Supreme Court on second instance imprisonment and its implication in the principle of the presumption of innocence, as well as to discuss its impacts on the legal security of the country. In order to carry out this work, a qualitative research method of a descriptive nature will be used due to the complexity and details of the information obtained regarding the repeated changes in understandings of the Federal Supreme Court on the possibility of imprisonment in second instance. Explanatory research will also be used, as there is a great concern to break down any and all obscure points, whether from the doctrinal part or from the jurisprudential part, not least, bibliographical research will be used, in view of the need to apply knowledge of renowned authors on concepts of fundamental rights, constitutional principles such as the Dignity of the Human Person, in addition to consulting jurisprudence, customs and scientific articles and law in a formal sense.

Keywords: Presumption of innocence; Imprisonment in second instance; Principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O PROCESSO PENAL	14
2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	16
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	20
2.3 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	21
2.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	23
2.5 PRINCÍPIO DA ISONOMIA	25
3 DAS PENAS E DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL	27
3.1 VEDAÇÕES DE PENAS	29
3.2 PRISÕES PREVENTIVAS	30
3.4 PRISÕES TEMPORÁRIAS	31
4.3 PRISÕES EM FLAGRANTE	31
4.4 PRISÃO ESPECIAL	32
4. A ADPF Nº 334 CONCERNENTE À PRISÃO ESPECIAL PARA PESSOAS COM DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR	33
4.1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL DIANTE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA	34
4.2 O JULGAMENTO DA ADPF Nº 334 PELO STF	35
5. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA POR CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	37
6. PROBLEMÁTICAS E REPERCUSSÕES COM AS RECENTES MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44
1 INTRODUÇÃO	

Um dos institutos jurídicos mais preciosos do homem certamente é a liberdade de locomoção. Esse é o desmembramento da primeira dimensão dos direitos fundamentais do homem em todo o mundo, garantidos pela intitulada revolução francesa entre os anos de 1789 e 1799.

A partir disso, diversos outros institutos foram alicerçando o direito de liberdade, a fim de que ninguém viesse o perder sem o devido processo legal, o qual deveria obedecer a vários outros princípios como: a dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, celeridade no andamento do processo, juiz natural, contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, recorribilidade das decisões judiciais, segurança jurídica e o devido processo legal, propriamente, dito.

Todos esses procedimentos foram discriminados pelo constituinte originário a fim de que ninguém tivesse seu direito à liberdade de locomoção cerceado de forma arbitrária, sem provas, fundamentos ou mera perseguição do Estado.

Acontece que a sociedade se desenvolve, os costumes mudam e, com as mudanças, os regramentos vão ficando obsoletos, necessitando assim de novos “ajustes” para adequação das regras à sociedade. São nessas mudanças que divergências de entendimentos acontecem e, muitas das vezes, originam mais mudanças.

No desenvolvimento deste trabalho pretende-se enfatizar os conceitos básicos dos princípios mais importantes, os quais fundamentam o direito de locomoção, assim como apresentação das atuais jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e dos principais doutrinadores acerca de cada princípio.

Falar-se-á ainda sobre o objetivo e diferenciação de cada tipo de prisão e o direito que cada acusado tem nas suas devidas circunstâncias, além de expressar opiniões favoráveis e desfavoráveis da doutrina brasileira. Mas não só isso, falar-se-á das possibilidades de mudanças dos regramentos jurídicos a partir do tema proposto, como a prisão especial para os portadores de diploma e a ADPF Nº 334.

Fundamentar-se-á a compatibilidade da execução de prisão em segunda instância com o princípio da presunção de inocência, apresentando ainda entendimentos pretéritos e contemporâneos do assunto.

Não obstante, realizar apresentação de algumas problemáticas que rodeiam o tema como entendimento de alguns doutrinadores que a prisão em segunda instância fere o princípio da presunção de inocência; que há insegurança jurídica

devido às constantes mudanças de entendimento num curto período de tempo pelo Supremo Tribunal Federal; por fim, o impacto que cada mudança de entendimento acarreta na execução da pena, seja daqueles que já estão cumprindo, seja daqueles processos em andamento que já estariam aptos a iniciar o cumprimento, caso o posicionamento na atualidade seja de constitucionalidade da prisão em segunda instância.

Para tanto, será utilizado o método de pesquisa qualitativa de caráter descritivo devido à complexidade e os detalhes das informações obtidas referentes às reiteradas mudanças de entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão em segunda instância. Também será utilizada a pesquisa explicativa, pois há grande preocupação em esmiuçar todo e qualquer ponto obscuro, seja da parte doutrinária, seja da parte jurisprudencial, não menos importante, será utilizada a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a necessidade de aplicar conhecimentos de autores renomados sobre conceitos de direitos fundamentais, princípios constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana, além de consultas de jurisprudências, costumes e artigos científicos e leis em sentido formal.

2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O PROCESSO PENAL

Para uma boa convivência em sociedade é fundamental que sejam impostas regras e normas indicando os direitos e deveres de cada cidadão para que essa convivência seja harmoniosa. A partir do descumprimento dessas regras impostas pelo Estado, surge então o dever de punir a quem descumpriu tal regra. Assim nasce o processo penal.

Assim afirma Aury Lopes Junior (2020, p. 39):

[...] o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Isso quer dizer que nem só porque a pessoa cometeu um ato ilícito¹ perante a sociedade, será de pronto condenada; pois se iniciará o devido processo legal para se apurar as devidas circunstâncias, a materialidade e autoria do crime, respeitando para tanto todos os princípios explícitos e implícitos (LOPES, 2022, p. 40). Entretanto, como afirma Aury, não se pode confundir a observância desses princípios no devido processo legal com a impunidade.

Tratando-se de processo penal é importante ainda ressaltar os principais sistemas processuais penais existentes, pois a dotação de cada um desses implica diretamente nos princípios constitucionais que devem ser observados. Tem-se como principais sistemas processuais penais o inquisitório, o acusatório e o misto. (LOPES, 2020, p. 44-45)

O sistema inquisitório² é um modelo histórico que predominou do século XII até XVIII. Antes disso predominava o sistema acusatório, entretanto foi migrando aos poucos para o sistema inquisitório. Mas esse foi desacreditado por incidir em erros, tendo em vista que uma mesma pessoa era encarregada de investigar, acusar, defender e julgar ao mesmo tempo. (LOPES, 2020, p. 45)

¹ Algo que não está de acordo com a lei, sendo caracterizado como o contrário ao direito, como uma ação criminosa, fraudulenta e que é previamente determinada pela legislação como incorreta

² Sistema em que o julgador é responsável por todas as fases do processo: acusar, defender e julgar.

Nesse pensamento, imagina-se como é difícil para uma pessoa fazer justiça tendo que coordenar e executar todas as fases do processo sem se deixar envolver pelo caso, respeitando, além de tudo, o princípio da impessoalidade.

Percebe-se, portanto, que no sistema inquisitório, diversos princípios garantidos hoje pela Constituição Federal de 1988 não existiam à época. Exemplo disso é a imparcialidade do julgador³, o duplo grau de jurisdição⁴, o direito de recorrer, entre outros.

Já o sistema processual acusatório⁵ começou a vigorar a partir do século XVIII, com características bem adversas ao do sistema inquisitório, pois apresenta clara distinção entre as atividades de acusar e julgar e até mesmo nas investigações que ficam mais por conta da autoridade policial⁶. (LOPES, 2020, p. 47)

Além dessas características já informadas, conta também com a figura do juiz como sendo um terceiro imparcial, o qual não participa da investigação, nem labora na produção de provas, sendo que ainda deve haver a publicidade de todos os procedimentos, tirante os casos de sigilo previsto em lei, tratamento igualitário entre as partes, contraditórios e possibilidade de resistência – defesa. (LOPES, 2020, p. 47)

Ainda tem o chamado sistema misto⁷ caracterizado por ser dividido em duas fases, sendo a pré-processual e a fase processual, sendo aquela de caráter inquisitório e essa de caráter acusatório. (LOPES, 2020, p. 50)

Alguns doutrinadores até entendem que o modelo que o Brasil adotou é o sistema processual misto, porque entendem que a fase do inquérito policial é inquisitivo e a fase em que atua o Ministério Público é acusatória.

Entretanto, não é o que entende Renato Marcão: “Em razão de sua parcela inquisitiva, esse modelo se mostra incompatível com os princípios democráticos explícitos e implicitamente adotados na vigente Constituição Federal.” Assim, com essa declaração, Renato Marcão entende que o sistema penal adotado no Brasil é o acusatório, conforme evidencia os princípios gerais do direito. (MARCÃO, 2021 p. 86)

³ Que não é parcial significa alguém justo, reto, equitativo ou neutro.

⁴ Possibilidade da revisão da solução da causa, ou seja, a parte pode ter através do recurso uma segunda opinião sobre decisão da causa, que é chamada de reexame da decisão da causa.

⁵ Sistema em que o julgador é totalmente imparcial e somente julga, deixando a parte de defesa e acusação para outras pessoas ou instituições privadas e públicas.

⁶ Delegado de polícia.

⁷ Possui parte do processo inquisitório e parte do processo acusatório, sendo a fase preliminar de investigação e a segunda judicial, ou seja, a fase processual, propriamente dita.

2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Esse princípio está explícito no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Ele assegura que o cidadão somente será privado de sua liberdade de locomoção através do exaurimento de um devido processo legal, que é realizado pelo Poder Judiciário, respeitando entre outros princípios o contraditório e a ampla defesa.

Visto falar sobre ele pela primeira vez no século XIII, surgido na Inglaterra como proteção dos direitos hoje chamados de fundamentais com intuito também de limitar o poder do Estado. Já no Brasil foi trazido pela Constituição Federal de 1988, nos incisos LIV e LV do artigo 5º, sendo considerado um princípio primitivo do qual derivam vários outros. (TELES, 2020, *n.p.*)

Veja o que fala Guilherme de Souza Nucci (2019, p.11) sobre o referido princípio:

Substantivamente, trata-se do próprio princípio da legalidade, pois assim foi previsto na Carta Magna, de 1215, na Inglaterra: ninguém pode ser preso senão por meio do devido processo legal. Na origem, a possibilidade de prisão condicionava-se às leis da terra, ou seja, o costume. Processualmente, quer dizer que ninguém pode ser processado regularmente sem o fiel respeito aos preceitos da ampla defesa e do contraditório.

Conforme já explanado o devido processo legal se tornou um princípio norteador do Direito Processual Penal, porque, em se tratando desse ramo do Direito, à liberdade de locomoção do cidadão está ameaçada ou até mesmo já cerceada, portanto, para que isso ocorra, ele deve usufruir de todos os princípios e direitos a seu favor para provar sua inocência sobre do que é acusado.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Intitulado como um fundamento da Constituição Federal de 1988, especificamente no inciso III, do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana é o mais aclamado por todos quando há ameaça a direito. Cita Flávio Martins que há até quem defende que esse princípio é absoluto, não podendo de maneira alguma ser expurgado de quaisquer situações dentro do ordenamento jurídico.

Entretanto há controvérsias sobre esse princípio conforme aponta o mesmo em sua obra:

[...] é comum, em inúmeros temas jurídicos controvertidos, encontrarmos teses antagônicas igualmente fundamentadas na dignidade da pessoa humana. Por exemplo, enquanto os defensores da legalização do aborto fundamentam sua tese na dignidade da pessoa humana da gestante, os opositores da tese utilizam como fundamento a dignidade da pessoa humana embrionária. (MARTINS, 2019, p. 1584)

Em muitas das situações propostas para julgamento deve-se utilizar vários outros princípios, utilizando-se outros argumentos para fundamentar uma decisão, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana parece ter “um peso e duas medidas”.

Entretanto, um dos principais objetivos desse princípio é não haver descaso, abandono ou abuso da pessoa humana. Imagina-se que uma pessoa fosse processada e condenada por um crime que cometeu, não seria razoável colocá-la em uma solitária para cumprir sua pena total. Ou até mesmo deixá-la passar fome na prisão até desfalecer, sendo tratada sua saúde e, posteriormente, a deixasse novamente com fome, assim perfazendo sempre esse círculo vicioso, tornando-se um tratamento cruel e degradante. (MARTINS, 2019, p. 1584)

Logicamente isso seria um tratamento desumano e não cumpriria de forma alguma com a finalidade da prisão, a qual é a ressocialização do cidadão que ali adentra, a fim de que um dia possa está apto a voltar para a sociedade.

No que tange ao processo histórico da Dignidade Humana, Flávio Martins (2019, p.1585) lança em sua obra:

[...] durante o século XIX, com exceções pouco significativas, a Dignidade permanece ausente dos textos jurídicos e constitucionais e, mesmo durante a primeira metade do século XX, o surgimento é esparso e muito tímido. A primeira manifestação é a Constituição Finlandesa de 1919, onde se incumbe a lei de proteger a vida, a dignidade, a liberdade pessoal e a propriedade dos cidadãos. Também no mesmo ano de 1919, o art. 151 da Constituição de Weimar, na parte sistemática da *Constituição econômica*, acolheu indiretamente o conceito, não no sentido da Dignidade da Pessoa Humana que hoje é comum à generalidade das novas Constituições, mas enquanto objetivo programático de garantias de uma existência humana para todos. (...) posteriormente, só nos últimos anos da década de trinta, combinando as referidas preocupações sociais com a chamada doutrina social da igreja, a ideia de *Dignidade Humana* surgiu em algumas Constituições e textos constitucionais onde havia uma evidente inspiração Católica.

Mas foi depois da Segunda Guerra Mundial que o assunto tomou posse das Constituições, sendo exemplo a Constituição alemã que no ano de 1949 trouxe o primeiro artigo versando expressamente sobre a Dignidade da Pessoa Humana e Intangível, seguida imediatamente pela Constituição Portuguesa. (MARTINS, 2019, p.1586)

O autor ainda traz uma abordagem jurisprudencial mundial de algumas Constituições como exposto a seguir:

A abordagem jurisprudencial, malgrado haja similitudes, encontra diferenças entre os mais variados Tribunais Constitucionais. Segundo o Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, a dignidade humana se encontra no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos dispositivos constitucionais deve ser interpretado. Outrossim, a dignidade da pessoa humana seria o fundamento constitucional de todos os direitos fundamentais relacionados à pessoa humana, possuindo também, “dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado”. Na França, embora a *dignidade da pessoa humana* não conste expressamente no texto constitucional, em 1994, o Conselho Constitucional, “combinando diversas passagens do preâmbulo da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com *status* constitucional”. Na doutrina portuguesa assim como na alemã, verifica-se também o argumento de que os direitos encontram-se na *dignidade da pessoa humana* seu fundamento constitucional “pelo menos de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Em 1984, o Tribunal Constitucional português considerou a *dignidade da pessoa humana* um princípio estrutural da República Portuguesa (Acórdão 16/84) No acórdão do TC 549/94, o Tribunal considerou que os princípios da culpa e da ressocialização estão alicerçados na *dignidade da pessoa humana*. (MARTINS, 2019, p. 1587)

Apesar de, atualmente, a dignidade da pessoa humana ter tanta importância nas constituições mundiais, percebe-se que sua valoração se deu a pouco mais de um século, apresentando-se no início com muita timidez. Logo, passou a ganhar força após a Segunda Guerra Mundial, quando aconteceram diversos fatos importantíssimos para o desenvolvimento da vida em sociedade.

Ainda com toda a força que ganhou o princípio da dignidade da pessoa humana, ele não é absoluto. (MARTINS, 2019, p. 1589) Existem alguns doutrinadores que defendem tal tese por considerar a máxima que a defende, segundo a qual é que: devem-se tratar as pessoas como fins e nunca como meios. Todavia, para Flávio

Martins, o princípio da dignidade da pessoa humana também é relativizado, se não fosse assim, pelo menos metade dos presos no Brasil deveriam ser soltos imediatamente, tendo em vistas as condições insalubres e degradantes que se encontram as salas prisionais. Como também não haveria pessoas sem moradia. (MARTINS, 2019, p.1 589)

Assim já pensava Cesare Beccaria em 1766:

À medida que as penas forem mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão. A prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida [...]. (BECCARIA, 1764, p. 14)

Para Flávio Martins, a delimitação do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser usada para a delimitação negativa. Tendo em vista que o mesmo segue o entendimento do ilustre doutrinador Jorge Reis Novais, o qual entende que a preocupação central é apurar quais situações, omissões ou ações que violam o princípio da dignidade da pessoa humana e não apurar quais são os positivamente entendidos como sendo os elementos ou atributos que o preenche. (MARTINS, 2019, p. 1595)

Em relação a abstração do princípio, as pessoas utilizam-se dele para defender teses diametralmente antagônicas⁸, ou seja, costumam ser utilizadas para defender quaisquer princípios ou direitos fundamentais. Flávio Martins ainda cita a fala de Luís Roberto Barroso: “em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores”. (MARTINS, 2019, p. 1590)

É como já falado anteriormente, enquanto alguns doutrinadores defendem o aborto na dignidade da pessoa humana, outros são contras em defesa do feto gerado dentro da barriga da mãe, como já sendo um sujeito de direito e portanto, deve-se obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸ Característica do que é contrário ou oposto; contrário, incompatível, oposto: argumento antagônico.

2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Consagrado nos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal, esse princípio defende que ninguém poderá ser considerado culpado antes que seja processado e tenha sua sentença processual transitado em julgado, ou seja, foi condenado por essa e não tenha mais possibilidade de recorrer à justiça para reverter.

Para Aury Lopes Júnior (2020, p. 408),

O princípio da presunção da inocência é um fruto evolutivo do processo penal, considerando que GOLDSCHMIDT também afirma que: se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles.

É o que também afirma Cesare Beccaria, em outras palavras, na sua famosa obra dos delitos e das penas: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei” (BECCARIA, 1764, p. 9).

A Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 também trouxe em seu bojo esse princípio, mais precisamente no artigo 9º. “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Interessante verificar que essa Declaração era contemporânea ao tempo de vida de Cesare Beccaria, fato em que é possível afirmar que ela utilizou a tese dele como doutrina para sua promulgação.

Sobre o referido princípio Pedro Lenza anota:

Em relação ao tema, Bechara e Campos anotam: “melhor denominação seria o princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado. (LENZA, 2018, p. 1278)

Assim, quis dizer que a Constituição Federal não considera ninguém inocente até que se prove o contrário, mas sim não o considera culpado até que o indivíduo seja processado e julgado, não cabendo mais recurso, ou seja, processo transitado em julgado. Nesse entendimento percebe-se que, não é porque num foi provado a culpabilidade que já é inocente, simplesmente ela não pode ser considerada culpada.

Aury Lopes entende que esse princípio é deveras necessário, porque é fruto de ação protetora do indivíduo. Muito embora a sociedade tenha que conviver com a impunidade de alguns culpados, pior seria um inocente pagar por um delito que não cometeu. Até porque, pela lógica, quando um inocente é considerado culpado por um crime que não cometeu, ele irá pagá-lo com a restrição de direito de liberdade e, conseqüentemente, o verdadeiro culpado ainda continuaria impune do mesmo jeito. (LOPES, 2020, p. 104)

Então se origina outro princípio, quando não comprovada a culpabilidade do réu, qual seja o *in dubio pro reo*⁹ que no vernáculo português se traduz: “Na dúvida, decida em favor do réu”. Esse princípio se origina necessariamente da presunção de inocência, pois não se deve considerar culpado aquele que está sendo julgado, sem que haja provas cabais e irrefutáveis, as quais podem dizer o contrário. (LENZI, 2022, n.p.)

2.3 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Taxado no inciso XXXVII e LIII, artigo 5º da Constituição, esse princípio vem coibir a criação de um tribunal de exceção. Sobre isso fala Pedro Lenza:

Segundo a doutrina, “o conteúdo jurídico do princípio pode ser resumido na inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, que para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais para caso determinados. Na verdade, o princípio em estudo é um desdobramento da regra da igualdade. Nesse sentido Pontes de Miranda aponta que ‘a proibição dos tribunais de exceção representa, no direito constitucional contemporâneo, *garantia constitucional*: é direito ao juízo legal comum’, indicando vedação à discriminação de pessoas ou casos para efeito de submissão a juízo ou tribunal que não o recorrente por todos os indivíduos”. (LENZA, 2018, p. 1259)]

Nesse caso, o princípio visa impedir que seja criado um tribunal específico para julgar uma pessoa após o cometimento do delito. Tendo em vista que o princípio dito

⁹ É uma expressão latina que significa “na dúvida, em favor do réu”. É um princípio jurídico e está baseado na presunção da inocência, segundo a qual ninguém é culpado até que se prove o contrário. Isso significa que alguém só pode ser condenado se existirem provas concretas. Se houver dúvidas ou falta de provas em relação à autoria ou à materialidade do fato, a ação será julgada em favor do réu, isto é, ele será absolvido. O princípio da presunção de inocência foi consagrado no Brasil com a Constituição de 1988, que o determina como direito fundamental e cláusula pétrea, isto é, que não pode ser alterado.

condiciona a predeterminação de um júízo para julgamento das causas, ou seja, quando da ocorrência do delito, já tem que existir no ordenamento jurídico pátrio um tribunal competente para julgar tal crime. (LENZA, 2018, p. 1259)

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe uma importante inovação em consonância com o princípio do Juiz Natural. Essa veio estabelecer que, a partir dessa data, “o Brasil se submete à Jurisdição de Tribunal Penal Internacional¹⁰ cuja criação tenha manifestado adesão”. (LENZA, 2018, p. 1260)

Veja que antes de 2004 o indivíduo não poderia ser julgado de hipótese alguma por esse Tribunal Penal Internacional, em respeito ao princípio do juiz natural, porém, depois da referida adesão, é perfeitamente possível esse julgamento, tendo em vista que não mais será um tribunal de exceção, desde que o crime a ser julgado fora cometido após a Submissão.

Sobre o prisma de Aury Lopes Junior:

[...] o princípio do Juiz Natural é um princípio universal, fundante no Estado Democrático de Direito. Consiste no Direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal. O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não se pode manipular os critérios de competência e tão pouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade do julgado, como visto anteriormente. (LOPES, 2020, p. 286)

Percebe-se então que os dois doutrinadores são harmônicos no entendimento do princípio do juiz natural, pois compactuam do mesmo entendimento.

Nessa seara está também o entendimento de Marcon, pois para ele, o princípio do juiz natural é universal com fundamento no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que todo cidadão tem o direito de saber qual tribunal ou autoridade irá processá-lo pelo cometimento de um delito expresso no ordenamento jurídico ao qual se submete. (MARCON, 2004, p. 47)

2.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

¹⁰ Organismo internacional permanente, com jurisdição para investigar e julgar indivíduos acusados de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

O princípio do contraditório e o da ampla defesa é o que visa assegurar àquele que está sendo processado e julgado, todos os mecanismos de defesa e contraditórios permitidos em lei, a fim de que o mesmo esgote todas as possibilidades de provar sua inocência perante o tribunal. Assim diz o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2023, *n.p.*).

Percebe-se então que a Constituinte originária fez questão de incluir esse princípio dentro do artigo 5º da Constituição, consagrando-o como um direito individual, portanto, fundamental ao indivíduo.

Conceito de contraditório e ampla defesa de acordo com Flávio Martins:

Contraditório, também chamado de audiência bilateral, é a soma da comunicação obrigatória com a reação possível. A parte, no processo judicial ou administrativo, tem o direito de se comunicar de todos os atos processuais, em tempo hábil para que possa responder. Por sua vez, ampla defesa consiste na possibilidade de utilização de todos os meios legítimos e legais para que possa se defender de alegações contrárias e de refutar decisões judiciais adversas. (MARTINS, 2019, p. 847)

É certo que os dois princípios básicos decorrem de outro mais fundamental, o qual é a igualdade de armas ou da isonomia processual. Como as partes envolvidas na disputa durante o julgamento estão a uma distância igual do tribunal, ou seja, são tratadas de forma igual, qualquer coisa que uma parte alega à outra pode ser contestada. (NOVO, 2018, *n.p.*)

Da mesma forma, a chance de prova concedida a um é dada ao outro. Assim, embora conceitualmente diferente, os dois princípios se complementam ao colaborar para revelar a única verdade que interessa ao processo, ou seja, a verdade processualmente válida. Quando essa verdade é finalmente revelada e realizada - e é o que acontece com a coisa julgada -, então a verdade do perpetrador, a verdade do acusado ou mesmo a opinião pública não importa mais. (NOVO, 2018, *n.p.*)

O que não acontecia na época em que o sistema processual era inquisitório, em que o juiz processava e julgava ao mesmo tempo, muitas das vezes, requisitava provas que coincidiam com o convencimento da sentença da causa. (MARCÃO, 2021)

De forma alguma o indivíduo, nesse caso, tinha direito de ampla defesa, tendo em vista que muitas das vezes sua sentença estava pré-constituída pelo juiz e este somente estava buscando meios de fundamentá-la.

Destaca-se então que aí estão envolvidos dois princípios igualmente constitucionais, os quais não podem ser confundidos, entretanto, um complementa o outro, a fim de conceder ao acusado o máximo possível de armas necessárias a sua defesa.

Ainda sobre o referido princípio, veja o entendimento de Renato Marcão:

Por força do princípio do contraditório, que não incide na fase de investigação (inquérito ou termo circunstanciado), deverá ser permitido à parte se manifestar, sempre, sobre a argumentação da parte contrária; sobre a prova produzida e, bem assim, sobre qualquer ato processual (*audiatur et altera pars*). Estabelecer ou respeitar o contraditório nada mais é do que permitir o debate entre as partes envolvidas, conforme as faculdades processuais previstas, daí afirma Scarance que “são elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação. (MARCÃO, 2021, p. 72)

Sendo assim, o princípio do contraditório é dar oportunidade ao indivíduo de contradizer tudo aquilo que está sendo falado contra ele no processo, utilizando-se da ampla defesa, que no caso seria todos os meios de provas permitidos em direito.

Entretanto, não é permitida a utilização de provas ou meios fraudulentos para tentar mudar o convencimento do juiz. Para isso a Constituição trouxe no art. 5º, inciso LVI a proibição de provas ilícitas. (BRASIL, 2023, *n.p.*)

Caso tenha sido comprovado que há alguma prova ilícita no processo, a mesma deverá ser desentranhada e, por força da teoria da árvore envenenada, todas as demais provas originadas dela, também serão ilícitas. (MARTINS, 2019, p. 850)

Quando se fala em ampla defesa, significa também que o indivíduo pode utilizar da defesa técnica ou autodefesa. Aquela é a promovida pelo advogado o qual é o profissional qualificado e com capacidade postulatória para está em juízo, enquanto que essa é o direito de está perante o juiz para apresentar sua versão dos fatos, ou até mesmo o direito de postular pessoalmente um pedido de habeas corpus, tendo em vista que para se utilizar desse remédio não é necessário um advogado, ou seja, defesa técnica. (MARCÃO, 2021, p. 74)

Com relação à defesa técnica Marcão afirma:

Com efeito, se a acusação formal só pode ser feita pelo Ministério Público (nas ações penais públicas) ou pelo ofendido por intermédio de advogado (nas ações penais privadas), sendo ambos profissionais técnicos, portanto, não haveria igualdade de partes e tratamento isonômico se não fosse exigida defesa igualmente técnica e capacitada. (MARCÃO, 2021, p. 73)

Entretanto existem aqueles que não podem custear a defesa técnica, ainda que obrigatória no processo. Para isso, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal do Brasil de 1988 assegura, ao acusado hipossuficiente, o direito à assistência judiciária gratuita. Ainda, complementando a Constituição, o CPP, no seu art. 263, caput, taxa: “Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação” (BRASIL, 2023, *n.p.*).

Contudo é importante ressaltar que é obrigatório uma defesa técnica em todo processo judicial, mesmo que seja preservado o direito de autodefesa do indivíduo, podendo esse atuar em causa própria, se para isso for habilitado, ou seja, for advogado. (MARCÃO, 2021, p. 64)

2.5 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da Isonomia é um dos mais aclamados na contemporaneidade, tendo em vista o desenvolvimento da sociedade e com isso o surgimento de outras necessidades de adaptações e aprimoramentos do direito de igualdade.

Neste entendimento, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que, “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 [...]”. Por duas vezes o *caput* do artigo 5º fala de igualdade, entretanto, deve-se saber que existem dois tipos, sendo elas a forma e a material.

Quando se trata de igualdade formal, fala-se daquela com idêntico tratamento, necessariamente, ou seja, os direitos serão sempre iguais, não importando a cor, raça, gênero, condição financeira e beleza. Mas o que o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 busca é a igualdade material, tendo em vista que essa busca tratar

não de forma igualitária, mas sim de forma igual os iguais e desigual, os desiguais na medida de suas desigualdades. (MARTINS, 2019, p. 718)

Ainda cita Flávio Martins: “[...] em um país de ‘elevada desigualdade real’, em vez de igualar, apenas reforça a desigualdade que existe na vida. Dizer que todos devem lutar com suas armas é injusto, quando os calibres são diferentes. (MARTINS, 2019, p. 718)”

No Brasil existem diversos dispositivos que versam sobre a igualdade material, como imunidade parlamentar, foro por prerrogativa de função, vagas reservadas nos concursos públicos para pessoas com deficiência, processo criminal contra o Presidente da República, idade máxima em concurso públicos, políticas públicas de igualdade, entre outras. (MARTINS, 2019, p. 718-724)

No caso ainda, seria um tratamento desigual não fazer distinção entre homens e mulheres numa prova de aptidão física para um concurso público para ingresso na carreira policial. Ora, geneticamente as mulheres são mais fracas no quesito força, portanto, se para conseguir uma vaga tivessem que realizar a prova de barras e corrida juntamente com os homens, seria notadamente, uma afronta ao princípio da isonomia. (Martins, 2019, p. 720)

Para Renato Marcão, (MARCÃO, 2021, p. 71-72) na igualdade processual significa que deve haver paridade de armas entre as partes, assim, tudo que for permitido ao autor deve ser permitido ao réu, tendo aqui uma igualdade formal. Logicamente, a igualdade material é muito explorada no sistema processual brasileiro, utilizando-se, principalmente, do instituto jurídico da inversão do ônus da prova para garantir a aplicação do direito do consumidor.

Sabe-se que a regra imposta pelo Código de Direito Civil é que “aquele que alega os fatos, deve provar”. Contudo, no direito do trabalho, na maioria das vezes, ocorre o instituto jurídico do ônus da prova, ou seja, é passada para a empresa a obrigação de provar o contrário sobre o que o empregado está alegando. Essa troca de obrigação é justamente em função da incapacidade que o empregado possui de juntar todas as provas necessárias, tendo em vista que quem detém todos os documentos e informações é a empresa.

3 DAS PENAS E DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

As penas são contrapartidas que o indivíduo deve oferecer ou cumprir por ter infringido as regras de convívio em sociedade. A Constituição Federal também trouxe em seu bojo alguns regramentos sobre as penas a serem aplicadas a tais delinquentes.

Consoante a Carta Magna, o artigo 5º expressa:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. (BRASIL, 2023, *n.p.*)

No inciso XLV, vê-se que a pena não pode transcender a pessoa do condenado, ou seja, não é possível que o pai pague uma pena de restrição de liberdade por um crime que seu filho cometeu, por exemplo.

Entretanto, há diversos tipos de penas como: a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a de multa. As penas privativas de liberdade são impostas àqueles que cometeram alguma das espécies de crime tipificado em lei anterior a prática ilícita, em obediência ao princípio da legalidade. As penas restritivas de direitos são aquelas que, em virtude do ilícito cometido, o autor terá suspensos alguns de seus direitos, tendo ainda de realizar serviços à comunidade, algumas limitações no fim de semana ou até mesmo recolhimento domiciliar. Já a de multa é uma pena pecuniária imposta ao agente que também desobedeceu alguma norma. (NUCCI, 2019, p. 356-357)

Importante apresentar alguns princípios penais e constitucionais sobre a pena no Brasil: Princípio da personalidade da pena, significa que é personalíssima, não podendo, de forma alguma, passar da pessoa do condenado; princípio da legalidade, significa que a pena não pode ser aplicada se não houver previsão em lei anterior ao cometimento do delito; princípio da inderrogabilidade, significa que constatada a prática criminosa, a pena deverá ser aplicada; princípio da proporcionalidade, significa que a pena deverá ser proporcional ao delito cometido, princípio da humanidade, significa que o Brasil vedou a aplicação de penas inservíveis e dolorosas, devendo - se respeitar a integridade física e moral do condenado. (NUCCI, 2019, p. 356)

No inciso XLVIII, do artigo 5º, da Constituição do Brasil de 1988, entende-se que haverá diferenciação dos estabelecimentos que comportam os presos de acordo com a natureza de cada delito, ou seja, nas penas restritivas de liberdade, ficarão separados daqueles considerados perigosos ou que tenham cometido crime mais grave. Mas não é só isso, pois não haveria justificativa para que mulheres ficassem presas nas mesmas celas ou até no mesmo presídio que os homens. Embora se trate de um direito fundamental, necessita de reiteradas políticas públicas no tocante ao sistema carcerário brasileiro.

Sobre tal fato, a Súmula Vinculante 56 do STF aponta: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. (LENZA, 2018, p. 1274)

Ou seja, caso o Estado não tenha condições de disponibilizar presídios cumprindo “a risca” o inciso XLVIII do artigo 5º, não poderá manter o preso no regime mais gravoso, devendo para tanto, até mesmo colocá-lo num regime menos gravoso do que foi culminado com as contas da progressão.

Ora, como já dito antes, toda sociedade contém regramentos para que a mesma se desenvolva em harmonia, todavia, é inevitável que alguém descumpra alguma dessas regras, devendo ser processado e julgado por um tribunal pré-constituído, levando em conta o devido processo legal.

Contudo, um princípio constitucional bastante aclamado é o da presunção de inocência, ou seja, que o processado não cumpra uma pena até que seja transitado em julgado uma sentença penal condenatória, ainda que fique algum culpado sem penalidade, tendo em vista o entendimento de que é melhor que um culpado fique impune, do que haver punição para um inocente. (LOPES, 2020, p. 628)

Não obstante, segundo a doutrina majoritária, não existem princípios, nem direitos absolutos. Para tanto, segundo Aury Lopes (2020, p. 628), existe no Brasil a possibilidade de execução de três tipos de prisões cautelares, para penas privativas de liberdade, sendo elas: Prisão preventiva, prisão temporária e prisão em flagrante, mas essa é considerada pela doutrina tradicional, divergindo então o pensamento do citado autor quanto à última.

3.1 VEDAÇÕES DE PENAS

O inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal traz um rol de penas que são vedadas sua aplicação. Como: a de penas cruéis, a de trabalhos forçados, as de caráter perpétuo e a de pena de morte. (LENZA, 2018, p. 1275)

Logicamente que todas essas vedações possuem relativizações, até mesmo a pena de morte, tendo em vista que a própria Carta Magna permite a pena de morte em casos de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX. (BRASIL, 1988)

Embora a Constituição Federal de 1988 não trouxesse uma relativização expressa sobre penas cruéis e as de trabalhos forçados ou até mesmo de caráter perpétuo, mas apresentou no §4º do artigo 5º a seguinte afirmação: “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” Logo, é perfeitamente possível que um brasileiro seja punido com pena de prisão perpétua caso seja julgado e condenado por esse tribunal.

Desde a vigência da Lei Federal nº 13.964/2019, só é cabível a medida cautelar mediante provocação, nunca podendo ser de ofício. Concernente a isso fala Renato Marcão:

Em relação às medidas listadas nos arts. 319 e 320 do CPP, caberá a aplicação isolada ou cumulativa, e, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. (MARCÃO, 2021, p. 727)

Já os artigos 283 ao 288 do Código de Processo Penal diz:

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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas.

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

Art. 288. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora.

Parágrafo único. O recibo poderá ser passado no próprio exemplar do mandado, se este for o documento exibido.

Com o atual Código de Processo Penal, ocorre a prisão em flagrante nos termos do artigo 302, ou a prisão temporária quanto cabível a Lei Federal nº 7.960/1989, ou prisão preventiva nos moldes dos artigos 311 a 316 do CPP, contudo, podendo ser substituída por prisão cautelar domiciliar, nos termos dos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal. (MARCÃO, 2021, p. 732)

3.2 PRISÕES PREVENTIVAS

Esta é uma medida cautelar, ou seja, são realizadas antes da sentença penal condenatória, e não significa punição prematura. O objetivo desta medida é evitar que o réu pratique novos crimes, fuja ou prejudique o andamento processual, arruinando provas, amedrontando testemunhas ou escondendo-se. Pode pronunciar-se em qualquer fase do processo ou inquérito, desde que cumpridos os requisitos legais, previstos no artigo 312.º da codificação Processo Penal. (TJDFT, 2016, *n.p.*)

A prisão preventiva é decretada com o único intuito de que o apenado não interfira nas demais investigações do processo, tentando atrapalhar que a justiça ou a autoridade policial realize mais diligências, no sentido de produzir mais provas robustas contra sua pessoa, que certamente irão contribuir para uma eventual condenação penal.

Inexiste um prazo explícito no Código de Processo de Penal para a decretação da prisão preventiva, necessitando que exista apenas os requisitos e no caso concreto, ter a junção de cabimento e os fundamentos, estando fundamentada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. O Artigo 311 do CPP deixa cristalino que a prisão preventiva somente poderá ser declarada após requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, ou seja, ela será decretada pelo juiz, mas nunca de ofício. (MARCÃO, 2021, p. 732)

3.4 PRISÕES TEMPORÁRIAS

Esta é uma modalidade de encarceramento que é apropriada apenas na fase investigativa não podendo ser sentenciada no decorrer do processo criminal. Seu objetivo é assegurar a realização de diligências necessárias à investigação. Tem prazo determinado. É de cinco dias a duração da prisão temporária, com a possibilidade de prorrogação por mais cinco dias. Existem normativos especiais que trazem prazos diversos para essa modalidade de prisão, como a Lei 8.072/90, que regulamenta os crimes hediondos e prevê a pena privativa de liberdade de 30 dias, prorrogável por mais 30 dias. (TJDFT, 2016, *n.p.*)

4.3 PRISÕES EM FLAGRANTE

A prisão em Flagrante é uma forma que se tem de recolher a pessoa que cometeu algum ato ilícito no meio da sociedade e conduzi-la até a autoridade policial, a fim de que essa faça a lavratura do auto de prisão e decida se a pessoa ficará presa, ou se será colocada em liberdade mediante o pagamento de fiança, ou se será solta sem o pagamento de fiança. Se a autoridade policial optar por manter o indivíduo preso, deverá encaminhar os autos de prisão ao juízo competente no prazo de 24 horas. (TJDFT, 2016, *n.p.*)

O artigo 302 do Código de Processo Penal considera as seguintes possibilidades de flagrante delito:

Quem está cometendo infração penal, ou acaba de cometê-la, ou é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Logo, esses requisitos devem ser observados para que um indivíduo possa receber voz de prisão, tendo em vista que, conforme explicita o artigo 301 do CPP, “qualquer do povo pode prender aquele que se encontra em flagrante delito, e as autoridades policiais têm o dever, ou seja, estipula como uma faculdade para o cidadão e uma obrigação para as autoridades policiais, podendo inclusive responder por omissão, caso seja comprovado a possibilidade de agir e não o fizer. (MARCÃO, 2021, p. 745-746)

4.4 PRISÃO ESPECIAL

A prisão especial não é uma espécie de prisão cautelar, embora possa ser utilizada para cumprimento de prisão cautelar. Também não se trata de privilégio no que tange ao cumprimento da pena, todavia é somente o recolhimento em local distinto dos presos comuns, sempre considerando determinadas profissões ou atividades profissionais, mas somente podendo perdurar enquanto durar a prisão cautelar. MARCÃO, 2021, p. 740)

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;
IX - os ministros do Tribunal de Contas;
X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade;
XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Contudo, existem leis esparsas que regulamentam a prisão especial para outros grupos ou pessoas, não se limitando apenas nesse artigo 295 do CPP. Entretanto, o parágrafo 2º desse artigo estabelece que, quando não houver estabelecimento específico para o preso, ele deverá ser recolhido em cela diversa do mesmo estabelecimento. (MARCÃO, 2021, p. 740)

5. A ADPF Nº 334 CONCERNENTE À PRISÃO ESPECIAL PARA PESSOAS COM DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR

O tema mais polêmico envolvendo prisão especial mexeu com as pessoas portadoras de diploma de nível superior tratadas no inciso VII, do artigo 295, do Código de Processo Penal.

A ADPF¹¹ - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - fora protocolada pelo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot. Veja a argumentação que a motivou:

O 'privilégio' da prisão especial, instituído em 1937, no governo provisório de Getúlio Vargas, originou-se em contexto antidemocrático, durante período de supressão de garantias fundamentais e manutenção de privilégios sem respaldo na igualdade substancial entre cidadãos. Leis posteriores alteraram os critérios, mas não foram capazes de retirar a mácula de inconstitucionalidade da distinção para portadores de diploma de ensino superior. A ADPF lembra que a prisão especial é processual, de natureza cautelar, não se aplica à prisão resultante de sentença penal condenatória definitiva, além disso, a lei divide as hipóteses dessa prisão em dois grupos. O primeiro abrange pessoas que, por conta de suas profissões e atividades, teriam sua integridade física ameaçada no convívio com presos 'comuns', por estarem ligadas à Justiça criminal (policiais, magistrados, advogados criminalistas, jurados e membros do Ministério Público), ou por exercício de atividades políticas e administrativas (ministros e secretários de Estado, etc.). (...) Janot observa que a lei estabelece uma espécie de relevância cultural-social do indivíduo por circunstância de ordem privada, como o grau de instrução, amparando o suposto 'direito' desses cidadãos a não 'se misturarem' com presos 'comuns' (BRASIL, 2023, *n.p.*)

¹¹ Recurso apresentado ao STF como argumentação de que determinada medida tomada por alguma instância do poder público atenta contra preceitos fundamentais existentes na Constituição de 1988.

Janot defende que o segundo caso citado acima não está amparado pela Constituição Federal do Brasil de 1988, pelo contrário, a concessão do “privilégio” de prisão especial para portadores de diploma aumenta ainda mais o nível de desigualdade no Brasil, ferindo de morte os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e, dentre outros princípios e direitos, a isonomia. (BRASIL, 2023, *n.p.*)

5.1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL DIANTE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Sabe-se que o princípio da isonomia é um preceito imprescindível para fundamentar um Estado Democrático de Direito (MUNIZ, 2023, *n.p.*). Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, existia o direito de igualdade traçado por normas constitucionais anteriores, porém focado na interpretação puramente formal, ou seja, a lei deveria ser aplicada universalmente igual a todos, sem distinção de qualquer natureza, sem realização de aceção de pessoas. (MUNIZ, 2023, *n.p.*)

Acontece que, com o passar do tempo, verificou-se que apenas a aplicação formal do direito da igualdade, não bastava para, de fato, esse direito ter efetividade. Assim, a Carta Magna brasileira de 1988 tratou de trazer o princípio da isonomia, o qual aplica também uma interpretação material, ou seja, busca a materialidade do direito de igualdade na sua total essência. (BRASIL, 2023, *n.p.*)

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) afirma que: “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”. Embora esse instituto jurídico traga uma formalidade, quando cita que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o objetivo do constituinte originário foi de construir a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos (MARTINS, 2019, p. 718). Ou seja, aplicação do direito da igualdade material, o qual contém a máxima “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades”.

Rodrigo Janot (BRASIL, 2023, *n.p.*) sustenta em sua tese, no protocolo da ADPF Nº 334, que a aplicação da prisão especial aos portadores de diploma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a finalidade de

tal prisão é a proteção de quem esteve ligado à justiça, o que poderia ocasionar alguma espécie de revolta ou retaliação dos presos para essa pessoa. Todavia, não justifica que um cidadão, por ser portador de diploma, mereça tal direito, uma vez que isso está ligado à educação. Ainda ressalta que se assim permanecer, é visão de mais desigualdade, considerando que o quantitativo dos presos no Brasil que possuem nível de escolaridade baixíssimo ou nenhum é gigantesco.

Nessa seara, Gina Ribeiro Gonçalves Muniz (2023, *n.p.*):

A população carcerária brasileira apresenta baixo nível de escolaridade: menos de 13% têm acesso à educação. Consoante pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma amostragem de mais de 700 mil presos, 70% não concluíram o ensino fundamental, e 92% não têm ensino médio completo. Menos de 1% têm diploma de ensino superior ou ingressaram na faculdade. O mapeamento dos presos no Brasil demonstra empiricamente a existência de um Direito Penal seletivo e estigmatizante, cujas diferenças de tratamento se fazem presentes ao longo de toda a cadeia de atuação da Justiça penal, vale dizer: criação de leis desiguais e aplicação desigual das leis.

Assim, grande parte da doutrina entende que a prisão especial para os portadores de diplomas elencados no inciso VII, do artigo 295 do CPP (BRASIL, 1941, *n.p.*) é inconstitucional, por não atender aos critérios de materialidade do princípio da isonomia, assim como fere a dignidade da pessoa humana e a formação de uma sociedade justa e solidária, conforme prescreve os objetivos da Constituição Federal de 1988. (MARTINS, 2019, p. 718)

5.2 O JULGAMENTO DA ADPF Nº 334 PELO STF

No dia 03 de abril de 2023 foi publicada a decisão do julgamento da ADPF Nº334 que tramitou no Supremo Tribunal Federal desde 11 de março de 2015. O ilustre Tribunal votou, por unanimidade, a não recepção pela Constituição Federal do Brasil de 1988 do inciso VII, do artigo 295, do Código de processo Penal (BRASIL, 2023, *n.p.*).

Consoante ao relatório do Ministro do STF, Alexandre de Moraes, informou que a ADPF Nº 334 foi protocolada sob o argumento de que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou inciso VII, do artigo 295, do Código de processo Penal, portanto pedindo que o Supremo declarasse a inconstitucionalidade da mesma. O argumento, como já falado, foi:

O dispositivo impugnado contribui para perpetuação de inaceitável seletividade do sistema de justiça criminal, desagrega brasileiros, por acentuar e valorizar clivagem sociocultural entre eles, e reafirma, tanto do ângulo simbólico quanto do pragmático, a desigualdade, a falta de solidariedade e a discriminação que caracterizam parte importante da estrutura social brasileira. (BRASIL, 2023, *n.p.*)

Entretanto, a Presidência da República apresentou argumento de que o presente instituto jurídico é legítimo e no seu entendimento é plenamente constitucional. Sustenta ainda que a norma não está fixando penas diferenciadas em razão da escolaridade, muito menos deixando mais brandas as penas fixadas aos portadores de diploma. (BRASIL, 2023, *n.p.*)

De igual modo o Congresso Nacional se manifestou a favor da norma, sustentando que todos os presos portadores de diploma mereciam ser presos em celas especiais em obediência ao princípio da presunção de inocência (BRASIL, 2023, *n.p.*). Quem acompanhou esses dois órgãos no mesmo sentido foi a Advocacia Geral da União, opinando pela improcedência da ação direta, tendo em vista que essa prisão especial se limita às cautelares, evitando assim afronta ao princípio da presunção de inocência, o que está em harmonia com o artigo 300 do CPP, que determina a segregação entre presos provisórios e presos condenados definitivamente. (BRASIL, 2023, *n.p.*)

Ainda diz: “a pretensão veiculada pelo requerente não solucionaria a discriminação alegada, mas apenas retiraria dos presos especiais portadores de diploma de ensino superior um benefício que lhes foi validamente conferido” (BRASIL, 2023, *n.p.*).

Não obstante, os argumentos da Presidência da República, do Congresso Nacional e da Advocacia Geral da União, o Ministro Relator, Alexandre de Moraes, entendeu que o dispositivo não tem argumentos/fundamentos para ser recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mas não é só isso, foi acompanhado pelo voto dos demais Ministros, restando portanto a decretação da inconstitucionalidade, acolhendo o pedido do Procurador Geral da República, por meio da Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamental nº 334.

6. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA POR CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A execução provisória da pena acontece quando fica comprovada a autoria do delito e a materialidade do crime, mas o réu tem o direito de entrar com recurso especial ou extraordinário. O tema tem sido muito polêmico nas últimas décadas e tem desencadeado uma série de preocupações em relação à segurança jurídica, assim como, na visão de alguns doutrinadores, uma afronta direta ao princípio da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito. (MARCÃO, 2021, p. 733-736)

Até o ano de 2009, necessariamente até fevereiro, a Corte Suprema entendeu ser constitucional o início da execução da pena quando o réu fosse condenado na segunda instância, todavia, no julgamento do HC 84.078/MG guinou seu posicionamento sobre o assunto e deixou de permitir a execução provisória, salvo daqueles que se encontravam presos preventivamente. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

Então, ressalta Renato Marcão (2021, p. 734) que a partir daí o condenado em segunda instância até poderia ter sua liberdade cerceada, mas, para tanto, necessitaria de que estivessem presentes todos os requisitos do artigo 312 do CPP. Nesse sentido a prisão iria ter natureza de prisão cautelar e não de execução de pena sem ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O entendimento na época era de que a permissão da execução provisória da pena poderia cercear o direito de defesa do indivíduo e que essa antecipação era incompatível com a Carta Maior.

Mas esse entendimento foi sustentado até fevereiro de 2016 e, exatamente 7 anos depois, a Suprema Corte mudou seu entendimento ao julgar o HC 126.292 e retrocedeu ao entendimento aplicado anteriormente. Prevalecia o entendimento de que o acusado deveria ser presumido inocente até o segundo grau de condenação definitiva. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

Entretanto, após esse momento, ressalta Fernando Capez (2023, *n.p.*) que se esgota o princípio da presunção de inocência, uma vez que os recursos cabíveis perante os tribunais superiores não abrangem a discussão de autoria e materialidade, mas tão somente a controvérsia de direito material ou constitucional. Na continuidade interpretativa, seria diante da consagração da conjectura da presunção de inocência

atenuada, que admitia o atentado à liberdade do acusado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença.

Para fundamentação do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a corte afirmou que a execução da sentença nos recursos extraordinários não comprometeu o pressuposto essencial do princípio da inocência, desde que o arguido fosse tratado como inocente durante o julgamento com todas as garantias exigidas de contraditório e ampla defesa, uso legítimo das provas e o respeito ao sistema acusatório. O tribunal entendeu que era preciso harmonizar o princípio constitucional da presunção de inocência com a real função jurisdicional penal, levando em consideração não apenas a garantia dos direitos do acusado, mas também os interesses da sociedade que perdeu a fé no judiciário diante de longos anos de espera por julgamentos e intermináveis recursos. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

Entretanto, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades 43, 44 e 54, julgadas em 2019, o Supremo Tribunal Federal novamente faz regredir o entendimento que tinha até fevereiro de 2009, qual seja, a proibição da execução de pena antes de esgotadas todas as vias recursais. Apesar disso, o Supremo ressalta a possibilidade de aplicação da prisão preventiva caso cumpra os requisitos jurídicos para tal. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

Para mudar a decisão de 2016, o Supremo Tribunal Federal aludi a Constitucionalidade do artigo 283 do CPP que dispõe: “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”.

Não podendo deixar de mencionar o dispositivo constitucional expresso no artigo 5º, inciso LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, a partir daí, deixa de se considerar a presunção de inocência mitigada, não permitindo assim quaisquer interferências e/ou transgressões dos direitos e garantias individuais constitucionais.

O relator ainda reconhece que o sistema jurídico processual existente no Brasil é sobremaneira lento, e por muitas vezes, o excesso de possibilidades recursais o deixa mais complexo e moroso, passando a sensação de ineficiência e impunidade. Não obstante, relata que na atual conjuntura que se encontra a norma Constitucional,

não tem como a corte atender aos clamores da sociedade simplesmente atropelando a Carta Magna vigente como relata a Ministra Rosa Weber:

Embora fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídicos-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente – cuja observância irrestrita também traduz em si mesma uma exigência civilizatória -, afastar a higidez de preceito que institui garantia, em favor do direito de defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

Assim, nos casos em que os tribunais condenam ou mantêm condenação em primeira instância, salvo os casos previstos em lei para prisões cautelares, o réu deverá ser mantido em liberdade até que sejam esgotadas todas as vias recursais requeridas pelo mesmo em respeito ao princípio da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e Estado Democrático de Direito. Na mesma linha, segue Aury Lopes Jr. que tem o entendimento de que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, fere de morte a constituição, declarando expressamente que o julgamento do HC 126.292 foi realizado de forma errônea. (LOPES, 2020, p. 629)

Com isso o relator Ministro Marco Aurélio fala:

O art. 283 do CPP, que exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie o cumprimento da pena, é constitucional, sendo compatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88. Assim, é proibida a chamada execução provisória da pena. Vale ressaltar que é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado (antes do esgotamento de todos os recursos), no entanto, para isso, é necessário que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP. Dessa forma, o réu até pode ficar preso antes do trânsito em julgado, mas cautelarmente (preventivamente), e não como execução provisória da pena. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

Portanto, fica entendido que a partir desse julgamento a execução da pena terá início somente depois do trânsito em julgado da sentença penal declaratória, nos termos do inciso LVII, artigo 5º, da constituição combinado com o artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro. Para aqueles que estavam cumprindo pena antes do

trânsito em julgado entre o ano de 2016 e 2019, não se encaixando nos regramentos das prisões preventivas, deverão ser colocados imediatamente em liberdade.

7. PROBLEMÁTICAS E REPERCUSSÕES COM AS RECENTES MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O caso sobre a (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância vem causando grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano 2009, quando ocorreu o julgamento para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, portanto, não podendo começar a execução provisória da pena até que o processo tenha transitado em julgado. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

Os problemas começaram a surgir quando já em 2016 houve novo julgamento, mudando então o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que dessa vez entendeu ser plenamente possível e, portanto, constitucional a execução provisória da pena quando da confirmação da condenação em segunda instância. (SCHREIBER, 2019, *n.p.*)

Mas não é só isso, três anos depois, no meio de uma grande influência política, devido a prisão do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, O STF guina seu entendimento, julgando as Ações Diretas de Constitucionalidade números 43, 44 e 54, julgando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Dessa feita, ninguém mais poderá iniciar o cumprimento de pena, antes do trânsito em julgado, salvo os casos previstos em lei no que tange à prisão preventiva. (CAPEZ, 2023, *n.p.*)

A problemática encontrada no entendimento anterior era a grande afronta ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que não havia se esgotado todas as vias judiciais para que o indivíduo fosse, de fato, considerado culpado. Isso trazia ainda uma limitação no seu direito de ampla defesa. (SCHREIBER, 2019, *n.p.*)

Não obstante, as consequências do entendimento atual envolvem grande insegurança jurídica, tendo em vista a curta duração do tempo do entendimento da corte. Ora, tem-se processos como da operação lava jato que se arrastam por mais de 08 anos, a cada um desses, no histórico de mudanças de entendimentos recentes, chegou a participar de duas alterações de entendimento do Supremo. (SCHREIBER, 2019, *n.p.*)

Também tem os casos de processos em andamento, assim como aqueles que já estavam em cumprimento de pena, que passam dos 30 mil, os quais, tirando os que se encaixam nos requisitos da prisão preventiva, deverão ter, imediatamente, a prisão relaxada. Sendo assim, o pior dos problemas encontrados seria a impunidade por prescrição do processo, por causa da morosidade do judiciário em analisar uma imensa quantidade de recursos procrastinatórios. (SCHREIBER, 2019, *n.p.*)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que a sociedade sofre mutações nos seus hábitos de convivências e entendimentos, devendo as normas passarem por transformações e/ou adaptações, a fim de se amoldarem aos princípios e costumes atuais da sociedade. Todavia, pela característica constitucional da historicidade, as alterações dos comportamentos, costumes e cultura é um processo muito moroso.

Desta feita, pelo poder que tem uma decisão do Supremo Tribunal Federal, para mudar a interpretação e entendimento da norma suprema do país, não se torna viável, que isso ocorra num curto espaço de tempo, ou seja, 07 e 03 anos, como aconteceu nas duas últimas mudanças de entendimento, respectivamente.

Isso, na verdade, pode colocar em “check” a reputação da ilustre Corte e consequente aumento da insegurança jurídica, apesar de haver algumas mudanças na composição do Supremo, devido a aposentadorias compulsórias. Entretanto, algo deve ser feito a respeito.

Uma das possíveis soluções seria restringir o julgamento de um mesmo assunto por um período de tempo, para que não ocorram reiteradas mudanças de entendimento como no caso da permissão ou não de início da execução da pena quando da confirmação da condenação em segunda instância, por causa da substituição de uma cadeira no Supremo, ou seja, um ministro novo que entra na corte, pode fazer essa mudar o entendimento.

Outrossim, deve-se, como uma das possíveis soluções jurídicas, aplicar regramentos sobre controle concentrado no que tange a julgamento do Supremo Tribunal Federal em ano eleitoral, para que não se corra risco de mera influência política para benefícios dos autores dessa. Ou, no mínimo, haver aumento no quórum de votos para aprovação de ADC, ADPF e ADI, sobre o mesmo assunto, a fim de que haja mudança de entendimento que possa impactar de forma drástica o mundo jurídico devido à “dança de cadeira” na Suprema Corte Brasileira.

Mas não é só isso. É necessário que se aponte um olhar para os regramentos constitucionais e não só para àquele que está sendo julgado, tendo em vista que, a mudança de entendimento do STF sobre o início da execução da pena a partir da confirmação da condenação em segunda instância parece ter sofrido grandes influências externas em algumas decisões. Ora, das vezes em que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional o início da execução da pena no caso

daqueles condenados em segunda instância, feriu de morte, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, pois dessa forma já está considerando culpado aquele que ainda está sendo processado com possibilidades de outros recursos como o Especial e o Extraordinário, ou seja, o réu ainda não pode ser considerado culpado, tendo em vista que não houve o trânsito em julgado.

Diga-se mais, com o cerceamento da liberdade do réu ainda na condenação em segunda instância, limitam suas possibilidades de se defender, assim o judiciário desonra o princípio da ampla defesa, limitando o direito do réu de utilizar todas armas permitidas no mundo jurídico pátrio.

Por isso a importância de o Supremo fitar seus olhares para a Constituição Federal do Brasil, devendo não só interpretá-la, mas também fazer aplicar o que ali já está clarificado, principalmente, no que tange aos direitos e garantias individuais que envolvem a vida, a liberdade e a igualdade.

Pois a sentença é a somatória de todos os atos processuais, ou seja, tudo aquilo que foi produzido ao longo do processo, na busca da verdade dos fatos, e, se ainda há possibilidade de impetração de recursos em favor do acusado, não há que se falar em condenação, visto que a Constituição Federal veda tal prática qual exprime que “ninguém será considerado culpado, sem o devido processo legal”, que é justamente o arcabouço instrumentário utilizado para a persecução processual penal.

Assim, enquanto houver esses direitos expressos na Carta Magna, não se deve iniciar a execução da pena, imediatamente, à confirmação da condenação em segunda instância, tendo em vista ser melhor um culpado ficar isento de pena do que um inocente pagar por um crime que não cometeu.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Ridendo Castigart Mores. Versão para eBooksBrasil.com. Edição eletrônica. Disponível em: livrosgratis.com.br/ler-livro-online-26498/dos-delitos-e-das-penas. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL, **Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 mar. 2023.

BRASIL, Gov.br. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/delbrasonu/temas-juridicos/tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL, **Lei nº 10.258 de 11 de julho de 2001**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10258.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4728410>. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **PGR Questiona Prisão Especial Para Portadores de Diploma**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287517&ori=1>. Acesso em: 12 maio 2023.

CAPEZ, Fernando. **Prisão Após a Segunda Instância: Entendimento do STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-entendimentos-stf>. acesso em: 13 maio 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo. 2018. 22ª Edição.

LENZI, Tié. **Significado de *in dubio pro reo***. Disponível em: <https://www.significados.com.br/in-dubio-pro-reo/>. Acesso em: 01 maio 2023

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. São Paulo. 2020. 17ª Edição.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. 2021. 7ª Edição.

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba, Juruá, 2004.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. 2019. 3ª Edição.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. **O julgamento da ADPF Nº 334 e a Desigualdade na Justiça Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-11/tribuna-defensoria-adpf-334-descortinamento-desigualdade-justica-penal>. Acesso em: 12 maio 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Coimbra: Almedina, 2016.

NOVO, Benigno Nunez. **O princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**. Disponível em: [https://benignonovonovo.jusbrasil.com.br/artigos/729222020/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa#:~:text=Exprime%20a%20garantia%20de%20que,judicial%20\(direito%20de%20defesa\)](https://benignonovonovo.jusbrasil.com.br/artigos/729222020/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa#:~:text=Exprime%20a%20garantia%20de%20que,judicial%20(direito%20de%20defesa)). Acesso em: 19 mar. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19ª ed., São Paulo, 2019.

PRUDENCIANO, Gregory. **O que é ADPF, Quando é Cabível e Efeitos da Decisão**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/o-que-e-uma-adpf-que-governadores-apresentaram-para-nao-comparecer-a-cpi/>. Acesso em: 12 maio 2023.

SCHREIBER, Mariana. **STF Julga Prisão Após 2º Instância: Entenda Impacto Sobre a Lava Jato, Lula e Milhares de Outros Presos**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50066755>. Acesso em: 15 maio 2023.

SOUZA, Ademar Borges filho. **Presunção de Inocência e a Doutrina da Prova Além da Dúvida Razoável na Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/cBZdk4dn5qDPKTXfHZ9ysNL/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

TELES, Izabel Cristina de Almeida. **O princípio do Devido Processo Legal: Breves Comentários**. Disponível em: https://www.google.com/search?q=principio+do+devido+processo+legal&rlz=1C1CHBD_ptPTBR867BR867&oq=principio+do+devido+processo+legal&aqs=chrome.0.69i

59j0i67l2j0i67i131i433j0i67i433j0i67j0i67i131i433j0i67l3.4716j0j4&sourceid=chrome
&ie=UTF-8. Acesso em: 18 mar. 2023.

TJDFT. **Prisões Cautelares**. Disponível em:

[https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/prisoes-](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/prisoes-cautelares#:~:text=Trata%2Dse%20de%20uma%20forma,Possui%20prazo%20fixo%20de%20dura%C3%A7%C3%A3o)

[cautelares#:~:text=Trata%2Dse%20de%20uma%20forma,Possui%20prazo%20fixo%20de%20dura%C3%A7%C3%A3o](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/prisoes-cautelares#:~:text=Trata%2Dse%20de%20uma%20forma,Possui%20prazo%20fixo%20de%20dura%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 20 mar. 2023.

RELATÓRIO DE VERIFICAÇÃO DE PLÁGIO

DISCENTE: Reginaldo Soares Martins

CURSO: Direito

DATA DE ANÁLISE: 23.05.2023

RESULTADO DA ANÁLISE

Estatísticas

Suspeitas na Internet: **2,3%**

Percentual do texto com expressões localizadas na internet [▲](#)

Suspeitas confirmadas: **1,79%**

Confirmada existência dos trechos suspeitos nos endereços encontrados [▲](#)

Texto analisado: **94,1%**

Percentual do texto efetivamente analisado (frases curtas, caracteres especiais, texto quebrado não são analisados).

Sucesso da análise: **100%**

Percentual das pesquisas com sucesso, indica a qualidade da análise, quanto maior, melhor.

Analisado por Plagius - Detector de Plágio 2.8.5
terça-feira, 23 de maio de 2023 11:02

PARECER FINAL

Declaro para devidos fins, que o trabalho do discente **REGINALDO SOARES MARTINS**, n. de matrícula **10255**, do curso de Direito, foi aprovado na verificação de plágio, com porcentagem conferida em 2,3%. Devendo o aluno fazer as correções necessárias.

Assinado digitalmente por: Herta Maria de A?ucena do Nascimento Soeiro
Razão: Faculdade de Educação e Meio Ambiente - FAEMA

(assinado eletronicamente)
HERTA MARIA DE AÇUCENA DO N. SOEIRO
Bibliotecária CRB 1114/11
Biblioteca Central Júlio Bordignon
Centro Universitário Faema – UNIFAEMA