



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VIABILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA

Diego Diniz Nicoll

Rio de Janeiro  
2020

DIEGO DINIZ NICOLL

A VIABILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Lucas Tramontano

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro  
2020

## A VIABILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Diego Diniz Nicoll

Graduado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Estácio de Sá. Advogado.

**Resumo** – a prisão após condenação em segunda instância enquanto cumprimento provisório da pena se apresenta como tema de constante modificação no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Tais modificações se deram por base em análises isoladas de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, sem que houvesse um efetivo enfrentamento sistemático e integrativo das normas relativas ao tema, ao ponto de criar uma tese sólida. A ideia central do trabalho é abordar aspectos sintáticos, sociais e jurídicos das normas que envolvem a prisão-pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, para averiguar a viabilidade desta medida de forma ampla e apolítica, e de modo a criar segurança jurídica.

**Palavras Chave** – Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Segunda Instância. Prisão. Constitucionalidade.

**Sumário** - Introdução. 1. Prisão após condenação em segunda instância: uma análise ante ao princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia de liberdade. 2. Liberdade e presunção de inocência x garantia coletiva de segurança: um conflito não enfrentado pela suprema corte. 3. A viabilidade jurídica da prisão após condenação em segunda instância em uma análise sistemática e integrativa de normas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da prisão após condenação criminal em segunda instância e as questões acerca de sua legalidade. O objetivo do presente estudo é averiguar a compatibilidade da medida com o Princípio da Presunção de Inocência e determinar a legalidade de tal prisão dentro de uma interpretação sistemática e teleológica das normas pertinentes.

Para tanto, abordam-se posicionamentos jurisprudenciais e teses a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade é amplo e irrestrito a ponto de impedir a prisão após condenação em segunda instância, enquanto garantia da tutela coletiva constitucional e do cumprimento da tutela jurisdicional do Estado.

A redação utilizada na alteração da legislação processual penal quanto à prisão cautelar fez surgir diversas discussões acerca da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância enquanto início de cumprimento da pena. Essa situação, no entanto, ainda não foi pacificada no cenário jurídico pátrio, uma vez que se efetuou análise aprofundada do

contexto em que a nova norma se insere, e não se fixou tese determinante e com forte base jurídica sobre o tema, possibilitando, assim, a manutenção de questionamentos.

O tema é controvertido e tem sua viabilidade jurídica constantemente rediscutida nos tribunais superiores em razão da ausência de uma consideração definitiva, causando insegurança jurídica com relação a preceitos, objetivos e garantias constitucionais, o que aponta a necessidade de profunda análise e interpretação integrativa e sistemática de normas em razão dos direitos e interesses envolvidos e em oposição: liberdade individual e segurança coletiva.

Para melhor compreensão do tema busca-se analisar as garantias constitucionais de presunção de inocência e de liberdade individual sob um aspecto social e de integração normativa. Pretende-se, ainda, despertar a atenção com relação ao contexto constitucional e processual amplificado em que tais garantias estão inseridas, por intermédio de um exame de demais garantias correlatas e subsidiárias não debatidas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a viabilidade de coexistência entre a prisão após condenação em segunda instância e o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, até que ponto a interpretação extremista da garantia individual de liberdade e presunção de inocência vai de encontro a garantia constitucional de segurança coletiva, e fere o objetivo das disposições legais e constitucionais relativas à matéria.

O terceiro capítulo aprofunda sobre a viabilidade jurídica da prisão após condenação em segunda instância em uma análise sistemática e integrativa de normas. Para tanto, foi necessário refletir acerca da finalidade das normas envolvidas e sua aplicação integrada, de modo a definir, dentro do contexto normativo e social, se a ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto garantia de não culpabilidade obsta a prisão.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador pretende buscar solução para contradições dentro de um contexto social, com objetivo explicativo e natureza aplicada, eis que com o estudo objetiva encontrar respostas para questões pertinentes e gerar conhecimentos para aplicação prática a problema específico.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, por interpretar fenômenos jurídicos relevantes ao tema, de modo a apresentar uma solução fundamentada para a questão controvertida, valendo-se para tal da bibliografia pertinente à temática, analisada e catalogada na fase exploratória da pesquisa (legislação,

doutrina e jurisprudência), bem como do procedimento documental e de estudo de caso, dada a especificidade da matéria.

## 1. PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE ANTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A GARANTIA DE LIBERDADE

A Constituição Federal de 1988 prevê como direitos e garantias individuais, dentre outros, a não privação da liberdade sem o devido processo legal e a chamada “presunção de inocência ou não culpabilidade”, pela qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>1</sup>

Inicialmente, faz-se necessário mencionar a existência de certa atecnia no texto constitucional quando da utilização do vocábulo “culpado” na redação do artigo 5º, inciso LVII.<sup>2</sup> Porque a culpa da qual a Carta Magna faz menção em nada diz respeito à culpa *stricto sensu* do artigo 18 do Código Penal<sup>3</sup>, nem tampouco ao conceito penal de culpabilidade, o qual é definido por Rogério Greco como “o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.”<sup>4</sup>

Do contexto da norma, se extrai que o constituinte, ao usar o vocábulo “culpado”, certamente referia-se à imputação do comportamento ao acusado, ou em termo mais técnico, à autoria da conduta penalmente tipificada e materialmente comprovada - pois sem a materialidade sequer haveria justa causa à ação penal.

Entender de forma diversa importaria em atribuir a garantia constitucional da presunção de inocência somente aos acusados de crimes culposos propriamente ditos, ou àqueles em que prontamente não se vejam presentes quaisquer dos elementos essenciais da culpabilidade – imputabilidade penal; potencial consciência da ilicitude; exigibilidade de conduta diversa.

Tal interpretação tem por base lógica a premissa expressa logo ao início do *caput* do próprio artigo 5º da Constituição, onde se lê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.<sup>5</sup> Se outro fosse o sentido do vocábulo “culpado”, estar-se-ia diante de

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>2</sup>Ibid.

<sup>3</sup>BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

<sup>4</sup>GRECO, Rogério. *Resumos Gráficos de Direito Penal* – Parte Geral. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 120.

<sup>5</sup>BRASIL, op.cit., nota 1.

contradição entre o inciso e o *caput* da mesma norma – a Constituição – bem como contrariando a própria destinação da Assembleia Constituinte, em cujo preâmbulo da Carta Magna demonstra a finalidade de instituição do Estado Democrático para, dentre outros fins, “assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.”<sup>6</sup>

Corroborando esse entendimento, importante ainda é a reflexão sobre o uso do vocábulo “considerado” associado diretamente ao termo “culpado”, no mesmo inciso onde se prevê a presunção de inocência. A junção de tais expressões denota um caráter de juízo de valor acerca da pessoa em julgamento.

Percebe-se, assim, que o legislador visa à preservação da imagem do acusado perante a sociedade e o sistema jurídico, ou seja, o *status* dele, e não o afastamento de sua responsabilização até trânsito em julgado da sentença condenatória. Caso o constituinte tivesse a intenção de afastar em absoluto a responsabilização propriamente dita, bastaria se utilizar da expressão “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a qual entregaria ao vocábulo “culpado” um sentido de “penalizar”, “responsabilizar”.

A presunção de inocência, como o próprio nome já define, é uma suposição de que o acusado não tenha praticado a conduta típica que lhe é imputada. No entanto, a partir do momento em que são apresentadas provas mínimas de materialidade e autoria de uma conduta típica, é realizada uma instrução criminal onde são apresentadas provas contra o acusado, e é extraída uma conclusão de autoria mediante a observância do contraditório e da ampla defesa, em regra, dá-se início a um processo de afastamento da inocência que se presumia haver.

Todavia, sendo interposta apelação, tal presunção permanece hígida em razão do efeito suspensivo desse recurso, concedido expressamente pelo artigo 597 do Código de Processo Penal.<sup>7</sup> Mas, se confirmada ou reformada a sentença, de todo modo, sendo mantida a condenação, ou seja, reconhecida a autoria, retoma-se o processo de afastamento da presunção de inocência, considerando que, em regra, os recursos aos Tribunais Superiores - constitucionalmente tratados como instância extraordinária, uma vez que julgam causas decididas em única ou última instância, nos termos da Carta Magna - não são dotados de efeito suspensivo.

E iniciado o processo de afastamento da presunção de inocência, sobretudo por conta da forte limitação de matérias aptas a levar a causa a conhecimento pelas Cortes Superiores

---

<sup>6</sup>Ibid.

<sup>7</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Del3689/Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Del3689/Compilado.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

bem como pela vedação sumular de revisão meritória em instância extraordinária, torna-se necessária uma breve análise dos efeitos oriundos da condenação confirmada. A prisão *lato sensu*, em se tratando de penalidade prevista pelo tipo penal, é apenas um dos efeitos inerentes à condenação, existindo diversos outros especificados ao longo do Código Penal, a exemplo da reincidência, entre outros, bem como dos constantes nos artigos 91 e 92 da referida legislação.<sup>8</sup>

É nesse momento que reside a controvérsia do presente estudo: quando encerrada a instrução da instância ordinária e confirmada, ou declarada, a condenação. Conforme já esclarecido, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”<sup>9</sup>

Todavia, o texto normativo constitucional não prevê que a presunção de inocência seja impedimento à prisão, não apenas considerando as hipóteses de prisão temporária e preventiva, mas até mesmo enquanto cumprimento provisório da pena quando do fim da instrução na instância ordinária, momento esse de avanço na reversão da referida presunção.

Há de se considerar ainda que, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV da CRFB<sup>10</sup>, esses anteriores ao inciso em que figura a presunção de inocência, a garantia da liberdade é mitigada, sendo expresso ser ela passível de afastamento quando do devido processo legal, em que tenham sido assegurados o contraditório e a ampla defesa - do contrário estar-se-ia diante de nulidade processual - hipótese que, em regra, está consumada ao final do julgamento em segunda instância,

Em consonância com o entendimento acima exposto, tem-se ainda o teor do artigo 5º, inciso LXI, de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”<sup>11</sup>

Em uma reflexão lógica, dentro dos princípios e métodos da hermenêutica constitucional, em especial o princípio da unidade, o qual preconiza que “a Constituição deve ser interpretada em bloco único, não se analisando artigos isolados. A interpretação deve considerar todo diploma de forma harmônica, buscando evitar contradições entre suas normas.”<sup>12</sup>, tem-se, em um primeiro momento, a possibilidade de convivência harmônica das garantias constitucionais da presunção de inocência e da liberdade com a medida de prisão

---

<sup>8</sup>BRASIL, op.cit., nota 2.

<sup>9</sup>BRASIL, op.cit., nota 1.

<sup>10</sup>Ibid.

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 99.

após condenação em segunda instância, ainda que enquanto cumprimento provisório de pena, eis que os demais efeitos da condenação, em tese, manter-se-iam preservados, inaplicáveis até o trânsito em julgado, quando então se encerraria por completo o processo de afastamento da presunção de inocência.

## 2. LIBERDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X GARANTIA COLETIVA DE SEGURANÇA: UM CONFLITO NÃO ENFRENTADO PELA SUPREMA CORTE

Em uma leitura geral da Carta Magna de 1988, verifica-se que ela apresenta forte viés social, com prevalência dos direitos humanos e grande preocupação com a dignidade da pessoa humana, tendo sido, por esse motivo, conhecida como “Constituição Cidadã”.<sup>13</sup> Dentre as principais garantias fundamentais previstas pelo artigo 5º da CRFB<sup>14</sup>, a presunção de inocência, tal qual a liberdade, têm especial destaque.

No entanto, assim como em outros âmbitos do direito, em especial em matéria administrativa, na área penal os direitos e garantias individuais por vezes também esbarram com direitos e garantias coletivos, sendo necessária uma ponderação razoável para solução, a qual, em regra, é realizada pelo poder judiciário.

Esse conflito de direitos e garantias pode ser observado, de um modo geral, no contexto das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, nº 44, e nº 54<sup>15</sup>, recentemente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que a questão não tenha sido analisada sob essa ótica.

Nesses processos houve a procedência parcial dos pedidos, tendo a Suprema Corte entendido pela inviabilidade da medida de prisão enquanto cumprimento provisório da pena, ou seja, antes de transitada em julgado a decisão condenatória, determinando a soltura dos presos nessa situação, excetuados os casos de prisão preventiva nas hipóteses em que autorizada pela legislação processual penal.<sup>16</sup>

Com isso, o STF adotou um posicionamento no sentido de que a Constituição Federal atribui ao cidadão a garantia fundamental de somente sofrer a sanção cabível à

---

<sup>13</sup>GONÇALVES, Adriano Augusto Placidino. *Direitos Individuais e Coletivos*. Disponível em: <https://blog.maxieduca.com.br/direitos-e-deveres-individuais-e-coletivos>. Acesso em: 26 fev.2020.

<sup>14</sup>BRASIL, op.cit., nota 1.

<sup>15</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>16</sup>MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. *O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia>. Acesso em: 26 fev. 2020.

conduta pela qual é acusado após o esgotamento de todas as vias recursais cabíveis, associando a privação da liberdade, não apenas ao devido processo legal, tal qual no texto da Lei Maior<sup>17</sup>, mas diretamente à própria confirmação final da autoria do crime.

Em que pese tal entendimento se coadune com determinados fundamentos constitucionais, por outro lado se opõe à garantia coletiva de segurança e a objetivos e preceitos de garantia da segurança e promoção do bem de todos. Ou seja: a decisão da Suprema Corte cria um conflito entre os interesses e garantias individuais, e os coletivos, especificamente entre a garantia individual de liberdade e presunção de inocência, e a garantia coletiva de bem-estar e segurança.

Nesse contexto, faz-se necessária uma análise pormenorizada das garantias individuais soberanizadas pela Corte Suprema. O direito de ir e vir, a liberdade individual e a presunção de inocência têm por base comum a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988.<sup>18</sup>

O Brasil, enquanto membro integrante das Nações Unidas, promulgou a Carta dessa organização por intermédio do Decreto n° 19.841/45, aprovando-a e comprometendo-se a cumpri-la.<sup>19</sup> Logo, encontra-se vinculado à Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a Resolução ONU n° 217-A, de 10 de dezembro de 1948.<sup>20</sup>

Dessa declaração extraem-se alguns preceitos que norteiam os direitos dos indivíduos e moldam a dignidade da pessoa humana. Dentre eles tem-se o exposto nos artigos VIII e IX, os quais prevêem o “direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem dos direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”<sup>21</sup>, e o direito de não ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Ainda no mesmo documento, o artigo XXIX estabelece que todo ser humano tem deveres para com a comunidade, fazendo menção, ainda, às limitações determinadas pela lei quanto ao exercício de direitos e liberdades, limitações essas as quais todo ser humano está sujeito para assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, visando a ordem pública e o bem-estar da sociedade democrática.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> BRASIL, op.cit., nota 1.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BRASIL. *Decreto n° 19.841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 08 mar. 2020.

<sup>20</sup> ONU. *Resolução n° 217-A*, de 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 08: mar. 2020.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

Pelo que se depreende do texto da referida Declaração, em razão dos deveres dos indivíduos para com a comunidade e em garantia ao bem coletivo, pode haver limitações legais quanto aos direitos e liberdades individuais, sendo certo, ainda, que em caso de violação a direito fundamental reconhecido pela constituição ou pela lei, há o direito fundamental de receber dos tribunais remédio efetivo contra os atos violadores.

Tem-se, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não trouxe a presunção de inocência e a liberdade individual como garantias soberanas, apenas tendo estabelecido a impossibilidade de prisão arbitrária, o que se diferencia em absoluto da prisão em razão de cumprimento provisório de pena, uma vez que essa se dá após contraditório, ampla defesa e todo o devido processo legal.

O que se tem, em verdade, é o direito ao efetivo remédio pelos tribunais competentes se violados direitos fundamentos garantidos pela constituição. E ao fazer uma análise global da Constituição Federal de 1988<sup>23</sup>, verifica-se que, de fato, é ela que estabelece como direitos fundamentais a liberdade e a presunção de inocência.

Contudo, tais direitos não são absolutos, uma vez que podem ser limitados se descumpridos os deveres do indivíduo para com a coletividade, em especial em garantia ao bem coletivo, à ordem pública, ao bem-estar da sociedade, e aos direitos e liberdades de outrem.

Ou seja, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>24</sup> impõe um equilíbrio entre os direitos e garantias individuais e os coletivos, ponderando que aqueles prevalecem em relação a estes, uma vez que os primeiros podem ser limitados em garantia à coletividade. Corroborando esse entendimento, tem-se ainda o disposto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)<sup>25</sup>, dos quais o Brasil é signatário e nesse país foram promulgados pelos Decretos n° 592/92<sup>26</sup> e n° 678/92<sup>27</sup>, respectivamente.

Nos referidos pactos, os quais praticamente reproduzem entre si os mesmos direitos e garantias previstos no outro, assim reafirmando sua importância, constam diversas garantias, das quais se destacam: vedação à privação de liberdade física, exceto pelas causas e condições previamente fixadas pelas constituições ou leis dos Estados-Partes; não submissão à detenção

---

<sup>23</sup> BRASIL, op.cit., nota 1.

<sup>24</sup> ONU, op.cit., nota 20.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> BRASIL. *Decreto n° 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 08 mar. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. *Decreto n° 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/decreto/d0678.htm). Acesso em: 08 mar. 2020.

ou encarceramento arbitrários; direito de indenização por prisão ou encarceramento ilegais; separação entre as pessoas processadas e as condenadas, com tratamento distinto entre elas; presunção de inocência enquanto não legalmente comprovada a culpa.<sup>28</sup>

Contudo, a leitura das disposições dos pactos internacionais supracitados deixa clara a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, eis que tais disposições impõem a separação de presos processados dos condenados e expõem a possibilidade de privação a liberdade nos casos previstos nas leis locais, bem como a presunção de inocência somente enquanto não comprovada a culpa.

Logo, tem-se que a interpretação criada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de prisão-pena enquanto cumprimento provisório, para declarar constitucional o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal,<sup>29</sup> diz respeito tão somente a disposições constitucionais e legais do Brasil, em nada se fundando nos Pactos e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos.

Uma das grandes questões geradas pelo entendimento adotado pela Suprema Corte diz respeito à soberania dos direitos individuais de liberdade e presunção de inocência em relação ao direito coletivo de segurança, à ordem pública e ao bem-estar da sociedade democrática.

Porque ao entender pela inviabilidade de prisão quando confirmada a condenação em segunda instância, ocasião que, em regra, não se caberá mais apreciação de provas e, portanto, em tese está comprovada a culpa, a mensagem passada é de que a presunção de inocência e a proibição de prisão se sobrepõem ao bem-estar da coletividade.

A chance de mais qualquer recurso no qual, em tese, não se apreciará provas, é suficiente para manter o condenado em pleno gozo de sua liberdade, sem considerar a relevância da condenação confirmada em segundo grau de jurisdição na aferição do risco de dano a toda a sociedade.

E mais do que a soberania de garantias individuais sobre as coletivas, a Suprema Corte transmitiu uma mensagem de desmoralização do Judiciário de primeira e segunda instâncias, pois, indiretamente, minimizou seu papel na prestação jurisdicional, descaracterizando-os como devido processo legal, atribuindo assim que, como regra, somente as decisões dos Tribunais Superiores, ainda que impedidas de análise probatória, poderiam caracterizar condenação apta a penalizar.

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> BRASIL, op.cit., nota 7.

Porque a Constituição Federal prevê como óbice à privação da liberdade a ausência do devido processo legal, e não o afastamento definitivo da presunção de inocência. Ou seja: o Supremo Tribunal Federal gerou um conflito entre garantias individuais e garantias coletivas, não o enfrentando como tal, mas priorizando o uma presunção individual sobre a segurança e o bem-estar coletivo, culminando ainda em um enfraquecimento das instâncias ordinárias enquanto poder estatal.

### 3. A VIABILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA EM UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA E INTEGRATIVA DE NORMAS

O Código de Processo Penal Brasileiro<sup>30</sup>, apesar de sua anterioridade à Constituição Federal, teve grande parte recepcionada pela Carta Magna. Com o decurso do tempo e as mudanças sociais e culturais, sofreu alterações significativas. Relevante alteração se deu na redação do artigo 283 do Decreto-Lei n° 3.689/41 (Código de Processo Penal)<sup>31</sup>, e no próprio título em que se encontra o dispositivo na legislação.

A redação original do título referia-se à prisão e à liberdade provisória, prevendo o artigo que a prisão poderia ser efetuada em qualquer dia e hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.<sup>32</sup> Contudo, após uma década de tramitação do Projeto de Lei n° 4.208/01, denominado “Reforma Processual Penal”<sup>33</sup>, foi promulgada a Lei n° 12.403/11, a qual alterou, dentre outras partes da legislação processual penal, o disposto pelo artigo 283, e o próprio título em que se encontra inserido o dispositivo<sup>34</sup>.

Conforme descrição do projeto, a nova legislação estabeleceu critérios e aumentou o rol das medidas cautelares, além de ter indicado espécies de prisão admitidas. Tinha o intuito declarado de revogar a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória, dispondo sobre a liberdade provisória e concessão de fiança.<sup>35</sup>

Para tal, foi alterado o título onde se encontra o dispositivo, passando a tratar “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, passando o artigo 283 do Código de

---

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>BRASIL, *Projeto de Lei n° 4.208*, de 12 de fevereiro de 2001. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>34</sup>BRASIL. *Lei n° 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>35</sup>BRASIL, op.cit., nota 33.

Processo Penal<sup>36</sup>, conforme a Lei n° 12.403/11<sup>37</sup> a prever que: ninguém poderia ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Diante do novo texto da lei, surgiu o entendimento de que a medida de prisão seria cabível se por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente, somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ou em caráter cautelar (prisão temporária ou prisão preventiva).

Todavia, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal declarou que “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 [...]”.<sup>38</sup>

Nessa ocasião, o plenário do STF decidiu, portanto, pela possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em sede de apelação criminal, o que gerou questionamentos por parte dos juristas, culminando no ajuizamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n° 43, n° 44, e n° 54<sup>39</sup>, nas quais foi requerida a declaração de constitucionalidade ou, subsidiariamente, a interpretação conforme a constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal.<sup>40</sup>

Tais ações sustentaram, em síntese, que a execução provisória da pena enquanto não transitada em julgado sentença penal condenatória, iria de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, estabelecido como preceito fundamental da Carta Magna de 1988, pois privaria a liberdade do acusado enquanto não esgotados todos seus meios recursais e, portanto, enquanto não comprovada em definitivo sua culpa *lato sensu*. Ou seja, o consideraria culpado antes do trânsito em julgado.

Em julgamento conjunto das ADCs n° 43, n° 44, e n° 45<sup>41</sup>, o STF reviu seu posicionamento e entendeu por dar interpretação conforme a constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>42</sup>, entendendo, assim, pela inviabilidade de cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória por violar o princípio da

---

<sup>36</sup> BRASIL, op.cit., nota 7.

<sup>37</sup> BRASIL, op.cit. nota 34.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n° 126.292. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>39</sup> BRASIL, op.cit., nota 15.

<sup>40</sup> BRASIL, op.cit., nota 7.

<sup>41</sup> BRASIL, op.cit., nota 15.

<sup>42</sup> BRASIL, op.cit., nota 7.

presunção de inocência.<sup>43</sup> Tal decisão culminou na criação da Lei n° 13.964/19<sup>44</sup>, para aperfeiçoar a redação do artigo supracitado.

Entretanto, apesar desse recente posicionamento da Suprema Corte sobre o tema, a questão não foi amplamente analisada, não tendo sido considerados aspectos e dispositivos relevantes que, pela ausência de enfrentamento, põem em risco a higidez da fundamentação do novo entendimento, mantendo a insegurança jurídica com a possibilidade latente de reabertura da discussão, importando, assim, a necessidade de reanálise sob uma ótica sistemática e integrativa das normas.

Inicialmente pelo fato de que o artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>45</sup>, ainda que com redação alterada e tendo interpretação conforme a constituição, diz respeito às prisões cautelares, estando inserido no capítulo que trata especificamente delas. Logo, possível o entendimento de que, caso o legislador quisesse impor uma vedação à prisão de um modo geral, o faria em um capítulo mais genérico, ou mesmo a repetiria no título referente à execução, e não em um capítulo específico sobre as prisões e medidas cautelares.

Tal entendimento é corroborado pela própria ementa da Lei n° 12.403/11<sup>46</sup>, a qual prevê a alteração de dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689/41 “relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares [...]”, evidenciando que o tema ali tratado diz respeito às prisões processuais e medidas cautelares.

Além disso, o artigo 669 do Decreto-Lei n° 3.689/41<sup>47</sup>, o qual mantém sua redação original, não sofreu nenhuma declaração de não recepção pela Constituição Federal, encontrando-se em plena vigência, de acordo com os ditames constitucionais. O referido dispositivo apesar e prever a exequibilidade da sentença somente depois de transitada em julgado, admite exceções expressas em seus incisos, sendo uma delas a sujeição do réu a prisão quando se tratar de sentença condenatória.<sup>48</sup>

Em uma análise isolada, poder-se-ia entender pela incompatibilidade normativa entre o estabelecido pelo artigo 283, e o disposto pelo artigo 669 da legislação processual penal.<sup>49</sup> Contudo, ao se fazer uma análise sistemática do Código de Processo Penal, bem como

---

<sup>43</sup>BRASIL, op.cit., nota 15.

<sup>44</sup>BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>45</sup>BRASIL, op.cit., nota 7.

<sup>46</sup>BRASIL, op.cit., nota 34.

<sup>47</sup>BRASIL, op.cit., nota 7.

<sup>48</sup>Ibid.

<sup>49</sup>Ibid.

integrativa com a Constituição Federal, é possível chegar a um entendimento de viabilidade da prisão após condenação em segunda instância como cumprimento provisório da pena.

Primeiramente porque o artigo de capítulo específico sobre a execução da pena, além de não ter sido declarado como não recepcionado pela Constituição, prevê expressamente como exceção ao não encarceramento anterior ao trânsito em julgado, os casos de sentença condenatória, quando para fins de sujeição do réu a prisão.

Ademais, apesar de a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual tem hierarquia constitucional por força da Emenda Constitucional n° 45/04<sup>50</sup>, ter previsão expressa quanto ao direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, ao analisar de forma integrada os artigos 637 do Código de Processo Penal<sup>51</sup>, artigo 27, parágrafo segundo da Lei n° 8.038/90<sup>52</sup>, e artigo 1.029, parágrafo quinto do Código de Processo Civil<sup>53</sup>, verifica-se a ausência de efeito suspensivo dos recursos aos tribunais superiores.

Além do efeito meramente devolutivo desses recursos aos tribunais superiores, o teor da súmula n° 7 do STJ<sup>54</sup> prevê o não cabimento de recurso especial para simples reexame de prova, sendo possível concluir que os recursos, especial e extraordinário, somente analisariam questões processuais, e limitadas as matérias passíveis de tais apelos superiores, portanto incapazes, em regra, de alterar a questão da culpa *lato sensu*, da qual trata o artigo 5º, inciso LVII da CRFB<sup>55</sup>.

Portanto, a presunção de inocência sofre um processo de afastamento em que são obrigatórios o contraditório e a ampla defesa, os quais, se respeitados, caracterizam a observância do devido processo legal, único requisito constitucional à privação da liberdade. Nessa fase, estar-se ia afastado o *in dubio pro reo* em respeito ao objetivo fundamental constitucional da promoção do bem de todos, e à garantia fundamental coletiva à segurança.

Nesse mesmo sentido, o fato de a Constituição Federal tratar da presunção de inocência e da não privação da liberdade em incisos distintos, denota que tão somente a inexistência do devido processo legal é que caracteriza óbice à prisão, pois a presunção de

---

<sup>50</sup> TAKOI, Sergio Massaru. *O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional?* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>51</sup> Brasil, op.cit. nota 7.

<sup>52</sup> BRASIL. Lei n° 8.030, de 28 de maio de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>53</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 7*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>55</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

inocência não estaria intimamente correlata e, portanto, não caracterizaria à prisão, eis que exposta em inciso diverso.

Por fim, é possível ainda observar que o artigo 669 do Código de Processo Penal<sup>56</sup>, ao mesmo tempo em que permite a sujeição do réu à prisão antes de transitada em julgado a sentença, também prevê que essa seja apta, em determinados casos, a imediata soltura do réu. Desse modo, demonstra a lei que o contexto geral do dispositivo é de preservação da liberdade se não existentes provas mínimas de autoria e materialidade.

Contudo, se existentes, tais provas ao ponto de gerar uma sentença condenatória, conforme requisitos do artigo 383 do Código de Processo Penal<sup>57</sup>, a liberdade pode e deve ser mitigada, não havendo, portanto, qualquer óbice normativo, seja a nível constitucional ou não, à viabilidade de prisão após condenação em segunda instância.

## CONCLUSÃO

Por intermédio desta pesquisa foi possível constatar, como problemática central, a insegurança jurídica gerada pelo não enfrentamento de questões cruciais, bem como pela ausência de interpretação sistemática e integrativa, quando da análise da viabilidade da prisão após condenação em segunda instância enquanto cumprimento provisório da pena pelo STF.

De um lado tem-se a importante proteção aos direitos humanos, entre esses a liberdade com a presunção de inocência a ela estritamente vinculada como argumento para a inviabilidade de prisão-pena em sede de execução provisória. Por outro prisma, verifica-se um distanciamento do interesse social, ao frustrar o direito fundamental coletivo à segurança por uma mera presunção em avançado processo de afastamento.

O produto das análises efetuadas no decorrer da pesquisa é de que a prisão após condenação em segunda instância, enquanto cumprimento provisório da pena é juridicamente viável e não viola preceitos fundamentais da Constituição Federal, se aplicado dentro de uma visão sistemática e integrativa de normas constitucionais e infraconstitucionais.

No primeiro capítulo foi esclarecido o sentido do vocábulo “culpado” utilizado no texto constitucional, tratando de culpa *lato sensu*, bem como sua associação ao termo “considerado”, demonstrando a intenção do legislador de mera preservação da imagem do acusado perante a sociedade e o sistema jurídico, e não o afastamento de sua responsabilização até trânsito em julgado da sentença condenatória, verificando, assim, que a

---

<sup>56</sup> BRASIL, op.cit., nota 7.

<sup>57</sup> Ibid.

impossibilidade de prisão está vinculada ao devido processo legal, e não ao afastamento da presunção de inocência.

Quanto à questão que deu ensejo ao segundo capítulo, tem-se que a vinculação entre presunção de inocência e liberdade individual se dá apenas em interpretações de normas nacionais, pois nem mesmo os tratados internacionais sobre direitos humanos não as tratam como garantias soberanas, apenas tendo estabelecido a impossibilidade de prisão arbitrária, o que se diferencia em absoluto da prisão em razão de cumprimento provisório de pena, uma vez que essa se dá após contraditório, ampla defesa e todo o devido processo legal.

Complementando o entendimento pela possibilidade de cumprimento provisório da pena, o terceiro capítulo demonstrou que quando da análise das ADCs n° 43, n° 44 e n° 54, pela Suprema Corte, houve omissão acerca do fato de que o artigo 283 da lei processual penal trata apenas de prisões cautelares, bem como da existência de dispositivo específico autorizando a prisão enquanto cumprimento provisório de pena, não tendo averiguado o sentido da norma pela forma como redigida, demonstrando que a observância do devido processo legal foi o único requisito constitucional à privação da liberdade.

O argumento central da presente pesquisa é a necessidade de conjugação e integração na análise das normas pertinentes, considerando seus aspectos sintáticos, sociais e jurídicos para alcançar uma compreensão mais completa do intuito do legislador, e o consequente alcance dos dispositivos legais relacionados ao tema, de modo a alcançar uma solução adequada ao contexto social, com a criação de entendimento sólido capaz de gerar segurança jurídica à sociedade.

Se por um lado há uma importância internacional à liberdade individual enquanto direito humano, por outro há em jogo o bem-estar social e a segurança da coletividade, os quais estes podem limitar aquela liberdade em razão dos deveres dos indivíduos para com a comunidade e em garantia ao bem coletivo.

Ficou evidente, pelas razões expostas, que a proposta do autor é uma análise sistemática e integrativa de normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas aos direitos fundamentais envolvidos, para estabelecer um entendimento pleno e sólido sobre a permissão ou vedação do sistema jurídico pátrio à prisão-pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, apto a gerar segurança jurídica à sociedade como um todo, demonstrando, por fim, a viabilidade jurídica da prisão após condenação em segunda instância enquanto cumprimento provisório da pena.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Decreto n° 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Decreto n° 678*, de 21 de outubro de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Decreto n° 19.841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Lei n° 8.030*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Lei n° 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3). Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Projeto de Lei n° 4.208*, de 12 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 7*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 43/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 22 set.2019.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 22 set. 2019.

GONÇALVES, Adriano Augusto Placidino. *Direitos Individuais e Coletivos*. Disponível em: <https://blog.maxieduca.com.br/direitos-e-deveres-individuais-e-coletivos>. Acesso em: 26 fev. 2020.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 99.

MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. *O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia>. Acesso em: 26 fev. 2020.

TAKOI, Sergio Massaru. *O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional?* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ONU. Resolução n° 217-A, de 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.