

2 (DES) ESTABILIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

2 (DIS) STABILIZATION OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN THE CASE OF PRISON IN SECOND INSTANCE

Norton Maldonado Dias ¹
Marcio Gomes de Oliveira²

Recebido em:	16/08/2021
Aprovado em:	01/12/2021

RESUMO: O presente trabalho trata de um tema que oscilou entre vertentes contrárias e favoráveis à prisão do réu após condenação em segunda instância, valendo uma investigação acerca dos Princípios de Presunção de Inocência e Não Culpabilidade que respaldaram uma divergência bastante atual. Desse modo, a presente pesquisa possui grande relevância ao estudo jurídico da presunção de inocência após condenação em segunda instância. Como é sabido, esse é um dos atuais problemas do Direito Processual Penal brasileiro, sobretudo para os advogados criminalistas, que precisam alertar os seus clientes quanto à possibilidade real de que sejam presos após o esgotamento da segunda instância, ainda que pendentes recursos nos tribunais superiores. Quanto à metodologia utilizada, trata-se de uma pesquisa teórica, bibliográfica, que buscou lapidar o conhecimento científico ainda não consolidado sobre o tema da Presunção de Inocência e a prisão após condenação em segunda instância; qualitativa, já que as informações levantadas são de natureza descritiva, não podendo ser contabilizadas em termos numéricos e estatísticos; e de método hipotético-dedutivo, pois, a partir da observação das propostas regulatórias do Direito Penal, Processual Penal e Constitucional, buscou-se compreender os objetivos das decisões tomadas e os reflexos que ela poderá trazer à sociedade que dela se utilizará.

31

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Prisão. Segunda Instância.

ABSTRACT: The present work deals with a theme that oscillated between opposite and favorable slopes to the arrest of the defendant after conviction in the second instance, worth

¹ Professor da Faculdade de Direito de Sinop (Unifasipe) na Graduação (2016-Atual) e no Programa de Pós-graduação da mesma instituição (2017-Atual). Professor no Curso Preparatório da OAB e Concursos Públicos (Centro de Estudos e Práticas Jurídicas Ishikawa - R2L). Foi Assessor jurídico (gestão de 2019-2020) Secretário de Assistência Social, Trabalho e Habitação e parlamentar (Portaria 041/2020/ Portaria 014-080/2018 - Câmara Sinop). Advogado particular desde 2009 (inscrito na OAB n. 294644) e titular da cadeia 31 da ASCL - Academia Sinopense de Ciências e Letras. Mestrado em Direito - 2016 (Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha) com especializações em Direito na Pós-graduação da UEL - Universidade Estadual de Londrina - Paraná (2012) e na PUC - Pontífice Universidade Católica - Minas Gerais (2018). Graduação em Direito - 2009 (Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha). Membro do CONPEDI (Congresso Nacional de Pós-graduação em Direito). E-mail: maldonodias@hotmail.com.br

² E-mail: marcio.g.o@hotmail.com

an investigation about the Principles of Presumption of Innocence and Non-Guiltability that supported a very current divergence. Thus, this research has great relevance to the legal study of the presumption of innocence after conviction in the second instance. As is well known, this is one of the current problems of Brazilian criminal procedural law, especially for criminal lawyers, who need to alert their clients to the real possibility that they will be arrested after the exhaustion of the second instance, even if appeals are pending in the higher courts. As for the methodology used, it is a theoretical, bibliographical research, which sought to polish the scientific knowledge not yet consolidated on the subject of the Presumption of Innocence and imprisonment after conviction in the second instance; qualitative, as the information collected is descriptive in nature and cannot be accounted for in numerical and statistical terms; and of hypothetical-deductive method, because, from the observation of the regulatory proposals of the Criminal Law, Criminal Procedure and Constitutional, it was sought to understand the objectives of the decisions taken and the reflexes that it can bring to the society that will use it.

KEYWORDS: Right. Prison. Second Instance.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de um tema atual e bastante polêmico, pelo qual o nosso ordenamento jurídico vem sendo alvo de uma dicotomia, em que juristas e doutrinadores se posicionam contra e a favor da prisão do réu após condenação em segunda instância, de forma que o tema abordado está longe de ser pacífico.

E diante de tal divisão, busca-se examinar os argumentos favoráveis e contrários à prisão em segunda instância, em que a análise principal vislumbrará se o princípio constitucional da Presunção de Inocência está sendo ou não maculado quando da prisão após condenação em segunda instância.

Nesse sentido, é exposta toda a trajetória história do princípio que intitula o presente trabalho, até as mais recentes normas que trazem por escopo a preservação deste preceito fundamental. Ainda, põe em discussão a polêmica decisão do Habeas Corpus 126.292/SP do ano de 2016 que trata diretamente sobre o tema e expõe uma nova visão sobre a liberdade do indivíduo que responde criminalmente.

O STF, ao longo dos anos, não tem sido uniforme em suas decisões sobre o tema, a exemplo dos anos de 2009, quando os então ministros que compunham nossa Suprema Corte, em decisão dividida, entenderam que a liberdade do indivíduo só poderia ser cerceada após o trânsito e julgado da decisão penal condenatória, salvo nos casos das prisões cautelares previstos na nossa constituição e por ela autorizados.

Diante de tal dicotomia, a presunção de inocência ou da não culpabilidade vem sendo colocada à prova, causando uma insegurança jurídica aos operadores do Direito, os quais dependem da pacificação sobre o momento da prisão para que se possa alertar seus clientes sobre a possibilidade de começarem a cumprir pena privativa de liberdade mesmo quando ainda tramitam seus recursos nos tribunais.

A presente pesquisa possui grande relevância ao estudo jurídico da presunção de inocência após condenação em segunda instância. Como é sabido, esse é um dos atuais problemas do Direito Processual Penal brasileiro, sobretudo para os advogados criminalistas, que precisam alertar os seus clientes quanto à possibilidade real de que sejam presos após o esgotamento da segunda instância, ainda que pendentes recursos nos tribunais superiores.

Em nosso ordenamento jurídico, a dicotomia sobre se há ou não lesão ao princípio constitucional da presunção de inocência quando o réu tem condenação de pena privativa de liberdade e começa a cumpri-la logo após a condenação em segunda instância, e diante do exposto, o problema proposto é: a prisão após a condenação em segunda instância fere o princípio constitucional da presunção de inocência?

33

Embora haja divergência entre os operadores do Direito sobre a legalidade da prisão do réu após a condenação em segunda instância enquanto ainda tramitam nos tribunais superiores recursos de defesa, bem como posicionamentos doutrinários de certo modo muito convincentes e bem fundamentados, quanto à inconstitucionalidade do cerceamento da liberdade do indivíduo enquanto não decorre o trânsito e julgado da decisão. A hipótese sustentada neste trabalho segue o entendimento de alguns doutrinadores, criminalistas e ministros dos tribunais superiores, qual seja, o instituto da prisão em segunda instância não fere o princípio da presunção de inocência, pois o juiz de primeira instância e o órgão colegiado de segunda instância tem o seu convencimento sobre a autoria e materialidade criminosa baseado em fatos e provas devidamente analisados no curso do processo criminal, já aos tribunais superiores não compete mais análise fático-probatória.

Nesse sentido, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Jurídico Brasileiro; e avaliar como nossa Suprema Corte vem se posicionando ao longo dos anos sobre o momento da prisão, e suas fundamentações favoráveis e contrárias à prisão após condenação em segunda instância.

2. A RECEPÇÃO E POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, em conjunto com as demais garantias fundamentais, foi introduzido no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal de 1988. Apesar da utilização da nomenclatura “não culpado”, encontra-se previsto no art. 5º, inciso LVII, como uma garantia processual responsável por tutelar a liberdade pessoal dos indivíduos, declarando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Contudo, apesar de apenas ter sido positivada em nosso ordenamento em 1988, alguns estudiosos afirmam que a presunção de inocência já existia de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista os tratados internacionais dos quais o Brasil é subscritor, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica, apenas tomando contornos mais efetivos quando consagrado no Texto Constitucional de 1988.

Consiste, portanto, em um dos mais importantes alicerces do Estado Democrático de Direito, inserido no rol dos direitos fundamentais constantes no art. 5º da Constituição Federal, confundindo-se, certas vezes, com “in dubio pro reo”, em virtude de que para haver sentença penal condenatória, deve ser provada a culpa do réu, pois se impõe a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada, isto é, nos casos em que há uma dúvida razoável.

Trata-se, ainda, de direito público subjetivo do réu de não ostentar o status de condenado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Neste sentido, vale trazer os ensinamentos do doutrinador UadiLammêgoBulos:

Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *juris tantum*, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios (BULOS, 2014, p. 714).

Com o passar do tempo, mais precisamente em 1789, fora celebrada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, para que não houvesse qualquer excesso, bem como para assegurar também os deveres e direitos de todos os cidadãos. Tal declaração teve seu

estabelecimento com a Revolução Francesa, com a finalidade de declarar tais direitos como universais, para nortear chefes de estados e legisladores da época.

Tal declaração foi uma referência que serviu como inspiração para outras seguintes, como a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, usada como alicerce ainda nos dias atuais.

Tal entendimento continua avançando e, em 1969, este preceito foi fortalecido no Pacto de San José da Costa Rica em que o Brasil é signatário.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto San José da Costa Rica da qual o Brasil é signatário, em seu artigo 8º - das garantias judiciais, no tópico 2 expressa que: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

A Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo 11º preconiza expressamente que: toda pessoa humana tem o direito de ser presumida inocente, e tal princípio vem sendo incorporado aos sistemas jurídicos de forma quase universal. Na atualidade, a Presunção de Inocência está prevista como preceito fundamental do homem pela Constituição Federal do Brasil de 1988, com o objetivo de proteger a inocência de indivíduo até que se prove o contrário após o trânsito em julgado definitivo. Esse cuidado visa resguardar outros direitos do cidadão como a liberdade e a dignidade, também asseguradas na Constituição Federal.

No Ordenamento Jurídico pátrio, o princípio da presunção de inocência de forma explícita foi ratificado em nossa constituição de 1988, pois nas constituições anteriores tal princípio era considerado, mas de forma tácita.

Este princípio, que deve ter sua aplicabilidade instantânea e encontra-se fixado no artigo 5º LVII da Constituição Federal de 1988, que declara: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Alguns estudiosos entendem que a presunção de inocência teria sido incorporada ao ordenamento brasileiro através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil era signatário.

Certo é que, após a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, houve o acréscimo do §3º ao artigo 5º da CRFB/1988, segundo o qual, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Neste contexto, a Convenção Americana de Direitos Humanos que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a qual, em seu art. 8º, 2, dispõe que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Passou a ter status de norma jurídica supralegal, situada hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária ou complementar, só estando abaixo, portanto, das normas constitucionais (BRASIL, 2008). Ademais, conforme expõe Luigi Ferrajoli:

A presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, mesmo que isto acarrete na impunidade de algum culpado, pois, ao corpo social, basta que os culpados sejam geralmente punidos, sob o prisma de que todos os inocentes, sem exceção, estejam a salvo de uma condenação equivocada.

O princípio da presunção de inocência propõe, ainda, que o magistrado atue com certa postura positiva e negativa. Negativa em relação ao acusado, à medida em que não o considere culpado, mas positiva tratando-o efetivamente como inocente (LOPES JUNIOR, 2011).

Importante destacar, como bem exposto por Alexandre de Moraes, que o princípio da presunção de inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias existentes em nosso ordenamento, que nas palavras deste autor:

Não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status *libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado (MORAES, 2016, p. 195).

Isto se dá diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial em face da legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, prevista em suas diversas modalidades no Título IX do Código de Processo Penal, ao tratar da prisão e as medidas cautelares diversas desta, com forma de proteção da sociedade. Eugenio Pacelli, acerca desta temática, afirma que “a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 CPP) reclamará juízo de necessidade da medida (art. 282, I, CPP)” (OLIVEIRA, 2010).

Apesar do Código de Processo Penal ter sido formulado sob uma presunção de culpa, conforme dito alhures, este vem sofrendo uma série de reformas para se adequar a um sistema acusatório, possibilitando assim uma maior extensão das garantias constitucionais ao acusado. Tal fato é possível de ser verificado com a reforma introduzida pela Lei nº 12.403 de 2011, a qual deu nova redação ao artigo 283, de forma a impedir a prisão em decorrência da sentença penal condenatória ou por pronúncia:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (grifo nosso). (BRASIL, 2011)

Desta forma, para haver restrição à liberdade de um indivíduo antes da sentença definitiva, deve-se verificar se é caso de flagrante delito (hipótese permitida pela Constituição, conforme artigo 5º, inciso LXI) ou se é a título de medida cautelar, quando, nesta última, devem estar presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, assim como a ordem devidamente fundamentada.

37

Vale salientar que não se deve admitir a utilização das medidas cautelares de natureza pessoal como forma de antecipação da execução da sanção penal. Apenas será legítima a utilização desta quando houver necessidade e utilidade por parte do Estado, com a devida demonstração, diante do caráter excepcional do encarceramento.

Conforme bem expõe Mirabete (2010, p. 18),

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; (b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; (c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*) [...].

Desta forma, resta claro que a prisão ou é definitiva ou provisória. A primeira pressupõe sentença condenatória transitada em julgado. A segunda pode ser realizada antes, contudo, desde que diante dos casos previstos em lei e quando necessária.

O princípio da presunção de inocência também pode ser considerado como uma regra de juízo, principalmente no que diz respeito à carga probatória, devendo esta recair sobre o

Estado-administração, se fazendo representar pelo Ministério Público, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso.

Além disso, em caso de dúvida quanto à culpabilidade do imputado, que seja conduzida a sua absolvição, como consequência da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Nesse ponto, vale ressaltar, como dito alhures, que a presunção de inocência não se confunde com o princípio do *in dubio pro reo*.

3. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ATÉ 2009 SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

O *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

O caso envolve um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Para a defesa, a determinação da expedição de mandado de prisão, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, representaria afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

4. MUDANÇA EM 2016 DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Na ocasião, a mudança de entendimento que a mais alta corte brasileira se submetia, após anos de firmado entendimento, entre 2009 e 2016, de que não era possível a execução antecipada da pena, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria, pela não concessão da ordem, e em consequência a revogação da liminar que autorizava a liberdade do paciente para responder em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Foram vencidos

os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski. Os demais acompanharam o voto do relator, pela denegação da ordem.

Os mais diferentes argumentos proferidos nos votos do HC 126.292/SP levantaram hipóteses e questionamentos doutrinários acerca da mudança de entendimento que vigorou por anos na Suprema Corte, da instabilidade das decisões proferidas pelos tribunais recursais, do amoldurado em relação ao momento político em que o país passa.

Fica evidenciado que vários fatores influenciam negativamente quando uma execução ocorre antes do trâmite legal exaurido. Não só em relação a interpretação do texto constitucional, mas também outros fatores como a superpopulação carcerária, a morosidade no julgamento dos recursos e tantos outros.

5. ARGUMENTOS DOS MINISTROS DO STF QUANTO À PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Em países do Continente Europeu e do Continente Americano, os ordenamentos jurídicos preveem a possibilidade de execução da pena antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória. O Direito Português e o Francês que serviram de espelho em muitos aspectos pelo Direito pátrio, adotam a possibilidade dessa execução antecipada. A Argentina, país tão próximo, admite em seu próprio Código Penal a prisão imediata após decisão condenatória, tendo em sua Constituição o princípio da presunção de inocência, este não impede a execução da pena, por mostrar-se assegurado. Quanto à questão da execução da pena, também se manifestou em sentido equivalente o ministro Barroso:

Mas, naturalmente, sempre que a gente faz alguma coisa que não se faz em nenhum lugar do mundo, eu acho que vale a pena parar e observar para ver se nós é que somos originais ou se tem alguma coisa fora do compasso acontecendo. Essa questão da execução da pena é uma delas: os diferentes países do mundo oscilam entre poder executá-la desde a decisão de primeiro grau ou poder executá-la depois da decisão de segundo grau (BRASIL, 2016, voto oral).

Barroso, em concordância com o relator Teori, ressalta ser de grande curiosidade o Brasil ser o único país, onde a pena só começa a ser executada em momento muito posterior à condenação de segundo grau, só após análise de todos os recursos em decisão transitada em

julgado. Enquanto os outros países discutem sua possibilidade de execução, já mesmo em condenação de primeiro grau.

Após esta explanação, o relator volta a insistir sobre a natureza dos recursos extraordinários, afirmando que estes não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiças de sentenças em casos concretos. Destinando-se os recursos extraordinários, principalmente para a saúde do sistema normativo. Entende-se, que o Supremo Tribunal Federal somente apreciará recursos em que exista repercussão geral da matéria a ser analisada, cabendo ao recorrente o ônus de demonstrar a relevância política, social ou econômica da questão em discussão. O STF somente é autorizado a conhecer de recursos que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevantes circunstâncias do caso concreto, estes recursos devem tratar de questões constitucionais. Ainda sobre este entendimento argumenta o ministro:

E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado (BRASIL, 2016, voto oral).

40

Em nenhuma fase do processo, o acusado, ainda que preso após condenação em segunda instância, se houver impetrado recurso de defesa aos tribunais superiores, perde a garantia de sua presunção de inocência nem poderá ser declarado culpado definitivamente, assim sendo, a prisão após condenação em segunda instância não deve ser considerada arbitrária, pois esta garante efetividade à decisão condenatória.

O placar foi bem apertado no último julgamento sobre a constitucionalidade da prisão após condenação por órgão colegiado, no qual cada ministro deu uma minuciosa explicação sobre o seu posicionamento a respeito do tema, sendo argumento comum aos que foram favoráveis à constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância que os recursos destinados aos tribunais superiores têm na sua maioria o caráter meramente protelatório, e que a sociedade merece uma resposta daqueles que em regra devem zelar pela justiça, não permitindo assim que os detentores de grandes recursos financeiros consigam cometer crimes diversos já com a certeza da impunidade, pois só a estes é dado o acesso irrestrito e ilimitado aos recursos constitucionais.

O ministro Luís Roberto Barroso, em sua explanação dos motivos da sua decisão, fez menção ao caso bastante conhecido aos que viveram à época, o do Jornalista Antônio Pimenta Neves que assassinou a namorada Sandra Gomide, crime bárbaro e por motivos fúteis, mas que a justiça demorou muito tempo para prendê-lo, totalizando aproximadamente 11 anos até o momento de sua prisão, e ainda o caso do ex-senador Luís Estevam que foi condenado por desvio de milhões dos cofres públicos, em que ele apresentou à época mais de 30 recursos e seu processo demorou mais de 30 anos até que ocorresse o trânsito e julgado favorável a sua prisão.

O ministro apresentou outros inúmeros casos nos quais houve notadamente o caráter protelatório dos recursos por eles apresentados, e em todos eles, a condenação em segunda instância evitaria a postergação do cumprimento da pena e a impunidade. O ministro Luiz Fux, em sua brilhante fundamentação do voto, acompanhou os votos dos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, e explanou entendimento sobre o trânsito e julgado material dos acórdãos proferidos por órgãos de segunda instância, bem como o caráter protelatório dos recursos endereçados aos tribunais superiores.

41

Em suas palavras:

Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.” Não há necessidade do trânsito em julgado (BRASIL, 2016, voto oral).

A ministra Cármen Lúcia se manteve na mesma linha dos votos proferidos pelos ministros favoráveis à prisão após condenação em segunda instância, quando na fundamentação do seu voto que a Constituição proíbe considerar o réu culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no entanto não proíbe à condenação nem tão pouco a prisão do acusado.

Na explanação do seu voto:

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

O ministro Gilmar Mendes mudou seu entendimento quanto à extensão da presunção de inocência ao trânsito e julgado, e passou para o lado dos que defendem a constitucionalidade da prisão após condenação em segundo grau de jurisdição, de forma que a fundamentação do seu voto em tese foca na impunidade derivada dos recursos infundáveis e meramente protelatórios.

Em sua fundamentação expôs: “Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária” (BRASIL, 2016).

Os que argumentaram contra a prisão após condenação em segunda instância são unânimes em seus discursos, os quais alegam que nossa constituição não deixa margem para outra interpretação quanto à inconstitucionalidade da prisão após condenação por órgão colegiado, pois, para eles, deve-se sempre exigir o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, salvo nos casos de prisões cautelares previstas em nossa carta magna, pois, se assim não for, a dignidade da pessoa humana está bruscamente sendo desrespeitada, pois a presunção de inocência prevista em nossa constituição jamais poderá ser encarada e maculada pela presunção de culpa, bem como o acusado que faz uso dos recursos previstos constitucionalmente não podem ser privados de sua liberdade enquanto não provada sua culpa simplesmente porque a justiça não vem fazendo o seu papel de modo eficaz, ou seja, não conseguem dar conta de suas demandas judiciais.

42

A ministra Rosa Weber em seu voto arguiu que deveria prevalecer o entendimento anterior adotado pela corte quando por sua maioria decidiu atrelar a execução da pena ao trânsito e julgado da sentença penal condenatória, e mesmo demonstrando preocupação com os efeitos meramente protelatórios dos inúmeros recursos, bem como a impunidade, foi favorável à manutenção da jurisprudência em vigor.

Em seus argumentos:

Não ousou, Senhor Presidente, no momento, repito, com todo o respeito, pedindo vênias ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanharam, afastar os fundamentos antes lembrados para referendar a revisão da jurisprudência da Corte. Assim, forte no critério que expus como norte da minha atuação nesta Casa dirijo para conceder a ordem (BRASIL, 2016, voto oral).

O ministro Marco Aurélio em seu voto alega que a prisão do réu enquanto tramitam recursos nos tribunais superiores é uma afronta aos direitos e garantias individuais e esvazia o modelo garantista da nossa Constituição, sendo assim seu voto favorável à execução da pena somente após o trânsito e julgado da sentença penal condenatória. Em suas palavras:

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida (BRASIL, 2016, voto oral).

O ministro Celso de Mello, na explanação do seu voto, aduz que a nossa Constituição garante a qualquer cidadão o direito de ser considerado inocente até que se tenha sentença penal condenatória transitada e julgada, e que essa visão repulsiva ao princípio da presunção de inocência por parte da corte que é responsável pela guarda e interpretação da constituição seria num estado democrático de direito antagônico.

Pelas suas palavras: “Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado!” (BRASIL, 2016).

43

O ministro Ricardo Lewandowski, em suas alegações, afirma que o Estado se preocupou muito em proteger o patrimônio, onde o legislador assegurou a restituição do integral do bem caso haja sentença posterior favorável ao réu, no entanto, o mesmo tratamento não foi dado ao condenado na esfera penal, pois por maior que seja a pecúnia levantada pelo preso absolvido em instâncias superiores ou preso injustamente, não restituiria a sua liberdade.

Em seus argumentos:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo (BRASIL, 2016, voto oral).

O placar de sete favoráveis e quatro contrários à constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância, com a matéria ainda controversa e longe de ter o entendimento pacificado entre os ministros, juristas e doutrinadores estão prestes a ser

novamente colocados em pauta para uma nova votação sobre a sua constitucionalidade de tal decisão e momento da prisão deixa a todos que se interessam pelo assunto com os nervos à flor da pele, pois alguns responsáveis por tal julgamento, ao longo dos anos, vêm mudando de entendimento.

Votaram a favor da prisão após condenação em segunda instância os ministros: Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux; Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Votaram contrário à prisão após condenação em segunda instância os ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso De Mello e Ricardo Lewandowski.

Existe uma grande pressão do sistema carcerário quanto ao tema, pois nas regras atuais, ou seja, sem a exigência do trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena os estabelecimentos prisionais, se não for feito investimentos maciços e de grandes proporções com certeza irá entrar em colapso total, pois, com a demanda atual, este colapso já está previamente anunciado.

Então, a dicotomia que está pulverizada no meio jurídico é se a decisão que autoriza a prisão após condenação em segunda instância é uma iniciativa de combate aos abusos do sistema atual de recursos e impunidades, ou uma violação de direitos fundamentais.

6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COM ADVENTO DOS ACÓRDÃOS DE 2019 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54

No dia 12 de novembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal publicou os acórdãos das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54. O julgamento conjunto, encerrado em novembro de 2019, definiu a proibição da prisão logo após condenação em segunda instância.

As decisões de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello totalizam mais de 480 páginas. Na ocasião, seu voto contra a prisão em segunda instância foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que garantiram o placar de seis a cinco.

As ações declaratórias de inconstitucionalidade que visavam a examinar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que estabelece o trânsito em julgado da sentença como exigência para a prisão. Os autores das ações foram o Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), respectivamente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, foi analisada a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória em sede de segundo grau, objetivando averiguar se este instituto consistiria em um ato amparado pelos preceitos constitucionais, principalmente à luz do princípio da presunção de inocência.

Para tanto, recorreremos ao uso da metodologia descritiva e explicativa, consolidada com os estudos doutrinários realizados, bem como de pesquisas bibliográficas e da leitura de legislações.

Viu-se que a presunção de inocência é tida como um princípio diante do seu maior teor de abstração do que as regras, podendo apresentar uma interpretação mais restrita ou extensa a depender do caso concreto e, além disso, permitindo ser adaptada diante das modificações sofridas pela sociedade ao longo dos anos. São, portanto, normas constitucionais que auxiliam o intérprete da lei a solucionar a lide.

Em que pese alguns estudiosos do direito levantarem questionamentos acerca da distinção entre os termos princípio da “presunção de inocência” e da “não culpabilidade”, verificou-se tratar de expressões consideradas equivalentes pela maior parte da doutrina e também pelos tribunais brasileiros.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de inocência apenas tornou-se positivada com o advento da Constituição Federal de 1988, estando prevista no artigo 5º, inciso LVII, dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais, concebendo que nenhum indivíduo será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Apesar da clarividente disposição constitucional acerca do princípio da presunção de inocência, durante alguns anos, a execução provisória da pena foi aplicada no Brasil, até o julgamento do HC nº 84.078/MG em 2009, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal

através da relatoria do Ministro Eros Grau, se posicionou pela incompatibilidade do referido instituto com o direito fundamental estabelecido pela presunção de inocência.

Posteriormente a matéria foi levada a plenário novamente, desta vez com o julgamento do HC nº 126.292/SP, sob a relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, firmando entendimento oposto ao consagrado em 2009, concebendo que a execução provisória de condenação após a confirmação em segunda instância, mesmo que sujeito a recurso especial e recurso extraordinário, não fere o texto constitucional por não violar o princípio da presunção de inocência.

Neste ínterim, cumpre ressaltar que houve uma mutação constitucional ao longo dos anos, sendo o tema decidido de forma não uniforme pela nossa Suprema Corte, no entanto, a possibilidade da execução da pena atrelada ao trânsito e julgado da sentença penal condenatória produz consequências negativas para o sistema criminal, como exemplo, os infundáveis recursos meramente protelatórios, causando à justiça um gasto muito alto de tempo e recursos financeiros, diminuindo assim a efetividade da justiça, pois ínfimos são os recursos que chegam aos tribunais superiores e conseguem mudar a situação do condenado.

Como segundo exemplo, pode-se ressaltar a seletividade do sistema penal pátrio, no qual, em tese apenas os detentores de boa condição financeira conseguem seguir com seus recursos aos tribunais superiores, pois têm condições de contratar os melhores advogados, enquanto que os acusados mais pobres não têm condições financeiras de seguir com seus recursos, nem a Defensoria pública tem estrutura para seguir com os infundáveis recursos.

Citando como terceiro exemplo, ressalto o descrédito da sociedade na justiça, pois com esta manobra recursal meramente protelatória, ocorre um grande intervalo de tempo entre a prática criminosa e a definitiva punição do acusado, e com muita constância ocorre também à prescrição da pretensão punitiva do Estado.

O fato é que a inocência é presumida até que se prove a culpa do acusado na forma do direito admitida, pois é dessa maneira que as declarações de direitos abordam o tema.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) estabelece que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Já a Convenção Europeia dos Direitos do Homem recomenda que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

O fato é que, em linha geral, os tribunais superiores não são competentes para fazer reexame de fatos e provas, cabendo apenas reconhecer inconstitucionalidades e ilegalidades sentenciadas nas instâncias inferiores, bem como, em regra, o recurso especial e extraordinário não possuem efeitos suspensivo apenas devolutivo, não impedindo dessa forma a execução da pena privativa de liberdade após acórdão penal condenatório.

Dessa forma, após pesquisas à literatura e jurisprudência dos tribunais, entende-se que a presunção de inocência é um direito fundamental, e, como tal, os direitos do acusado de ser considerado e tratado como inocente devem ser preservados a todo custo, cabendo ao acusador provar sua culpa, assegurando-lhe sua dignidade e todas as garantias processuais. No entanto, existe um marco temporal para o exaurimento da presunção de inocência, e considera-se que esse marco seja o acórdão condenatório por tribunal de segunda instância, pois a matéria fático-probatória já foi pelo juízo de primeiro grau e por eles amplamente analisados, sendo estas duas instâncias amplamente competentes para análise dos fatos e do direito.

47

Por fim, entende-se que a prisão após condenação em duplo grau de jurisdição seja constitucional, posto que o art. 5º, LVII considerado como o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não trata de prisão ou de momento da prisão, e se a intenção do legislador constituinte fosse evitar a prisão antes do trânsito em julgado nada impedia que fosse expresso esse desejo na Carta Magna assim como o fez o legislador ao atribuir a redação ao art. 283 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o termo prisão não era desconhecido ao legislador, pois em vários artigos da constituição ele vem de forma expressa. E como compete ao Supremo Tribunal Federal Interpretar a legislação superior, é esse o entendimento majoritário é o que tem prevalecido.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walter de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Silene Cardoso. São Paulo: Ícone, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-diaterror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 08 maio 2019.

BOTTINO, Thiago. **Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/os-problemasda-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 19 mai.2019.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execuções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 126.292**, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex:jurisprudenciadoSTF, DJE100, DIVULG16-05-2016, PUBLIC17-05-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078**. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 26/02/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 68.726**. Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 20/11/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 106.474/BA**. Relator(a): Min. Rosa Weber. DJ: 29/03/2012. Data da publicação: 30/03/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+106474%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb8bnfk3>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292-/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. DJ 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349.703-1/RS**. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 29 abri. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 9**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>. Acesso em 20 mai. 2019.

49

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Niterói, 2011. V. 1.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 11 maio 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Habeas Corpus 126.292** São Paulo. Disponível em: <http://migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acessado em: 07 maio 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. V. 1.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fimpresuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 21 mai. 2019.

MIRABETTI, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, JulioFabbini. FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. V. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACHECO, DenilsonFeitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 29 abr. 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Teoria do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucionalidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 22 mai. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V. 1.