

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

FURTADO, Angelo Lucidorio Rigo¹
SCARAVELLI, Gabriela Piva²

RESUMO:

O presente trabalho visa analisar a possibilidade da prisão em segunda instância em seu aspecto positivo. Tem como fundamento a posição do Superior Tribunal Federal, sobre o artigo 5º, LVII da Constituição Federal, dispositivo que versa sobre o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, cujo teor informa que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Em rigor, o entendimento do princípio da não culpabilidade admitia que o cumprimento da pena só iniciaria depois de esgotar todos meios recursais, ou seja, teria que passar pelo crivo do tribunal de segundo grau e instâncias superiores (STJ, STF). Contudo, com o advento da prisão em segunda instância, o nosso sistema jurídico pátrio sofreu várias interpretações pós-promulgação da constituinte de 1988, até os dias atuais, não tendo sua discussão superada, pois as duas correntes existentes, uma favorável a execução da pena em grau ordinário, e outra que não admite prisão antes sentença condenatória em trânsito julgado, controversa essa que leva a votação do plenário da Suprema corte nacional nos julgados do Habeas Corpus nº84078, Habeas Corpus nº126292/SP, ação declaratória de constitucionalidade 43 e 44. Este trabalho acadêmico foi realizado através de pesquisa bibliográfica indutiva, por meio de pesquisa doutrinária e documental (Habeas Corpus, emenda constitucional e leis ordinárias).

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da presunção de inocência. Segundo grau de jurisdição. HC nº 126.292/SP. Supremo Tribunal Federal. Trânsito em julgado da sentença penal condenatória, duplo grau de jurisdição.

THE IMPRISONMENT IN SECOND-INSTANCE AND THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the possibility of imprisonment in the second-instance in its positive aspect. It is based on the position of the Federal Superior Court on Article 5, LVII of the Federal Constitution, which deals with the presumption of innocence, the content of which states that: "No one shall be held guilty until criminal conviction ". In reality, the understanding of the principle of presumption of innocence allowed that the fulfillment of the sentence would only begin after the appeals have been exhausted, in other words, it would have to pass through the sieve of the court of higher degree and higher instances. Supreme Court (STF), High Court of Justice (STJ). However, with the advent of second arrest in our country's legal system suffered several interpretations put promulgation of the 1988 constituent, to the present day and not having its discussion outdated, since the two existing currents, one favorable to the execution of the sentence in ordinary degree and another that does not admit of imprisonment before a conviction in transit, this controversy leads to a vote of the National Supreme Court in Habeas Corpus judgments No. 84078 Habeas Corpus n ° 126292 / SP, declaratory action of constitutionality 43 and 44. This work academic research was done through qualitative bibliographical research, through doctrinal and documentary research (Habeas Corpus, constitutional amendment and ordinary laws).

KEYWORDS: Principle of presumption of innocence. Second degree of jurisdiction. HC nº 126.292 / SP. Federal Court of Justice. Jurisdiction of the conviction, double degree of jurisdiction,

¹ Estudante do curso de Direito da FAG – Centro Universitário Assis Gurgacz. E-mail: angelorigofurtado@gmail.com;

² Professora Orientadora. E-mail: gabrielapivapiva@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, versa sobre o princípio da não culpabilidade, também conhecido como presunção de inocência, cujo teor informa que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

De início, entendia-se que a pena privativa de liberdade só poderia ter início após esgotados os recursos cabíveis, com o trânsito em julgado. Entretanto, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 126.292, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, adotou o entendimento de que o réu pode ser preso após sentença condenatória proferida no segundo grau, antes de esgotados todos os recursos possíveis e da confirmação do trânsito em julgado.

Dada a relevância do tema, este estudo propõe rememorar a origem do princípio da não culpabilidade originado na pós-segunda guerra mundial, que foi um dos períodos mais nefastos da história da humanidade. Diante de barbáries cometidas contra as pessoas, a Organização das Nações Unidas, em 1948, editou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 11, inciso I, que: “toda pessoa acusada de delito tem direito que presuma sua inocência, enquanto não for considerada culpada mediante processo público que lhe assegure ampla defesa, contraditório e a observância de todos os princípios do processo legal”.

Posteriormente, será abordado o princípio da culpabilidade e seus desdobramentos até a promulgação da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, que permite inferir não haver prisão antes do trânsito julgando em último grau de jurisdição.

Para arrematar, apresentar-se-á brevemente, o instituto da mutação jurídica, ferramenta de interpretação de um texto jurídico considerando a realidade presente do tempo na sociedade, e como tal técnica corrobora a prisão em segunda instância. Contudo, sendo superado esse entendimento com as exceções como: prisão em flagrante e prisão preventiva e, posteriormente, o aditamento das súmulas: Súmula 716 do STF, ausência do trânsito julgado não impede a progressão de regime e nem o início do cumprimento da pena do regime menos severo, e também a Súmula 717 do STF, a condenação antes do trânsito julgado não impede quem está em prisão especial a progresso de regime.

Na mesma oportunidade, salienta-se que os recursos especiais e extraordinários interpostos nos Superiores Tribunais de Justiça e Supremos Tribunais Federais, não gozam do duplo grau de jurisdição. Pois não permitem o reexame pelos Tribunais Superiores da matéria fática e probatória apreciada na instância de origem, mas também porque não se prestam precipuamente à tutela do interesse das partes, mas sim a tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e

da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial. Diante de tal contundência, o início da execução da pena em grau ordinário não poderia ser obstado.

Constará o espaço atribuído a compreensão de regras em princípios e suas definições sobre o viés da interpretação constitucional, preconizando que, por mais nobre que seja um princípio como da presunção de inocência, não possui caráter perpétuo, ou seja, nenhum princípio englobado dentro de uma carta normativa não tem caráter absolutório. Podendo até mesmo ocorrer um conflito de princípios, como exemplo, o princípio da não culpabilidade *versus* o princípio da efetividade processual, tendo os juristas ao aplicar a norma, fazer um equilíbrio de peso entre eles, através do princípio da proporcionalidade.

Por fim, uma breve apresentação do instituto da mutação jurídica, ferramenta a qual serve para dar interpretação a um texto constitucional de maneira informal, observando a realidade presente do tempo na sociedade e de como tal advento veio a corroborar para sustentação da prisão em segunda instância.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DA BASE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

O princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência traz que ninguém será culpado antes do trânsito em julgado. Tal disposição se encontra positivada em nossa Carta Magna, no artigo 5º, inciso LVII, esse princípio esculpido tem sua base na Declaração Universal do Direito do homem, em 1948, quando o mundo horrorizado pela Segunda Guerra Mundial é impressionado com os rigorosos abusos da Alemanha, sobre o julgo do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, liderada por Adolf Hitler, que confundia na mesma pessoa o acusador e o julgador (CUNHA JUNIOR, 2016).

Diante de tantas barbáries, o encontro das nações vitoriosas na guerra formou a Organização das Nações Unidas em 1945, e editou em 1948 a Declaração Universal do Direito do homem, que trazia em seu artigo 11, inciso I que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito que presuma sua inocência, enquanto não for considerada culpada mediante processo público que lhe assegure ampla defesa, contraditório e a observância de todos os princípios do processo legal” (CUNHA JUNIOR, 2016).

O Brasil aderiu à Declaração Universal do Direito do homem ainda sobre a vigência da Constituição Federal de 1946, e incorporou ao seu ordenamento jurídico trazendo o princípio da não culpabilidade, que foi abrangido de forma unânime na Constituição de 1988, remetendo a vaga ideia de que não haveria prisão de um envolvido no processo até o trânsito em julgado (decisão final), sendo este um princípio de garantia fundamental para o ser humano, intransponível e irrenunciável. (CUNHA JUNIOR, 2016).

É importante destacar, que em 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal, foram regulados temas como o inquérito policial, prova, interrogatório e confissões, além de ficar estabelecido que o magistrado poderia aplicar, provisoriamente, medidas de segurança ainda no curso do inquérito mediante representação da autoridade policial. A formação do de tal Código de leis se deu num contexto histórico de um Estado mais rígido, e não previa presunção inocência do acusado, mas se admitia um juízo de antecipação de culpabilidade. Isso implicava que uma mera denúncia, por exemplo, já poderia colocar alguém atrás das grades. O que era comum, na época, dito isto, para recorrer da decisão de prisão, o condenado necessariamente teria que estar preso (MIGALHAS, 2018).

O contexto começou a ser alterado quando o delegado Sérgio Paranhos Fleury teve a prisão preventiva decretada. No caso, Fleury comandava o chamado "Esquadrão da Morte" em São Paulo, e atuou como delegado do Dops durante o regime militar. O caso deste oficial modificou a lei processual penal, em regime de urgência, sendo a causa da criação da lei 5.941/73, afamada como Lei Fleury. Ela norteou a possibilidade do réu primário, e de bons antecedentes, aguardar o julgamento em liberdade. Segundo a lei Fleury previa, a prisão preventiva somente deveria ser determinada em caso de necessidade (MIGALHAS, 2018).

Fica evidente a nobreza e importância do princípio da não culpabilidade, porém, nota-se que o artigo 11, da carta Declaração Universal do Direito do homem, ficou melhor redigido do que nosso pátrio artigo 5º, inciso LVII da Constituição brasileira/1988. Contudo, nenhum dos artigos citados, traz em seus textos a vedação da execução da pena antecipada.

2.2 DA EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

A presunção de inocência prevista na CF/88 demonstra um raciocínio de que ninguém poderá ser culpado antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de esgotar todas as possibilidades de

recurso a prisão será o último recurso, neste termo, será que o constituinte inadvertidamente acabou com a possibilidade de qualquer prisão processual e provisória? Diante disso, muita discussão foi ensejada acerca deste tema, até que foi editada a Súmula 9 do Supremo Tribunal de Justiça, que dispõe exigência da prisão provisória para apelar, não ofendendo a garantia constitucional da presunção de inocência (BRASIL, 1990). Em tão alto grau, que a constituinte previu no artigo 5, inciso LX, a prisão em flagrante.

Porém, a prisão provisória só é justificada se tiver natureza instrumental, que consiste naquela prisão que impõe efetividade ao processo, sendo uma garantia de que o mesmo irá até o final. Só poderá ser instaurada “em caso de perigo da demora”, conforme artigo 312, do Código de Processo Penal. A prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL, 1940). Fora o trânsito em julgado, a antecipação da execução da pena é punir um agente ainda presumido como inocente.

No lapso temporal, a discussão tomou acolhimento do Supremo que proferiu acórdãos em: 1992, 1994, 1995, 1999, 2003, 2004 e 2007, chegando a seguinte conclusão: a prisão em segunda instância não ofende o princípio da não culpabilidade, mesmo que essa prisão não tenha natureza cautelar, o primeiro fundamento era de ordem prática, Lei 8038/1990, artigo, 27, §2 (Revogado pela Lei n ° 13.105, de 2015), que instituía o regimento interno do Supremo, asseverando que os recursos extraordinários e especiais serão recebidos no efeito devolutivo, esses recursos não tem efeito suspensivo, a decisão a partir do segundo grau começa a ter efetividade e já pode ser executada (BRASIL,1990).

Percorrendo a trajetória do nosso ordenamento jurídico sobre o tema ao encontro da Súmula 716 do STF, a ausência do trânsito julgado não impede a progressão de regime e nem o início do cumprimento da pena do regime menos severo, e também a Súmula 717 do STF, a condenação antes do trânsito julgado não impede quem está em prisão especial a progresso de regime, o que é de ordem vital dessas súmulas para o tema, se é possível a progressão de regime antes do trânsito julgado, por analogia, caberia o preceito da prisão em segundo grau (BRASIL, 2003).

Na mesma oportunidade, analisa-se a Emenda Constitucional 45/2004, para reafirmar o entendimento sobre a execução da pena depois da instância ordinária, a mesma passou a exigir como requisito de admissibilidade para o ingresso do recurso extraordinário, que a matéria tenha caráter de repercussão geral, ou seja, é necessário que o recorrente demonstre que seja de ordem:

social, econômica, política, entre outras. No seu recurso, na medida em que o requisito é demonstrar o efeito amplo, isso significa que o recurso passa a transcender o interesse individual do recorrente, não se julga tal recurso se baseando no interesse particular, mais sim para um efeito *erga omnes*, em que a análise do Supremo permita corrigir uma afronta a CF/88 (BRASIL, 2004).

Nesse contexto, o Supremo começou a entender que recurso especial e extraordinário não constitui um desdobramento do duplo grau de jurisdição, esse instituto se encerra com instâncias ordinárias de primeiro grau e segundo grau, a partir deste momento, não há mais o que se cogitar duplo grau de jurisdição, os recursos interpostos, seja ao Superior Tribunal de Justiça com recurso especial ou recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, é importante notar que ambos não se destinam mais a análise dos fatos e das provas, são recursos que visam simplesmente analisar a respeitabilidade da Lei Federal no caso do recurso especial, e Constituição Federal no caso do recurso extraordinário. Como não visam buscar uma transformação da condenação em absolvição, diante de tais argumentos, não poderiam empregar obstáculos ao início do cumprimento da pena a partir da condenação de segundo grau. No mesmo consenso do desdobramento do duplo grau de jurisdição tem-se.

Portanto, pode se concluir que os denominados recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não são desdobramento do duplo grau de jurisdição, não só porque não permitem o reexame pelos Tribunais Superiores da matéria fática e probatória apreciada na instância de origem, mas também porque não se prestam precipuamente à tutela do interesse das partes, mas sim a tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial. (BRASILEIRO, 2015, p. 1607).

Atualmente, há uma pesquisa do próprio Superior Tribunal de Justiça, que vem corroborar com a validação da execução da pena em segunda instância, diante de que, o percentual de absolvição não chega nem a 1(um) por cento (informações abaixo suscitarão para melhor entendimento).

Tabela 1- Decisões dos recursos:

RESULTADO DOS RECURSOS DA DEFESA ACOLHIDOS INTEGRALMENTE OU EM PARTE			
Decisão Proferida	Advogado	Defensoria Pública	Total
Absolvição	0,24%	1,19%	0,62%

Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos	0,45%	1,87%	1,02%
Prescrição	0,53%	1,10%	0,76%
Diminuição da pena	2,50%	12,28%	6,44%
Diminuição da pena de multa	0,75%	4,64%	2,32%
Alteração de regime prisional	1,96%	8,44%	4,57%
Outros Resultados Concedidos	2,20%	3,79%	2,85%

Fonte: (STJ, 2017).

Nota:- Período Pesquisado: 1º/9/2015 a 31/8/2017

- Total de decisões criminais: 85.495

- Total de recursos da defesa: 68.944

Como se observa, o instituto da prisão em segunda instância “não se deu da noite para dia” pelo contrário, tem trajetória bem trabalhada com argumentos válidos, como foi verificado com os entendimentos de nossos guardiões da Constituição e os legisladores.

2.3 DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Os princípios a partir da Constituição Federal, são os princípios gerais do direito penal e processo penal, que devem reger todas as normas, há uma diferença entre regra e princípio, a regra é uma descrição objetiva de uma situação, estatui aquilo que deve ser cumprido; o princípio não é uma descrição de uma situação, é um comando de determinação para que se atinja uma finalidade, enquanto a regra é fixa, o princípio é uma diretriz de orientação. Ao passo que, o princípio constitucional da presunção de inocência nos dá o comando de que, em primeiro lugar, quem está acusando tem que provar a culpabilidade, não podendo se confundir na mesma pessoa quem vai julgar e acusar, ambos devem obediência a preceitos como o do juiz natural, contraditório, tribunal de exceção, imparcialidade, entre outros. Tal entendimento similar consta no acórdão do Hc 126292 (STF, 2016).

Esse comando nos traz várias regras imbuídas, porém, os princípios não têm valores absolutos. Nesse sentido para Hesse:

A constituição estabelece os princípios fundamentais conformadores da unidade política, regula o processo de solução de conflito dentro da comunidade, organiza o processo da formação política e da atuação estatal, define os fundamentos e princípios da ordem jurídica global e regulamenta as relações da vida historicamente cambiantes. Por essa razão, a Constituição também deve ser estendida como uma ordem jurídica material aberta, uma vez que traz conteúdo vago e indeterminado, necessário à sua abertura ao tempo (2016, p. 70).

Na estrutura de conjunto de princípios de valores, que deve ser harmonizado entre si, deve-se compatibilizar esses princípios para que eles constituam um todo harmônico, não é razoável que se aplique um princípio eliminando o outro quando há embates entre princípios, tanto quanto efetividade processual e da presunção de inocência e balanceamento dos mesmos, busca-se o mecanismo que não elimine um ao outro, que a busca frenética da eficiência processual não aniquile a presunção de inocência e não torne o processo ineficaz. Como ensina Dworkin (1978 *apud* MENDES e BRANCO, 2013, p. 73).

Os princípios, de seu lado, não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previsto no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso “deve-se resolver o conflito levando em consideração o peso de cada um”. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensurações exatos, mas segundo indagação sobre quão importante é um princípio-o qual seu peso-numa dada situação. Não se resolve conflitos tomando um como exceção a outro. O que ocorre um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.

A pergunta que paira no ar, qual ferramenta utiliza-se em atrito de princípio? Para achar uma fórmula harmônica é simples, isso se dá pelo mecanismo do princípio da proporcionalidade que estabelece uma relação de custo benefício, toda vez que é criado uma restrição à liberdade, ou seja, por uma incriminação de uma conduta, seja com agravo de pena, ou por uma eliminação de uma garantia processual, isso impõe um ônus a mais para a sociedade. Contudo, o encargo proposto deve conter uma vantagem, garantia que dela advenha; portanto, tal princípio atua como contrapeso, de um lado há uma restrição, e a sociedade como um todo perde um direito (BARROSO, 2016).

O passo de ter um estado mais repressivo que restringe direito e garantia das pessoas, o ônus social por outro lado passa a ter uma vantagem compensatória, que é a proteção dos valores fundamentais que a constituição visa garantia, no entanto, o princípio da proporcionalidade possui caráter negativo, que veda a excessiva imposição de ônus a sociedade. Todavia, o mesmo possui caráter positivo, o qual exige que esse ônus seja medido e dosado para redigir os benefícios sobre o aspecto negativo do princípio da proporcionalidade.

Utilizando habitualmente para aferir a legitimidade das restrições de direito, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, consubstancia em essência uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência moderação, justa medida, proibição de excesso direito justo e valores afins que precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico (CUNHA JUNIOR, 2016, p.299).

Que ele veda os excessivos em posição de ônus sobre essas perspectivas o lado negativo não permite: violar ampla defesa contraditória, tribunais de excesso, violar juízo natural e duplo grau de jurisdição, sob o prisma negativo vai oferecer muitas limitações ao estado. Sobre o prisma positivo, ele vai por obrigação do estado, sendo que este irá proporcionar proteção eficiente aos valores fundamentais que lhe consagram. Ao mesmo tempo em que o estado está proibido de restringir direitos fundamentais, ele está obrigado a proteger direitos como a vida, patrimônio e moralidade pública, assim por diante, sendo assim, esses dois valores são pesados no princípio da proporcionalidade, proibição de direitos fundamentais e proibição de proteção deficiente, tal princípio fará o balanceamento (SARLENT, 2019).

Na mesma oportunidade, analisa-se o fenômeno da mutação constitucional, que consiste em novas interpretações do poder judiciário a determinadas normas no sentido de alterar seu alcance, que tem que ser adaptado às modificações conforme a realidade social e dos valores cultuados pela sociedade. Assim, percebesse que a excessiva demora na execução da pena, em razão da exigência de se aguardar o recurso extraordinário e o recurso especial, trazem como consequência, o alongamento abusivo e recursos protelatórios, recursos estes que têm por única finalidade, simplesmente postergar indefinidamente em anos o momento da execução da pena. Para o reforço deste pensamento:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo (BARROSO, 2011, p. 148).

Essa realidade que o princípio e a mutação constitucional têm que se debruçar pelo fato da maior seletividade do processo. Pois aqueles que têm melhores condições financeiras e melhores advogados para sua defesa podem estabelecer uma estratégia que prolate ao máximo a efetividade do processo, evidentemente há um desequilíbrio social entre os elos, aqueles que são mais favorecidos e os menos favorecidos, dando o efeito de seletividade social no processo. O excessivo

número de recursos causa descrédito da justiça, porque no momento que as decisões passam a ser executadas muito tempo depois, passa-se a perder a confiança na justiça, aliado a agravante da impunidade e proteção deficiente desses valores (*Habeas corpus* nº 1262920) (BARROSO, 2016).

Nessas ocasiões, é melhor deixar para o julgador com uma certa margem de discricionariedade a cada caso concreto, analisar qual é a situação. O que se analisa é que existe uma orientação geral razoável de que, a partir da condenação de segundo grau, como recurso especial e extraordinário não tem efeito suspensivo e visam repercussão geral, transcendendo o direito individual, e não podendo mais a análise de provas, é pertinente que se inicie o comprimento da pena, contudo, isso não pode ser uma regra fixa intransponível, devendo ser analisado em cada caso concreto se eventualmente essa execução da pena seria excessivamente danosa, por isso, vale como uma orientação geral. Na mesma consonância dispõem Hesse.

A tarefa de interpretar é encontrar o resultado constitucional “exato” “em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade, -não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão (HESSE, 1998, p. 15).

Como fica evidenciado, nenhum princípio e regra não tem caráter absoluto. Entretanto, o operador do direito tem que possuir certas perspicácias, de como direito já positivado, com todo o Norte que faz uma ciência que tenta harmonizar toda a existência de uma sociedade. Na busca implacável de melhor aplicar a norma ao caso concreto.

2.4 DO *HABEAS CORPUS* Nº 84078/MG

No dia 05 de fevereiro de 2009 deu-se o julgamento do *habeas corpus* para permitir que o paciente Omar Coelho Vitor, condenado pelo júri, com uma pena de sete anos e seis meses de reclusão em regime fechado, pelo crime praticado de tentativa de homicídio duplamente qualificado, no caso em tela, ele impetrou recurso especial, porém, antes da tal apreciação do recurso, o Ministério Público de Minas Gerais pediu a decretação do réu devido ao fato dele ser um conhecido produtor de leite da região, onde estava se desfazendo dos seus bens, em caráter de se eximir da aplicação da lei penal, devido a tal conduta, o TJ- MG por lógica, acatou a pretensão do MP. Tal julgamento consolidou o fim do marco da jurisprudência que dava anuência prisão em

segunda instância, para fins a prisão antes do trânsito se tornou um ato inconstitucional, até julgado no ano 2016, quando jurisprudência muda novamente (STF, 2009).

No caso concreto, como o Resp não tinha sido julgado ainda, o paciente sofria a eminência da prisão a ser cumprida, então, ele ingressou com um pedido de *habeas corpus* ao STF, pleiteando a suspensão da execução da condenação. Na mesma ocasião, fez o pedido que não se aplicasse a regra do artigo 637 do Código de processo penal, segundo o qual não tem efeito suspensivo o recuso extraordinário (BRASIL, 1940).

O resultado no plenário do supremo foi sete votos a quatro, tendo como relator o ministro Eros Grau, em seu voto, e os ministros que o acompanharam a favor do consentimento do HC, sustentou o entendimento que, há violação ao princípio da não culpabilidade a antecipação da sanção privativa de liberdade antes do trânsito julgado de sentença condenatória, ressalvada a situação de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do Código De Processo Penal (STJ, 2009).

A magnitude de tal julgamento seu deu também pelo confronto de teses dos ministros na época, os vencidos, incluindo o notório Joaquim Barbosa e os que o acompanharam em seu voto, para não concessão do HC pelo seguinte entendimento; sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm efeito suspensivo (quando se suspende a sentença condenatória), ainda o iminente ministro asseverou.

Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim, afirmou. No processo penal, o réu dispõe de recursos de impugnação que não existem no processo civil, observou ainda Joaquim Barbosa. Segundo ele, em nenhum país há a “generosidade de HCs” existente no Brasil (STF, 2009).

Diante de tal julgado, é evidente que a tese vencedora nesta oportunidade preceitua a redação positivada nos artigos: 105, 147 e 164 da lei de Execução penal, além da norma de hierarquia maior vigente no 5º LVII da Constituição federal. Vindo a se sobrepor temporal e materialmente ao disposto no artigo 637 do Código do Processo Penal. Desta forma, o entendimento que perdurou por 23 anos da suprema corte, que dava aval para prisão em segunda instância, foi alterado com este julgado.

2.5 DO *HABEAS CORPUS* Nº 126292/SP

O julgado se faz a um auxiliar geral que cometeu o crime de roubo qualificado, apenado a 5 anos e 4 meses de reclusão. No primeiro momento, a defesa que pretendia afastar o mandado de prisão, recorreu ao TJ-SP, o qual não deu provimento ao recurso. Diante do exposto, a defesa ingressou com pedido de recurso ao STF, para ela, 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.

Com resultado de 7(sete) a 4(quatro), e a vitória do lado, para o não provimento do HC 126292, a corte abriu a validação do presente, que a execução da pena em segunda instância não fere princípio da não culpabilidade, tornando esse julgamento um marco histórico no direito, de forma alterar a jurisprudência para dar anuência a prisão em segunda instância, como ficou evidente no entendimento do relator Teori Zavask, e também os ministros que lhe acompanharam no teor de seu voto.

Até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias (STF, 2016).

Nesse advento jurídico houve uma inversão ao resultado em relação ao HC 84078, tendo destaque do ministro Celso de Mello, com o voto vencido nessa ocasião. Mas de forma brilhante e muita técnica em seu voto destacou, e os demais que lhe acompanharam:

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível. Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático (STF, 2016).

Em suma, nessa decisão os juristas em sua maioria apreciaram a norma contida no artigo 102 da Constituição federal, que dispõem que recursos especiais e ordinário não presta mais serviço de analisar a matéria fática, como feito nas instâncias ordinárias, e também o artigo 636 do Código de processo penal, que menciona que esses recursos supracitados não têm efeito devolutivo. O que

se deprende também da tese vencedora nesta oportunidade, é que a justiça se torna morosa pela quantidade de recursos que o réu pode impetrar, assim fazendo a justiça ineficaz.

2.6 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44.

Vale lembrar para que serve uso de ADC, de maneira didática, é confirmar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Nesse caso, é só imaginar que exista controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de uma lei federal, criando um estado de insegurança jurídica, já que alguns juízes ou Tribunais a aplicam e outros não. Nestas hipóteses, é possível utilizar a ADC para que o Supremo Tribunal Federal, de uma vez por todas, pacifique a controvérsia, confirmando a constitucionalidade, em definitivo, da lei questionada, tornando obrigatório seguir o seu entendimento (REDONDO, 2018).

Devida a controvérsia da antecipação da execução da pena, o partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pleiteavam conseguir a medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Fundamentaram-se na tese que o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126292, em fevereiro de 2016, que Suprema Corte entendeu ser possível a execução provisória da pena, por conta disso, viria gerar uma grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio fundamental da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país passariam a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do Código de Processo penal (STF, 2016).

A Liminar foi indeferida na votação do plenário, os ministros mantiveram suas posições que adotaram no HC 126292. Mas vale conferir os fundamentos desse julgamento histórico pelos pontos que foram debatidos tanto no sentido dos que comemoram pela decisão, tanto para os que lamentam. Nesta ação, o relator foi o ministro Marco Aurélio, que expressou seu voto em defesa da presunção de inocência, embutido no artigo 283 do Código de Processo penal (STF, 2016).

Em contrapartida, dentre as teses que foram arguidas para o indeferimento da liminar, tem-se a tese do ministro Luiz Fux, que em seu voto lembrou que primeiramente, por quase por duas décadas, perdurou entendimento da prisão em segunda instância, mudando em 2009, no sentido de que a prisão se daria pelo esgotamento de todos os mecanismos de defesa, tal entendimento vigorou por 7 anos até 2016, quando o entendimento mudou novamente. Porém, para nobre magistrado,

segundo seu entendimento, o constituinte não teve ânimo de vedar a execução da pena em segunda instância, quando redigiu o artigo 5, inciso da CF/88:

Se o quisesse, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão, nessa ocasião ressaltando ainda a necessidade de se dar efetividade à Justiça. Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal” (STF, 2016).

Um voto que se faz importante atermos é do ministro Celso de Melo, que com alguns requisitos parece ser o mais técnico para opor argumento contra a execução da pena em segunda instância. Em sua decisão, que acompanhou a do relator, foi veemente ao defender a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser não culpado. Para o qual, a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão de Estados, e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência vital de respeito à dignidade da pessoa humana.

reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”. Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república (STF, 2016).

Uns dos mais brilhantes votos para indeferimento da liminar foi do ministro Roberto Barroso, que defendeu a legitimidade da execução provisória, após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu fasto entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm o mesmo peso. A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do Estado. A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas (STF, 2016).

Neste célebre julgamento, o supremo tribunal deu mais valoração à efetividade do sistema do que ao mandamento constitucional. Mas que do que nunca, reforçando a ideia de que é possível a execução quando há esgotamento da matéria prova fática.

2.7 DO HABEAS CORPUS Nº 164493/PR

Com o caminhar do tempo, em quinta-feira, 05 de abril de 2018, o tema da execução antecipada da pena voltou em plenário do STF de forma acalorada, a discussão com o julgamento do *Habeas Corpus* preventivo do réu Luiz Inácio Lula Da Silva, de certa forma, com muito mais publicidade que os HCs anteriores (HC 84728/MS, HC 126264/SP), por se tratar de uma ex-figura pública, que ocupou o cargo de chefe de Estado da nação, o qual respondia pelo crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, com o objetivo de afastar o mandado de prisão expedido pelo juiz Sergio Moro (STF, 2018).

A suprema corte negou o provimento do remédio constitucional com um placar acirrado de 6 (seis) votos contra e 5 (cinco) votos a favor. Por ocasião, o relator na sessão ministro Barroso, enfatizou os malefícios proporcionados pelo período que predominou jurisprudência contra a prisão em segunda instância, de 2009 até 2016, a sua percepção, a proposição interminável de recursos procrastinatórios para gerar prescrição e implementar a seletividade judicial ao dificultar a punição dos condenados mais afortunados de recursos, gerou desconfiança do sistema de justiça perante à sociedade. Completando o baixo percentual de reversão dos recursos promovidos nos tribunais superiores, chegando a uma estimativa irrisória perto de 1% a favor do réu, no plano da lógica é inconcebível formar sistema baseado na exceção à regra e não na regra (STF, 2018).

A suprema corte negou o provimento do remédio constitucional com um placar acirrado de 6 (seis) votos contra e 5 (cinco) votos a favor. De modo a não conduzir uma narrativa no escopo de uma retórica pretoriana, não será explanado o teor dos votos ministros desse julgamento. Por se tratar de cada fundamento de voto, análogos ao dos HC 84728/MS e HC 126264/SP.

2.8 PROJETO ANTICRIME

Em tempos atuais, tramita para aprovação o Projeto de Lei 882/2019, proposto por Sérgio Moro, ministro da Justiça e Segurança, entre outros pontos, o projeto altera leis, como o Código Penal, e Código Eleitoral Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos. Como o objetivo é aprimorar o combate ao crime violento e de corrupção, o que deverá mudar na lei com a aprovação do “pacote anticrime” de Moro seria no campus: Prisão após a segunda instância; mais efetividade para o tribunal do Júri; mudanças no excludente de ilicitude; regime fechado para corrupção, organizações criminosas; confisco de bens de criminosos; banco de

dados: DNA, íris, face e voz; Caixa 2 poderá ser crime, "*Plea bargain*", ou solução negociada, "denunciante do bem", ou delator (BBC, 2019).

Caso o citado projeto for aprovado, haverá alterações em vários artigos das leis supracitadas. Nesse contexto, a questão da prisão em segunda instância ganhará mais autenticação, pois as alterações pretendidas nos artigos do CP, CPP, LEP, corroboraram com tal instituto, com alteração do artigo 617 do CPP, que em sua nova redação constará a positivação da prisão em segunda instância, o tribunal já de imediato poderá determina execução da pena, lembrando que a prisão em segunda instância só é válida por jurisprudência do STF (BRASIL, 2019).

O artigo 637 e 638 sofreram transformações no sentido de que, as supremas cortes poderão atribuir efeito suspensivos nos recursos: extraordinários e especial, desde que não seja constado interposição de recurso meramente protelatório e, levantado questão de direito constitucional ou federal com repercussão geral, que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto (BRASIL, 2019).

Atualmente, além de prisão em flagrante ou por ordem judicial decorrendo prisão cautelar, ou seja, de ordem processual, só se permite prender por condenação transitada em julgado quando se esgotam todos os recursos. Todavia, o referido projeto que está em estado de aprovação traria um completo ao artigo elencado acima, no quesito de adicionar a prisão depois de condenação exarada por órgão colegiado (BRASIL, 2019).

Diante do exposto, vislumbra-se que as possíveis alterações dos artigos do código se reflete no entendimento das discussões ao longo dos anos, pelos autores favoráveis a prisão em segundo instância. Mas, destaca-se que o projeto de lei vai alterar leis ordinárias que ainda estão abaixo da hierarquia constitucional e abaixo da presunção de inocência, portanto, tal tema estará longe de chegar a um consenso. Por horas nem será mais questão de argumentos, mas sim, eterna luta dentro do próprio direito maximalismo *versus* minimalismo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi apresentado no começo do trabalho até no presente contexto, é de fácil percepção que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental e nobre, sendo muito discutida a sua abrangência neste trabalho, tendo-se levantado singelamente a trajetória histórica de tal princípio, desde de sua positivação originária na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de

como tal diretriz se incorporou em nosso ordenamento jurídico, e como o comando desse princípio vem corroborar em processo justo ou devido processo legal em nosso ordenamento jurídico, previsto no artigo 5º, inciso, LVII CF/88.

No entanto, na seara penal, em vista do princípio da não culpabilidade, o indivíduo acusado pelo Estado só teria sua pena executada, ou seja, restrição de liberdade, após sentença condenatória em trânsito em julgado. Contudo, com exceção das prisões cautelares. Porém, após a promulgação da constituinte em 1998, houve discussão da condenação em segundo grau de jurisdição, bem como o uso da sua aplicação não ofenderia princípio da presunção de inocência, pois os recursos especiais e extraordinários não visam mais a análise da matéria fática, e para o ingresso deles, necessitaria de repercussão geral.

Dado o exposto, os magistrados se debruçaram sobre o tema nas últimas décadas a fim de pacificar a controvérsia. No entanto, o que foi obtido, é que em horas prevalece um entendimento que execução da pena em segunda instância fere direito fundamental do indivíduo, em outro que não há violação da presunção de inocência, mas sim uma garantia de efetividade da justiça. Em suma, o período que percorreu da promulgação da constituinte até ano de 2009, trilhou-se interpretação e leis a anuência da execução da pena em grau ordinário, como súmulas 9,16,17 ambas do STF, e também Emenda constitucional 2004 e ademais. Não obstante, no ano de 2009 tem-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº84078/MS, como relator ministro Eros Grau, que por 7 votos a 4, muda-se o entendimento que a execução da pena ofende sim o princípio da não culpabilidade.

Em seguida, no ano 2016 tem-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº126292/SP, neste momento relator ministro Teoria Zavaski por também 7 votos a 4 retorna o entendimento que prisão em segunda instância não ofende presunção de inocência. Porém, no mesmo ano, houve o exame, da ação declaratória de constitucionalidade 43 e 44, que visava obter uma liminar suspensiva para os acordos que davam provimento a prisão em segunda instância, mas o plenário da suprema corte indeferiu.

Em virtude dos fatos mencionados, é de sustentar que o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado não traz prejuízo ao princípio da não culpabilidade, este positivado na Constituição Federal, expresso no artigo 5º, inciso, LVII, podendo equiparar aos institutos da prisão cautelar e prisão em flagrante. Na forma de estudo, o objetivo foi demonstrar que as decisões interpretativas dos tribunais sobre o instituto da execução da penal e segundo grau de jurisdição não transgride os direitos fundamentais, e desmitificar que a visão da prisão em segunda instância se

trataria de uma anomalia jurídica, que ao contrário, ela mostra que nossas instituições de justiça “estão vivas e funcionais”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BBC. **'Pacote anticrime' de Sérgio Moro: por que alguns advogados e juristas questionam a proposta** Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47125522> >. Acesso em: 25 de mai.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 99, de 14 de dezembro de 2017. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de dezembro de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 29 de maio de 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resumo: pedidos da defesa concedidos em recursos criminais no STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/pesquisa_recursos.pdf>. Acesso em: 05 de out. 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. **STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>> . Acesso em: 03 de jun 2019.

_____. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 05 de fevde 2019.

_____. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

_____. **Projeto de Lei N.º 882, de 2019** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=93FB91DE4811F8961F76E29662026CBA.proposicoesWebExterno2?codteor=1719464&filename=Avulso+-PL+882/2019> Em 25 de maio de 2019 Acesso em: 27 de abril de 2019.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=716>>. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=717>>. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 7 de out de 2018.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Juspodivm 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

HESSE, Konrad, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20.ed. Porto Alegre:1998

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MIGALHAS. **Prisão em 2ª instância é tema polêmico com muitas idas e vindas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277678,31047-Prisao+em+2+instancia+e+tema+polemico+com+muitas+idas+e+vindas>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

REDONDO, Bruno Garcia, **Curso de Direito Constitucional**, Coordenadores Eduardo Arruda Alvin, George Salomão Leite e Lenio Streck. 1ed. Florianópolis: Tirant lo Blach, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Curso de Direito Constitucional** Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero .8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.