

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

SOUZA, Geraldo Magela¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando²

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo abordar a temática da prisão em segunda instância, relacionando-a com a presunção de inocência, devidamente recepcionada pelo Brasil como garantia constitucional e inserida nos tratados dos direitos humanos. Os princípios fundamentais são normas essenciais de conduta de um indivíduo perante as leis, obrigações básicas e fundamentais, como um alicerce. É indiscutível tomar conhecimento dos assuntos que permeiam os seus direitos e deveres. A Constituição Federal de 1988 é notadamente hierárquica e está acima de todas as demais leis brasileiras. Desta forma, sendo base fundamental, os princípios existentes nela buscam garantir a ordem pública. Tais princípios são como uma esteira que rege a liberdade, o respeito mútuo e o bem-estar comum dos cidadãos, que possuem direitos políticos, econômicos e jurídicos. Os princípios políticos estabelecem a forma, a estrutura e o governo do estado e são constituídos pelas decisões políticas alicerçadas em normas do sistema constitucional. Já os princípios jurídicos são informadores da ordem jurídica nacional e são emanados das normas constitucionais, que geram alguns desdobramentos como: supremacia da Constituição Federal, legalidade, isonomia, igualdade, ampla defesa, contraditório, liberdade, entre outros. Assim, ressalta um princípio que está entre os mais importantes, o da dignidade da pessoa humana, e caminha em conjunto com o princípio do direito à liberdade. O conjunto de leis, no ordenamento jurídico de uma sociedade, deve sempre se adequar em linhas gerais em busca de harmonia entre as pessoas e, caso uma lei não seja mais adequada, deve ser alterada ou melhor interpretada.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em segunda instância, presunção de inocência, direitos fundamentais.

SECOND INSTANCE PRISON AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

ABSTRACT:

The present work aims to address the theme of prison in the second instance, relating it to the presumption of innocence, duly received by Brazil, as a constitutional guarantee and inserted in human rights treaties. The fundamental principles are essential rules of conduct of an individual under the laws, they are basic and fundamental obligations, like a cornerstone. It is unquestionable to be aware of the issues that permeate their rights and duties. The 1988 Federal Constitution is notably hierarchic and is above all other Brazilian laws. Thus, being a fundamental basis, the principles that exist in it seek to guarantee the public order. Such principles are like a wake that governs the freedom, mutual respect and the common well-being of the citizens that have political, economic and legal rights. The Political Principles establish the form, structure and government of the state and they are constituted by the political decisions based on norms of the constitutional system. Legal principles, on the other hand, are informants the national legal order, and they are emanating from the constitutional norms, which generate some developments such as: supremacy of the Federal Constitution, legality, isonomy, equality, wide defense, contradictory and freedom, among others. Thus, it emphasizes a principle that is among the most important, the one of the dignity of the human person and goes together with the principle of the right to freedom. The set of laws, in the legal order of a society, must always adapt in general lines, in search of harmony between people, and if a law is no longer appropriate, must be changed or better interpreted.

KEYWORDS: Second instance prison, presumption of innocence, fundamental rights.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, magelapublicidade@gmail.com.

² Docente Orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, lucasoliveira@fag.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre direitos constitucionais, direitos fundamentais e direito processual penal, fazendo um panorama do entendimento jurisprudencial atual com o entendimento construído e modificado ao longo dos últimos 20 anos. Portanto, a pesquisa apresentada por meio deste trabalho possui excelentes pressupostos capazes de conter sua atenção em relação ao tema abordado.

No julgamento de HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou a jurisprudência firmada desde 2009, no julgamento de HC nº 84.078/MG, fixando o entendimento de não violar a presunção de inocência à imediata execução da pena em decorrência de acórdão condenatório, ainda que pendente, o julgamento de recurso especial ou extraordinário.

Naquela ocasião, foi decidido não ser incompatível com a Constituição Federal de 1988, tampouco contrariar o princípio da presunção de inocência, o imediato recolhimento do acusado à prisão para cumprimento de pena em decorrência de acórdão condenatório, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. Em outras palavras, a despeito do estabelecido no art. 5º, LVII, da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, considerou aquela Corte que o recolhimento à prisão para o cumprimento imediato de pena, em decorrência de condenação em segunda instância, não poderia ser obstado ante a ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária.

Embora a Constituição seja rígida, não imutável, precisa acompanhar a evolução da sociedade, visto que a ética e a justiça estão em constante evolução, o que deve ocorrer a partir da nova interpretação que os órgãos estatais, principalmente o poder judiciário, concede às normas constitucionais.

Com isso, os princípios norteadores no direito constitucional tendem a sofrer consideráveis alterações e interpretações, mudando conceitos e o entendimento dos tribunais, doutrina e jurisprudência, no que diz respeito a prisão de segunda instância, principalmente no tocante ao Princípio da Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana.

Dessa forma, as explanações realizadas por meio deste trabalho pretendem nortear a elucidação do seguinte questionamento: Será que a execução provisória da pena vai garantir credibilidade ao poder judiciário, e a execução provisória da pena vai garantir os direitos fundamentais do indivíduo?

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção da Inocência surgiu ainda no Direito Romano e foi amplamente atacado na Idade Média, a qual dominava o Sistema Inquisitório. Pode-se dizer que o acusado era usado como objeto do processo, e a insuficiência de provas era correspondente a uma “semiprova” de culpabilidade do agente, sendo a prisão como regra (LOPES JÚNIOR, 2014).

O tema aparece no artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que baseado por ideais iluministas, previa que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, só então, se julgar necessário, ocorre a privação da liberdade (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Posteriormente, a Assembleia Geral das Nações Unidas, já em 1948, promulga a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preconiza o Princípio em seu artigo 11º, afirmando que o ser humano acusado de algum delito deve ser presumidamente declarado inocente, até ulterior prova de culpa nos termos da lei (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

O estado de inocência do homem é um direito universal, assim, a violação de tal condição vai contra à dignidade da pessoa humana, na medida que suprime direitos.

No Brasil, a presunção da inocência é reconhecida pela lei máxima do ordenamento jurídico (CF/1988), é identificada como orientadora fundamental do processo penal, de acordo com artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal da República do Brasil, onde ressalta que *“Todos são iguais perante a lei”*. E, especificamente, o inciso LVII traz que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Ainda, o princípio foi contemplado pelo Pacto de San Jose da Costa Rica (Brasil, 1969), de acordo com art. 8º, sobre garantias judiciais, afirma que *“toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada”*.

É importante destacar que o pacto foi ratificado no Brasil em 06 de novembro de 1992, tendo sua eficácia a partir do decreto nº 678/1992. Desta forma, tem validade no ordenamento jurídico nacional.

Por fim, a legislação Processual Penal, apresenta-se o art. 283, redação dada pela lei 12.403/2011, *in verbis*:

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 (BRASIL, 2011).

Desta forma, verifica-se que o princípio traz uma estrutura jurídica bem fundamentada, assegurando aos acusados o respeito ao devido processo legal, assegurando os direitos fundamentais e, conseqüentemente, um julgamento justo dentro do processo penal acusatório (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Sendo assim, a liberdade do indivíduo em tese é a regra, e a prisão deve ser entendida somente em casos de exceção. O Princípio da Presunção de Inocência pressupõe que todo cidadão é inocente e não culpado, até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impedindo que uma sentença condenatória produza efeitos antes de esgotar todos os recursos possíveis (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Assim, exige-se que as penalidades só podem ser impostas após tornar-se irrecorrível a condenação do agente (JESUS, 2015).

A fase processual é de suma importância dentro deste instituto, tendo em vista o processo de investigação, a produção das provas, as oitivas de testemunhas e do próprio acusado, dentre outros procedimentos complexos, e durante todas as suas fases os direitos e garantias constitucionais devem servir de parâmetros, a fim de evitar quaisquer abusos, por qualquer autoridade (DICIONÁRIO DIREITO, 2018).

Para Sanches Cunha (2015), uma situação é a de presumir alguém inocente, e outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos.

Toma-se conhecimento que a maioria da doutrina tem entendimento que o Princípio da Presunção da Inocência se harmoniza com o trânsito em julgado com relação a recurso em instância superior, ainda que não seja discutida matéria de fato em Rext ou Resp no STF/STJ.

Entre os artigos 1º ao 4º da CF/88, destacam-se outros princípios além dos apresentados acima, que são: federativo, democrático de direito, separação dos poderes, presidencialista, soberania, cidadania, a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho e o pluralismo político. Há também outros princípios que tratam da organização do Estado Brasileiro (BRASIL, 1988).

Neste sentido, a presunção da inocência deve ser chancelada imprescindível garantia constitucional do indivíduo no processo penal, restando perfeitamente a necessidade de ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para somente depois efetivar a prisão.

Ao deixar de observar o instituto da presunção de inocência, essa medida carcerária antecipada acaba por privar a liberdade do indivíduo antes que se esgote a fase recursal em instâncias superiores, com base nos entendimentos que serão desenvolvidos a seguir.

2.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA PRISÃO POR CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDA INSTÂNCIA

2.1.1 A posição jurisprudencial de 1988 até 2009

Sabe-se que até o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento pacificado, permitindo a prisão para execução da pena anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, sobreveio o Habeas Corpus de nº 84.078-7, de Minas Gerais, em fevereiro de 2009, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, no julgamento à Corte, que podemos chamar de virada jurisprudencial acerca do entendimento sobre a legalidade ou não da aplicação da pena antes do trânsito em julgado, ou seja, apenas com a condenação em segunda instância.

O relator posicionou-se em proibir a antecipação do cumprimento de pena, assim, veja o acórdão para melhor compreensão.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Cabe ressaltar que em 2011 a Lei nº 12.403 modificou significativamente o art. 283 do Código de Processo Penal, adequando-se ao entendimento da Suprema Corte, passando a permitir a prisão para fins de cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória, restaurando o que versa a CF/88.

O sistema de justiça criminal deve responder seus atos e funcionalidades à vontade suprema do povo. Por isso, em um sistema de proteção, o garantismo deve voltar seus olhos para a tutela dos interesses de toda a sociedade (MORAES, 2010).

Desde o século XII, o sistema penal inquisitório associa o acusado ser presumidamente culpado, e cada norma constitucional deve ser interpretada e aplicada de modo a considerar a circunstância de que a constituição representa uma unidade, um todo indivisível (SARLET, 2019).

Os direitos encontram sua base na constituição, que não é simples reflexo da ordem natural, mas que é a maior de todas as criações políticas (MORAES, 2010).

O Direito Constitucional judicializou a política, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos sociais historicamente sonhados, passou a ser tema de Direito Público (CAMBI, 2018).

A eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais estão intimamente ligadas à supremacia constitucional, segundo a qual a Constituição ocupa posição superior hierárquica em relação às demais leis, e ao início da vigência do texto constitucional, a data a partir da qual ele foi promulgado e publicado, que passou a existir juridicamente por força vinculante (ALVIN, SALOMÃO, STRECK, 2018).

Diante de todo o exposto, entende-se que o Princípio da Presunção da Inocência deve ser a base do Estado Democrático de Direito, não antecedendo no momento da decisão do futuro do indivíduo. Afinal de contas, todos deveriam ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, afastando a presunção de culpa, já que esta é a exceção (PEREIRA, 2018).

Por fim, não restando dúvidas da possibilidade de deixar como herança a trágica história para as gerações futuras, é necessário conduzir o Brasil novamente nos caminhos da moralidade e da ética, a fim de dar a todos a possibilidade de defesa e de ter um julgamento conforme os ditames da lei maior (CF/1988), com a garantia de todos os meios possíveis de defesa aos bens maiores que devem ser protegidos: a liberdade e a dignidade de todos os cidadãos (PEREIRA, 2018).

Desta forma, o marco inicial da prescrição tem início a partir da condenação em segunda instância. De acordo com o artigo 112 do Código Penal, a prescrição começa a correr no dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.

Com a análise de todos os julgados neste trabalho, é percebido que há divergência sobre o tema entre os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, e que o assunto carece de um firme posicionamento para dar segurança jurídica ao país e ao ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.2 A posição entre o ano de 2016 até o ano de 2019

O STF entendeu, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), que a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado não viola o princípio da presunção de inocência ao julgar o HC 126.292/SP. O entendimento permaneceu até 2016.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

Logo em seguida, em outubro de 2016, o STF, ao julgar pedido de liminar em ADCS (43 e 44) em relação ao artigo 283 do CPP, proposta pelo PEN (Partido Ecológico Nacional) e pela CFOAB, manteve o entendimento de que a execução da pena antes do trânsito em julgado não viola o princípio da presunção de inocência (STF, 2019).

Por maioria, o Plenário do STF entendeu que o artigo 283 do (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares requeridas (SF, 2016).

E, recentemente, em 2018, julgando Habeas Corpus nº 152.752/PR, impetrado pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, a Suprema Corte, por 6 votos à 5, manteve a possibilidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado, conforme o julgado abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

Justamente por se tratar de um tema polêmico que divide opiniões, este trabalho apresenta-se como mecanismo útil na esfera científica com a proposição de fontes de pesquisa para o meio acadêmico e à sociedade como um todo.

Neste sentido, é peculiar que aceite o que define o Egrégio Superior Tribunal Federal, mesmo que afronte garantias em que se obriga a guardar ou debater o tema proposto balizado em estudos e convicções, propondo reflexões e mudanças de atitude em razão de direitos adquiridos no decorrer do tempo. Ao final, ficará evidenciada a necessidade da preservação do texto constitucional (CUNHA, 2016).

O Estado tem o direito-dever de punir aqueles que tenham comportamento contrário às leis com a aplicação de sanções. Todavia não pode ultrapassar a liberdade individual, tendo em vista que este bem jurídico não pode ser destituído (SAIBRO, 2015).

Deste modo, em contrapartida ao ato ilícito, para a possibilidade de aplicação da pena, o Estado deve respeitar as garantias fundamentais, garantindo a sua defesa sem o cerceamento de sua liberdade (YAROCHEWSKY, 2015).

Portanto, faz-se necessária a observância do devido processo legal amplo e justo, antes da sentença transitar em julgado, pois o suposto autor é presumidamente inocente (YAROCHEWSKY, 2015).

Outro ponto delicado está relacionado a constitucionalidade de alteração de cláusula pétreia. Neste caso, a restrição do alcance do princípio da presunção da inocência é proibida pela própria Carta Magna (SILVA, 2019).

2.1.3 A posição a partir do ano 2019, até os dias atuais

O ano de 2019 trouxe muitas discussões a respeito das novas mudanças no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão em segunda instância, ocasião em que os Ministros do STF votaram as ações diretas de constitucionalidade (ADC 43, 44 e 54), que tratam da execução antecipada da pena.

Muitos brasileiros ficaram em alerta pela possível soltura de vários encarcerados que, em tese, poderiam ser beneficiados com a mudança ou o não entendimento dos Ministros, e muitos acham que poderá ocorrer uma grande expedição de alvarás de solturas.

Destaca-se que, atualmente, há uma inconsistência numérica devido a completa ausência de dados disponíveis sobre o número de presos que podem ser beneficiados ou não pela decisão dos Ministros.

Segundo dados apresentados pelo próprio CNJ, cerca de 40% da população carcerária no Brasil é de presos provisórios, ou seja, nenhum deles tem efetivamente uma condenação criminal, isto é, uma pena decretada, seja de primeira ou segunda instância.

É incorreto afirmar que, com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, poderão ou deverão ser beneficiadas 190 mil pessoas hoje privadas de liberdade no país. Esse número, extraído equivocadamente do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), reflete a soma de todos os presos, já sentenciados, porém ainda sem trânsito em julgado (CNJ, 2019).

Diante da grande pressão de vários mecanismos da sociedade, alguns criminalistas destacaram que, mesmo com a notícia, a ordem pública será preservada, já que há uma diferença entre prisão temporária e execução provisória da pena.

O ponto é que o Estado possui meios legais para evitar que os presos sejam libertos. Isso diz respeito àqueles presos que apresentam perigo à ordem pública, e assim pode manter o acusado preso provisoriamente (SANTOS, 2019).

É indiscutível que a decisão alcançará um número bem menor do que se espera, visto que a maioria das pessoas estão presas de forma cautelar, pois, mesmo que seja desautorizada a prisão em segunda instância, não quer dizer que o encarcerado deve ser solto automaticamente, mas cada caso deverá ser analisado pelo juiz responsável por aquele processo.

Em 24 de outubro de 2019, o STF deu prosseguimento ao julgamento das ADCs, nas quais se discute a possibilidade de início do cumprimento da pena antes de serem esgotadas todas as possibilidades de recurso.

Ao proferir seu voto, a Ministra Rosa Weber entendeu que a Constituição define expressamente como prazo para a formação da culpa o trânsito em julgado, e os juízes, na qualidade de intérpretes da Constituição Federal, devem atuar unicamente de acordo com a intenção do constituinte.

Os conceitos de prisão cautelar e de prisão-pena não devem se confundir, pois a primeira tem como objetivo garantir a ordem pública e econômica ou assegurar o cumprimento da pena. Já a prisão criminal, por sua vez, é uma penalidade imposta pelo Estado como resultado de uma condenação após comprovada a culpa, ademais, em seu entendimento, que ocorre apenas após o trânsito em julgado.

Enfim, expõe que sociedade tem razão em exigir que o processo penal seja mais rápido e sobretudo efetivo, problemas e distorções decorrentes das normas penais, como o tempo entre a abertura do processo e o início do cumprimento da pena.

Gostemos ou não, esta é a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos. O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor.

Não me impressiona o argumento de que não seria razoável submeter o início da execução provisória ou antecipada das privativas de liberdade à última palavra dos Tribunais Superiores porque não é disso que se trata. Sem embargo das vicissitudes que emperram nosso sistema processual, a maior parte das condenações transita em julgado nas instâncias ordinárias e, dos recursos de natureza extraordinária, a imensa maioria tem seu seguimento negado sumariamente. Problemas e distorções decorrentes da estrutura normativa penal e processual penal – tais como o frequentemente extenso lapso entre o início da persecução penal e o início do cumprimento da pena privativa de liberdade – devem ser resolvidos não pela supressão de garantias, e sim mediante o aperfeiçoamento da legislação processual penal pertinente, insisto.

Para o ministro Luiz Fux, ao votar pela possibilidade de execução provisória da pena, afirma que o princípio da presunção de inocência não tem vinculação com a prisão. Em seu entendimento, a Constituição Federal, no inciso LXI do artigo 5º, pretende apenas garantir que até o trânsito em julgado o réu tenha condição de provar sua inocência. A presunção de não culpabilidade, segundo Fux, é direito fundamental.

Lembrou ainda que as instâncias superiores, como o STF e STJ, não analisam mais a autoria e a materialidade do crime, e por fim, que a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância está contemplada em vários documentos transnacionais e tratados, os quais o Brasil se submete.

O Brasil tem passado, nos últimos tempos, por grandes escândalos de corrupção que envolvem grandes nomes no meio político, empresarial e outros, e atualmente, muitos destes que foram presos em decorrência das operações da Polícia Federal ainda estão em cárcere de forma preventiva ou aguardando uma decisão, que pode mudar os rumos no meio político principalmente (CONJUR, 2019).

Neste interim, revelam-se aqui alguns trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que votou a favor para que a Corte mantenha o atual entendimento, para que o acusado possa ser preso após a condenação em segunda instância, seguem os destaques:

Por ser um princípio, precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. Ponderar é atribuir pesos a diferentes normas. Na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência. A ordem constitucional não exige trânsito em julgado para a decretação da prisão, o que se exige é ordem escrita e fundamentada de autoridade competente (BARROSO).

Anteriormente, em 2016, no julgamento daquele processo o ministro votou pelo entendimento ao cumprimento de pena após a condenação em segunda instância e, pelo visto, irá prosseguir no mesmo sentido (ROVE, 2019).

Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski considera que o artigo 283 do CPP é plenamente compatível com a Constituição em vigor, em seu entendimento, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal não comporta qualquer margem de interpretação e compõe um de seus pilares.

O ministro afirmou que em um país em que aproximadamente 17 mil juízes, responsáveis por 100 milhões de ações, não se pode desconsiderar a possibilidade de erros judiciais, o que confere ainda mais relevância ao princípio constitucional da presunção de inocência. Por fim, manifestou-se contrário à Barroso, ratificando o mesmo entendimento anterior. Desta forma, destacam-se alguns trechos de seu voto.

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, o que, a toda a evidência, subentende decisão final dos tribunais superiores.

Nem sempre, contudo, emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos, cuja solução contribuiria sobremaneira para a erradicação das condutas ilícitas, especialmente aquelas praticadas pelas classes economicamente menos favorecidas (LEWANDOWSKI).

Destaca-se que é o mesmo entendimento do relator do processo, que ainda diz ser lamentável a decisão dada pela Corte anteriormente (COELHO, 2019).

Segundo o ministro, trata-se de um retrocesso jurisprudencial que merece repúdio de forma unânime por aqueles que militam no Direito Penal e no processo penal (COELHO, 2019).

Segundo alguns doutrinadores, a CF/88, tornou cláusula pétrea a presunção de inocência, não justificando o STF arvorar-se em poder Constituinte originário, mudando a ideia para declarar que, onde escrito está “será considerado culpado após o trânsito em julgado” deve-se ler “será considerado culpado após decisão de segunda instância”, devendo a pena ser aplicada desde então.

Ao destacar os votos de alguns Ministros do STF na ocasião da votação das ADCs 43, 44 e 54, que trouxe no seu bojo a mudança de entendimento da Corte que perdurava desde 2016, por 6 votos a 5, maioria apertada, decidiram pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, ou seja, com base no princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, abre-se a possibilidade de que os atores da Câmara Federal discutam em plenário o futuro das prisões em segunda e terceira instância.

2.2 A POSSIBILIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Neste ponto, será realizada uma análise da possível alteração por meio de Emenda Constitucional, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, nos incisos LVII e LXI, respectivamente:

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

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

XI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

A decisão do Supremo Tribunal Federal, ao resguardar a possibilidade de prisão criminal somente após o esgotamento de todas as vias recursais, tem trazido inúmeros debates, isso é evidente.

Nesse cenário, o Congresso Nacional apresentou um projeto de Emenda Constitucional, conhecida como PEC 199/2019, de autoria do deputado Alex Manente (Cidadania-SP), e PSL 166/2018, cuja autoria é do senador Lasier Martins (PSD/RS). Ambas estão em tramitação no sentido de proporcionar definitivamente a prisão criminal dos acusados, a partir da condenação em segunda instância, o que se coaduna com a recente decisão da Corte.

Entretanto, cabe destacar que, se for aprovada, não terá aplicabilidade, ao menos para processos antigos, tendo em vista que a lei não retroage, isso por conta do Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, sobretudo quando atingem direitos e liberdades fundamentais, isto posto, somente será aplicada em situações futuras.

Outro ponto está em relação a inconstitucionalidade da proposta, pois como abordado anteriormente, a CF/88 possui cláusulas pétreas que fazem parte do núcleo duro e irredutível a qualquer mudança jurídica, que impedem de ser alterada por meio de emendas constitucionais que foram estabelecidas pelo poder originário.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, foi exposta a construção jurisprudencial acerca da prisão em segunda instância. Posteriormente, a análise dos julgamentos dos HC's 84.078 MG, HC 152.752 e HC 126.292, e das ADCs nºs 43, 44 e 54, que foram realizados sem que os Ministros que votaram a favor da execução provisória da pena se debruçassem seriamente sobre a evolução histórica da presunção de inocência e suas consequências jurídico-penais, com base em um texto constitucional que exige o trânsito em julgado para a consideração da culpa.

Este trabalho teve o intuito de chamar a atenção para a necessidade de uma observação mais criteriosa à análise dos referidos julgamentos, demonstrando primeiro a natureza de regra jurídica da presunção de inocência, afastando-a de uma relação de sinonímia com as presunções de fato.

Após, foram vistas as principais características da presunção de inocência, bem como sua dupla faceta, de regra probatória e de regra de tratamento.

Atualmente, viu-se também a necessidade de se observar o entendimento anteriormente estabelecido, da presunção de inocência como sinônima da não culpabilidade, principalmente quando se considera sua adoção em um período pós-ditatorial no país.

No Brasil, a presunção de inocência só veio a ser estabelecida expressamente no art. 5º, LVII da CF/88, sob a fórmula da não culpabilidade. E, em que pese a relação de sinonímia entre as duas fórmulas, como assentado por boa parte da doutrina, a presunção de inocência foi mitigada pela maioria do STF no julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43, 44 e 54, com base em argumentos assemelhados aos dos criadores da não culpabilidade.

Pelos fundamentos utilizados nos votos dos ministros, demonstrou-se, por fim, que a execução provisória da pena foi vista como uma solução para o problema da interposição sucessiva de recursos nas cortes superiores, para a questão da impunidade operada pelo fenômeno da prescrição executória e para a própria integração do ordenamento jurídico diante da necessidade de harmonizar a presunção de inocência com a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial.

Diante do exposto neste trabalho, verifica-se o alcance do objetivo inicial ao passo que foram expostas as argumentações ministeriais nos HC 84.078 MG, HC 152.752 e HC 126.292, votos divergentes e votos favoráveis, bem como também desenvolveu os assuntos.

Por meio deste comparativo, foi possível um melhor entendimento sobre o tema acerca da possibilidade do cumprimento da pena a partir da segunda instância, defendido por diversos juristas, doutrinadores e parte significativa da sociedade.

A cláusula pétrea da Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII, concomitantemente com o artigo 283 do Código de Processo Penal, afirma “que todo acusado é considerado inocente antes da sentença penal condenatória transitado em julgado”, textos constitucionais defendidos também por doutrinadores, juristas e parte significativa da sociedade.

Pois bem, a credibilidade do judiciário não passa pela aprovação da execução provisória da pena, pelo contrário, a credibilidade do judiciário passa pela aplicabilidade do texto pátrio constitucional sem remendos, sem a politização jurídica, sem os interesses escusos de grupos dominantes, sem moeda de troca que interfira na oxigenação do poder político e na afronta democrática em períodos eleitorais. O judiciário sem mancha e sem máculas por si só preservará todos os direitos fundamentais do indivíduo, com a preservação de um processo justo sem atropelo e sem morosidade, tudo de acordo com os dispositivos acostados na Carta Magna e na lei penal, ou seja, mais aplicação da justiça e nenhuma aplicação do injusto.

REFERÊNCIAS

Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acessado em: 25 Set. 2019.

ALVIN, E. A.; SALOMÃO, G. L.; STRECK, L. **Curso de Direito Constitucional**. 1. Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch. 2018.

BARANDIER, M.; YAROCHEWSKY, L. I. **Presunção de inocência**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-presuncao-de-inocencia-23812603>>. Acessado em: 25 Set. 2019.

BOTTINI, P. C. **Direito De Defesa. O Retorno Da Execução Provisória Da Pena: Os Porretes De Eros Grau**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acessado em 06. Nov. 2019.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Diário Oficial, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 25 Set. 2019.

BRASIL. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acessado em: 25. Set. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei 2.848, De 7 De Dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 25. Set. 2019.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Direitos fundamentais, políticas públicas e Processualismo Judiciário.** 2. Ed. São Paulo: Almedina. 2018.

CATTONI, M. e STRECK, L. **PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>>. Acessado em 28 Mai. 2020.

COELHO, G. **Execução Antecipada. Leia O Voto Do Ministro Ricardo Lewandowski Sobre Prisão Em 2ª Instância.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-24/leia-voto-lewandowski-prisao-instancia>>. Acessado em. 06. Nov. 2019.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** Volume único. 3. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodvim. 2015.

_____. **Manual de Direito Penal. Parte Especial.** Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual., Bahia: Juspodvim. 2016.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1799. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acessado em: 25. Set. 2019.

Declaração Universal do Direitos Humanos 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acessado em: 25. Set. 2019.

DICIONÁRIO DIREITO. **O que é Princípio da Presunção de Inocência? Como Funciona? Aplicação e STF.** Disponível em: <<https://dicionariodireito.com.br/principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acessado em: 25 Set. 2019.

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em 29. Set. 2019.

JESUS, D. **Direito penal: parte geral.** 36. Vol.1. São Paulo: ed. Saraiva. 2015.

KARAM, M. L. **O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-22/maria-lucia-karam-julgamento-adcs-43-44-54-stf>>. Acessado em 04. Nov. 2019.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, A. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acessado em 28 Mai. 2020.

MORAES, M. Z. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

PEC 199/2019. Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>>. Acessado em: 18 Jun. 2020.

PEREIRA, J. B. **Prisão em 2ª Instância. Presunção de inocência ou efetividade da justiça criminal?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65372/prisao-em-2-instancia-presuncao-de-inocencia-ou-efetividade-da-justica-criminal>>. Acessado em: 25 Set. 2019.

Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>>. Acessado em: 18 Jun. 2020.

ROVER, T. **Execução Antecipada. Leia o voto do Ministro barroso sobre prisão após segunda instância**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-24/leia-voto-ministro-barroso-prisao-segunda-instancia>>. Acessado em 06. Nov. 2019.

SAIBRO, H. **O sistema inquisitório e suas características embrionárias**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/295987127/o-sistema-inquisitorio-e-suas-caracteristicas-embrionarias>>. Acessado em 25. Set. 2019.

SANTOS, R.; VOLTARE, E. **Presunção da Inocência. Decisão sobre execução antecipada não beneficia quem põe ordem pública em risco**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-15/queda-execucao-provisoria-nao-beneficia-quem-poe-ordem-risco>>. Acessado em 05. Nov. 2019.

SARLET, I. W. **Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>>. Acessado em 28 Mai. 2020.

SILVA, J. D. C. **Execução de Sentença Condenatória de Segundo Grau antes do trânsito em julgado e a celeuma No entendimento por parte do STF**. Disponível em: <<https://jacydias.jusbrasil.com.br/artigos/710423517/execucao-de-sentenca-condenatoria-de-segundo-grau-antes-do-transito-em-julgado-e-a-celeuma-no-entendimento-por-parte-do-stf?ref=feed>>. Acessado em: 29 set. 2019.

STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acessado em: 13 Jun. 2020.

STRECK, L. **Sobre "presunção": ainda que estivesse certo, Barroso estaria errado**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/senso-incomum-presuncao-ainda-estivesse-certo-barroso-estaria-errado>>. Acessado em 28 Mai. 2020.

Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>>. Acessado em: 13 Jun. 2020.

Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS: HC 152.752. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acessado em 29. Set. 2019.

Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS: HC 84078 MG. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acessado em 29. Set. 2019.

Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS: HC 126.292. Disponível em: <<https://cristianosilva180.jusbrasil.com.br/artigos/596991321/execucao-antecipada-da-pena-julgamento-do-hc-126292-sp?ref=serp>>. Acessado em 29. Set. 2019.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia#:~:text=O%20ministro%20Marco%20Aur%C3%A9lio%2C%20relator,em%20julga do%20da%20decis%C3%A3o%20condenat%C3%B3ria>>. Acessado em: 14 Jun. 2020.

YAROCHEWSKY, L. I. DIREITO FUNDAMENTAL. **Princípio da presunção de inocência é direito universal.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-03/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-direito-universal>>. Acessado em: 25 Set. 2019.