

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
BRUNO HENRIQUE DE SOUZA CASAGRANDE DA SILVA

**A APLICAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

LAGES
2020

BRUNO HENRIQUE DE SOUZA CASAGRANDE DA SILVA

**A APLICAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
Para obtenção do grau em Bacharel em Direito.
Prof. Me. Joel Saueressig

LAGES

2020

BRUNO HENRIQUE DE SOUZA CASAGRANDE DA SILVA

**A APLICAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
Para obtenção do grau em Bacharel em Direito.
Prof. Me. Joel Saueressig

Lages/SC, ___/___/2020. Nota _____

Prof. Me. Joel Saueressig

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2020

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, consagro o presente trabalho de conclusão de curso a Deus, por todo o amparo e refúgio nos momentos de dificuldade.

À minha mãe Dayani de Souza Casagrande que, por inúmeras vezes, colocou as minhas necessidades à frente das suas.

À minha “mãe-avó” Maria Casagrande, por, além de me incentivar a estudar, sempre acreditar em meu potencial.

Ao meu orientador, Joel Saueressig, pela presteza em aceitar o encargo e pelo grande auxílio no desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso.

A todos os amigos e familiares que torcem por mim, meu muito obrigado.

A APLICAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bruno Henrique de Souza Casagrande da Silva¹

Joel Saueressig²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda a temática do instituto da prisão após condenação em segunda instância. A relevância do problema de pesquisa encontra-se na enorme divergência entre os ministros da Corte Suprema acerca do princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, e, se o mencionado princípio está sendo ferido quando o agente delituoso tem sua liberdade cerceada antes de esgotadas todas as instâncias jurisdicionais. Para possibilitar o desenvolvimento deste, utilizou-se da pesquisa documental e bibliográfica, considerando a hipótese de restar inconstitucional a prisão após condenação em segunda instância. Observou-se que o Supremo Tribunal Federal, desde 2009, não tem sido uniforme em suas decisões acerca do tema, pressupondo-se colossal receio quanto a liberdade do indivíduo e, por isso, tamanha é a divergência entre juristas e doutrinadores brasileiros. Enquanto alguns sustentam que a prisão após condenação em duplo grau jurisdicional é um método contra a impunidade penal, outros afirmam que há necessidade de esgotamento de todas as instâncias, em razão do texto constitucional, o qual expõe que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Dessa forma, buscou-se demonstrar que a temática não é, ainda, pacífica, tanto é, que o Supremo Tribunal Federal discute, há mais de 10 (dez) anos a possibilidade de prisão após condenação pelo duplo grau jurisdicional.

Palavras-chave: Prisão em segunda instância. Condenação. Inconstitucionalidade.

¹Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST

²Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST

THE APPLICATION OF PRISON IN SECOND INSTANCE FRONT OF THE SUPREME COURT'S UNDERSTANDING

Bruno Henrique de Souza Casagrande da Silva³

Joel Saueressig⁴

ABSTRACT

The present course conclusion paper addresses the theme of the prison institute after conviction in second instance. The relevance of the research lies in the enormous divergence among the Supreme Court ministers about the constitutional principle of the presumption of innocence or non-culpability, and, if the mentioned principle is being harmed when the offender has his freedom restricted before all jurisdictions are exhausted. To enable the development of this paper, documentary and bibliographic research was used, considering the hypothesis of imprisonment remaining unconstitutional after conviction in the second instance. It was observed that the Federal Supreme Court, since 2009, has not been constant in its decisions on the subject, foreseeing colossal apprehension about the individual's freedom and, hence, sizeable is the divergence between Brazilian jurists and indoctrinators. While some maintain that imprisonment after a double judicial sentence is a method against criminal impunity, others argue that there is a need for exhaustion of all instances, due to the constitutional law, which states that no one can be found guilty before transit in a convictive criminal sentence. Thereby, it was sought to demonstrate that the theme is not yet peaceful, so much so, that the Federal Supreme Court has been discussing, for more than 10 (ten) years, the possibility of imprisonment after conviction by double jurisdictional sentence.

Keywords: Second instance arrest. Conviction. Unconstitutionality.

³Academic of Law, 10th term, Subject of Completion Course, from the UNIFACVEST University Center

⁴Master Professor in Law of the Law Graduation Course - UNIFACVEST

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 30 de junho de 2020.

BRUNO HENRIQUE DE SOUZA CASAGRANDE DA SILVA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
2.1 Aparato Histórico do Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade.....	11
2.2 A recepção do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicabilidade prática.....	13
3 A PREVISÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA JUNTO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, AS ESPÉCIES DE PRISÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS DICOTOMIAS ACERCA DA PRISÃO DEFINITIVA.....	17
3.1 Algumas Espécies de Prisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	19
3.2 Avaliação das Dicotomias Acerca do Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade.....	21
4 COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VEM SE POSICIONANDO NO DECORRER DOS ANOS ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E QUAIS AS SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	24
4.1 Da Análise do Entendimento Acerca do <i>Habeas Corpus</i> Nº 84.078/MG.....	24
4.2 Da Análise do Entendimento Acerca do <i>Habeas Corpus</i> Nº 126.292/SP.....	26
4.3 Da Análise do Entendimento Adotado Pela Corte No Julgamento das Adcs 43, 44 E 54 e Suas Consequências.....	29
5 CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema a presunção de inocência frente a execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de existir, um tema bastante atual e polêmico, tanto no mundo jurídico, bem como em toda a sociedade, sendo ainda, um conteúdo possuidor de enormes divergências de ideias, a julgar pelo fato de que juristas e doutrinadores se posicionam contra e a favor da prisão após a condenação em segunda instância, não havendo, portanto, pacificação sobre a abordagem temática.

O problema reside exatamente na divergência de opiniões, as quais trazem consigo diversos questionamentos, e, neste trabalho, pretende-se explorar os argumentos contrários e favoráveis acerca da prisão em segunda instância, em especial, descobrir se o princípio constitucional da presunção de inocência está ou não sendo desasseado no momento em que o Réu tem sua liberdade cerceada após a condenação pelo Tribunal de Justiça, em segunda instância.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral observar a evolução histórica do princípio da presunção de inocência, e qual o momento correto para que o Estado possa utilizar-se do seu direito de punir o agente infrator.

Tem como objetivo específico verificar se a prisão após condenação em segunda instância fere o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvido, no primeiro capítulo, um estudo sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, sua evolução histórica e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, será analisada, o segundo capítulo, dispõe-se a examinar o princípio da presunção de inocência e se este tem sido utilizado pelos réus meramente como meios protelatórios, a fim de eventual prescrição e/ou extinção de punibilidade, ou se os recursos são, realmente, utilizados para evitar uma prisão injusta.

Finalmente, no terceiro capítulo, a intenção é, abordar como nossa Corte Máxima vem se posicionando ao longo dos últimos anos e como alguns dos ministros fundamentam seus votos.

2 A ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

O presente capítulo objetiva apresentar, de maneira sucinta, o histórico do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, inicialmente, no âmbito global, cotejando a necessidade de seu surgimento, bem o momento de sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Aparato Histórico do Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade

Este primeiro capítulo refere-se à história do princípio previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, assim como o momento de sua aplicação no ordenamento jurídico de algumas nações.

Convém destacar, inicialmente, que sob a ótica desta garantia, o acusado mantém-se em seu estado de inocente, até que haja prova em contrário, sendo que por detrás, verifica-se que há todo um aparato histórico para tal garantia.

Pois bem.

Na Idade Média, as confissões dos acusados aconteciam mediante tortura, até mesmo no interior das prisões e, para que preservassem sua integridade física e psicológica, praticamente todos os confinados confessavam autoria de delitos que não haviam cometido.

Relevante salientar, também, que mesmo não confessando a autoria delitiva, o acusado ainda assim era condenado, demonstrando, a inexistência do princípio *in dubio pró reo*.

Após detida análise do contexto histórico, é possível sustentar a tese de que não se compreendia o conceito da presunção de inocência ou não culpabilidade durante o primeiro período romano, ou seja, tomava-se como verdadeira, na condenação do acusado, a suposição de culpa.

Nesse sentido, Moraes (2010, p.63) explica:

Assim, pela potencializadora interação entre a constante presunção de culpa que informava todos os modelos processuais romanos e a construção de um direito penal do inimigo, chega-se à conclusão de que por toda essa fase histórica não se pode afirmar que a presunção de inocência tenha sido sequer encetada.

Portanto, somente a presença de uma acusação contra um indivíduo, por si só, acarretava em um juízo de antecipação da culpa.

Seguramente, pode-se afirmar que durante este período, a presunção era totalmente contrária ao princípio que atualmente vigora em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a presunção de culpa era a base para o convencimento.

Nesse contexto, Lopes Júnior, (2008, p.187) afirma que: “No direito inquisitório, EYMERICH orientava que o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”.

Portanto, neste período, a ponderação entre a liberdade do acusado e a tutela da segurança pública da sociedade, prevalecia, a preocupação com a segunda.

No sistema inquisitório, o procedimento administrativo, bem como o decurso processual já era pressentido, pois a presunção da culpa carregava a dificuldade de uma defesa, assim como uma possível absolvição, cabendo ainda, ao acusado o ônus probatório de sua inocência.

Ademais, neste mesmo lapso temporal, diferentemente da nossa legislação processual penal contemporânea, a confissão era classificada como a “rainha” das provas, deixando de levar em consideração, até mesmo a maneira em que era obtida. Ressalte-se ainda, que durante o período inquisitivo, a figura do magistrado continha além de julgar, as funções de acusar e defender.

Justamente por isso, Lopes Junior (2007, p.68) assevera que esse composto “foi desacreditado - principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

Mais tarde, inicia-se o período do Iluminismo e, conseqüentemente, o momento em que a Europa Continental impugnou o sistema processual inquisitivo, momento em que se iniciava a consideração acerca da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Nessa época, o Processo Penal foi influenciado pelo sistema acusatório, assegurando ao acusado uma maior dignidade, bem como garantias presentes até a contemporaneidade, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa.

Através desse novo modelo sistemático, o magistrado torna-se, então, uma figura imparcial frente ao processo que lhe incumbia o julgamento.

Por esse ângulo, Lopes Junior (2014, p.66) explica que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Pode-se afirmar, portanto, que o mencionado período, foi o marco inicial do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, vigente até os dias de hoje, não restando divergências doutrinárias acerca deste aparato histórico.

Percorrendo mais alguns anos, constata-se que a positivação sobre o mencionado princípio surgiu durante a Revolução Francesa, na Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, em 1789:

Art. 9. Todo homem é considerado inocente, até ao momento que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Com o término da Segunda Grande Guerra, a presunção de inocência foi também recepcionada pela Organização das Nações Unidas - ONU, publicando, em seu artigo 11.1, ao mundo, os direitos e garantias que devem ser observadas por todos os países:

Art. 11.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Vislumbra-se, então, do artigo supramencionado, que este foi o momento em que se iniciou o respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como o ônus probatório foi incumbido a quem faz a alegação acusatória e, além disso, observa-se que a Declaração da ONU já referenciada manteve a essência da declaração de 1789.

Ademais, nos anos de 1950, 1966 e 1969, foram feitas observações legislativas em diversos países acerca do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Feitas tais considerações, consuma-se que ao longo dos séculos, o princípio previsto no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) veio se fortalecendo cada vez mais, até ser considerado garantia inerente a condição humana.

2.2 A Recepção do Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro e sua Aplicabilidade Prática

Sabe-se que, em 05 de outubro de 1988, fora promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, exprimindo em seu texto, mais precisamente, no artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros e equiparados, dentre eles, a presunção de inocência em eventual acusação penal.

Todavia, estudiosos reiteram que o mencionado princípio já era existente em nosso ordenamento jurídico antes mesmo da promulgação da Carta Republicana, porém, de forma tácita, haja vista os tratados internacionais em que o Brasil é subscritor.

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, como dito, foi expressamente introduzido na Lei Máxima, que consagrou ao acusado o direito de manter-se em seu estado de inocente até que se prove contrário.

Nesse sentido, Moraes (2000, p. 24) afirma:

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado na sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando a tutela da liberdade pessoal.

Assim sendo, o Estado tem como dever, promover a culpabilidade do agente delituoso, entretanto, observando a garantia constitucional da presunção de inocência, assim como o contraditório e a ampla defesa, consistentes em um dos maiores alicerces do Estado Democrático de Direito.

Na contemporaneidade, a não culpabilidade está positivada como uma garantia fundamental ao homem, como dito alhures, objetivando, assim, a prova em contrário do estado de inocente ao cidadão acusado de qualquer prática delituosa.

Por esse ângulo, podemos afirmar que a presunção de inocência deve prevalecer até mesmo sobre a impunidade de um culpado.

Nesse seguimento, Ferrajoli (2002, p.441) assevera que:

A presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela de imunidade dos inocentes, mesmo que isso acarrete na impunidade de algum cidadão, 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.

Tal princípio propõe, que o magistrado responsável pelo julgamento, analise o ato delituoso cometido pelo réu de duas formas, isto é, negativa e positiva. Nesse sentido, a forma negativa seria: tratar o acusado de forma que não se sinta efetivamente culpado, e positiva: de forma que o trate como inocente.

Impende salientar que, por ora, o princípio da presunção de inocência não considera inconstitucional as prisões provisórias existentes em nosso ordenamento jurídico.

Moraes (2016, p.195) explica o mencionado, de forma mais ampla:

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.

Entretanto, tais medidas cautelares não podem ser utilizadas visando uma execução provisória da pena. Em outras palavras, estas serão legítimas somente com a devida demonstração por parte do Estado de que são necessárias, conforme dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão poderá 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Vislumbra-se, deste modo, que a prisão cautelar somente pode ser decretada pelo juízo, quando existentes fundamentos acerca da instrução criminal, da aplicação da lei penal, bem como a existência de da prova do crime e indícios suficientes da autoria, assim como o perigo gerado pela liberdade do réu.

Sob essa ótica, Mirabete (2003, p.42) ministra:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes de 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 convicção que ele é o responsável pelo delito [...]

Em face do exposto, resta claro que há somente duas formas de prisão, são elas: [a] definitiva, que seria aquela qual já não se observa mais o estado de inocente do acusado, e [b] provisória, aquela que ocorre durante o trâmite processual, e ainda considera o estado de inocente ao acusado.

O ônus probatório, diante deste princípio, é incumbido diretamente ao Estado, na pessoa do Representante do Ministério Público, devendo este, demonstrar a culpa imputada ao acusado da prática criminosa.

De mais a mais, em caso de dúvida quanto a autoria delitiva, utiliza-se o princípio *in dubio pró reo*, o qual não deve ser confundido com a presunção de inocência, mas deve ser utilizado para garantir ao incriminado seu estado de inocente diante do pouco elemento probatório por parte da acusação.

Sobre tal entendimento, Capez (2011, p.44) leciona:

O princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado, quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado.

O princípio exaustivamente mencionado tem, além de todo o supra exposto, como objetivo, resguardar a liberdade do acusado diante do poder punitivo conferido ao Estado, senão mediante sentença penal condenatória transitada em julgado, como dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, vejamos:

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

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

Por fim, cabe destacar, que a essência desta premissa é a proteção daquele que tem contra si a imputação de uma prática delituosa, onde, cabe ao órgão acusador, comprovar a sua culpa, e não ao réu provar sua inocência, haja vista que este último é considerado inocente ou não culpado até que se prove o contrário, bem como as prisões no curso processual não podem ser confundidas com uma execução provisória da pena.

Contextualizados os fatos históricos ensejadores do princípio da presunção de inocência, serão, no capítulo a seguir, tratadas as espécies de prisão existentes em nosso ordenamento jurídico, bem como a previsão da presunção de inocência ou não culpabilidade.

3 A PREVISÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA JUNTO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, AS ESPÉCIES DE PRISÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS DICOTOMIAS ACERCA DA PRISÃO DEFINITIVA.

É cediço que a Carta Republicana assevera, em seu mais extenso artigo, todos direitos e garantias fundamentais inerentes ao cidadão, dentre eles, o direito à presunção de inocência, conforme descrito em seu artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse sentido, vale destacar que o Estado possui o direito de punir aquele que comete um delito, sendo que tal direito encontra-se estampado no preceito secundário da lei penal infringida pelo acusado.

Sobre o direito de punir, Marques (2009, p.3) ensina:

O direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica de maneira reprovável.

Entretanto, alguns doutrinadores e juristas entendem que, consoante artigo constitucional mencionado alhures, o direito à punição somente poderá ser exercido pelo Estado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim sendo, o acusado de uma prática delituosa, permanece em sua condição de inocente até exaurir todas as instâncias judiciais, ou, em não sendo interposto qualquer recurso, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória de primeiro grau.

Em outras palavras, tem-se que o Estado deve buscar exercer uma justa justiça.

O princípio da presunção de inocência, em conluio aos princípios do contraditório, da ampla defesa, assim como do devido processo legal, assegura ao acusado seus direitos e garantias fundamentais previstos pela Carta Magna.

Além das expressas previsões constitucionais e infraconstitucionais acerca da presunção de inocência, destaca-se, também, o papel fundamental da Corte Suprema, qual seja: assegurar o cumprimento *jus puniendi* do processo, sendo essa, sua função institucional imprescindível.

Contudo, vislumbra-se que, ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal não tem sido uniforme em suas decisões.

Sob essa ótica, do ano de 2009 até o julgamento do H.C. nº. 126.292/SP, no mês de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal tinha como entendimento, que as penas impostas ao sujeito, as quais lhe cerceavam a liberdade, somente poderiam ser executadas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em outras palavras, salvo os casos de prisões cautelares, o acusado não poderia ser preso enquanto tramitassem eventuais recursos de defesa junto aos tribunais superiores.

Desde o julgamento do habeas corpus supramencionado, até o mês de novembro do ano de 2019, o STF vinha adotando o entendimento de que a existência de sentença penal condenatória em duplo grau de jurisdição autorizava a execução provisória da pena, ainda que interpostos recursos de defesa sobre a decisão.

Destarte, até então, o entendimento majoritário da Suprema Corte era no sentido de que, a execução da pena imposta após condenação em segundo grau não violava o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

O mencionado entendimento considerava que os juízos *a quo*, assim como os tribunais de segunda instância, por se debruçarem sobre toda a matéria de fato e de direito, tinham plena e absoluta capacidade em decidir sobre a autoria e a materialidade do crime, podendo, portanto, cercear a liberdade do indivíduo após a decisão condenatória em segundo grau.

E não é só. O entendimento obtido após o julgamento do remédio constitucional, no ano de 2016, demonstra que há duas reflexões a serem feitas quando se observa o tema da execução provisória da pena.

Quanto à essas reflexões, o Rel. Ministro Teori Zavascki muito bem descreveu:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Diante disso, por quase 04 (quatro) anos, perdeu tal entendimento, reconhecendo, portanto, que o direito constitucional à presunção de inocência não é violado pelo fato de a execução provisória da pena iniciar antes de exauridos todos os recursos cabíveis.

Ocorre que, ao final do ano de 2019, novamente o STF voltou a posicionar-se de maneira contrária ao cumprimento provisório da pena antes de esgotados todos os recursos de defesa interpostos pelo acusado.

Infere-se de todo o exposto, que a dicotomia acerca do tema, é nada mais, nada menos, que uma inquietação quanto à violação dos direitos fundamentais garantidos ao cidadão, através da Carta Republicana.

3.1 Algumas Espécies de Prisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, existem 06 (seis) espécies de prisão, quais sejam: a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão em flagrante, a prisão preventiva para fins de extradição, a prisão civil e a prisão domiciliar. Abaixo far-se-á uma sucinta análise sobre algumas delas.

Em primeiro momento, ressalte-se que até o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, no ano de 2019, havia a existência de uma sétima espécie de prisão, a denominada: prisão provisória, ou, também conhecida, prisão para execução da pena.

Pois bem.

A prisão temporária consiste em uma medida auxiliar, apenas durante a investigação criminal. Observada pela legislação, essa espécie de prisão cabe exclusivamente no caso de ser indispensável às investigações, se o indiciado não tiver residência fixa, se deixa de fornecer elementos necessários acerca de sua identidade ou ainda, se houver fundadas razões de que foi autor ou participante em crimes como: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; estupro e etc., conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 7.960/89.

O prazo da prisão temporária é de apenas 05 (cinco) dias, e somente poderá ser prorrogado por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Ressalte-se ainda, que esta modalidade de cerceamento será decretada pelo Juiz, em razão da representação do delegado de polícia, ou através de requerimento formulado pelo representante do Ministério Público.

A prisão preventiva, por sua vez, é bastante conhecida, até mesmo fora dos meios jurídicos. O artigo 312, do Código de Processo Penal, é responsável pela sua previsão:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Denota-se do artigo supramencionado, que são 03 (três) as condições para decretação da prisão preventiva: [a] garantir a ordem pública e a ordem econômica; [b] conveniência da instrução criminal; e [c] assegurar a aplicação da lei penal.

Quanto a garantia da ordem pública e da ordem econômica, pode-se dizer, em suma, que essa impede que o réu, em seu estado de liberdade, continue a praticar contra essas ordens, causando, assim, irreversíveis à sociedade.

Já quanto a conveniência da instrução criminal, em síntese, aponta ao fato de evitar que o réu atrapalhe o processo ou o curso da investigação criminal.

E, assegurar a aplicação da lei penal, refere-se à prevenção de que o réu não fuja da pena que lhe é ou será imposta pelo ente estatal.

Capez, (2005, p. 241) assim conceitua:

“Prisão de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorram os motivos autorizadores.”

Ainda, ao contrário da prisão temporária, a prisão preventiva poderá ser decretada a qualquer fase do processo, bem como é inexistente o prazo para acabar.

Determinada no artigo 302, do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante ocorre quando o agente é encontrado em “flagrante delito”, isto é, no momento em que ocorre ou pouco depois que o crime for cometido. No entanto, segundo a mesma redação, a mencionada prisão não é limitada apenas à estas hipóteses, conforme observa-se abaixo:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
 I - está cometendo a infração penal;
 II - acaba de cometê-la;
 III - é perseguido, logo após, pela autoridade, ou ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração;
 IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Outrossim, o artigo 303, da mesma legislação, reconhece que “Nas infrações permanentes, entende-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

Vislumbra-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece diversas espécies de prisão, que não somente a prisão definitiva.

3.2 Avaliação das Dicotomias acerca do Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade

Elucidado por alguns juristas, quando da análise do texto constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é possível perceber que o termo utilizado é “ninguém será considerado culpado”, ao invés de “presume-se inocente”.

O fato é, a interpretação do texto constitucional é bastante diversa pelos juristas e doutrinadores brasileiros, constituindo assim, um tema de enormes debates entre estudiosos e operadores do direito, sobre se há, ou não, uma distinção terminológica.

Assim afirma Rangel (2000, p.25):

Não podemos adotar a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. [...] Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

Aliás, em uma breve comparação entre os Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário e a nossa Constituição Federal, denota-se que, naqueles, o termo utilizado é “presunção de inocência”, diferentemente da Constituição brasileira, como mencionado anteriormente.

Enquanto alguns estudiosos entendem que a literalidade do texto causa divergência entre os posicionamentos, outros entendem que não há que se falar em diferença de interpretações, visto que as expressões constituem variações semânticas de um único conteúdo.

Desta forma, Bardaró (2016, p. 61) afirma:

Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, as discussões acerca do tema não se limitam à literalidade do texto constitucional.

Os argumentos contrários à execução provisória da pena após condenação em segunda instância, geralmente se baseiam em dois fundamentos, [a] fere o princípio constitucional da presunção de inocência; [b] a culpabilidade do acusado não fica comprovada após o julgamento em segunda instância, devendo, portanto, serem esgotados todos os recursos, para que aí sim se comprove a culpa do acusado. Já alguns dos argumentos favoráveis à prisão em segunda instância são, [a] a

utilização de recursos como meios protelatórios utilizados pelo réu; [b] aumentam os casos de impunidade; [c] trata-se de um modelo adotado por outros países. (BLUME, et al., 2019).

Entretanto, há um ponto em comum de ambas as posições, qual seja, somente àquele acusado detentor de grande poder financeiro é possuidor do princípio constitucional da presunção de inocência. Em outras palavras, consegue, através de seus advogados, interpor diversos recursos, esgotando, portanto, todas as instâncias, enquanto os menos afortunados, denominados “pobres”, por muitas vezes são condenados em primeira instância, e por insuficiência de recursos, veem seus direitos constitucionais violados.

Nesse sentido, é de suma importância evidenciarmos o exemplo do ex-senador Luiz Estevão, que foi condenado em segunda instância, no ano de 2006, pela prática de desvio de verbas públicas no valor de 169 milhões de reais que seriam destinados à uma obra.

O ex-senador, detentor de grande poder financeiro, após apresentar mais de 30 (trinta) recursos aos tribunais superiores, fez com que o processo contra ele se arrastasse por muitos anos, visto que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se deu somente no ano de 2016 - 24 anos após a condenação em primeiro grau -, quando realmente foi preso pelo delito cometido. (NSC, 2016)

Ou seja, facilmente percebe-se que a suficiência de recursos de alguns, lhes garante diversos “privilégios”, dentre eles, o de esgotar todos os recursos cabíveis no processo penal.

Portanto, o desenlace retirado do caso supramencionado é, o direito constitucional à presunção de inocência é violado quando não se possui recursos financeiros necessários ao pagamento de bons advogados, visto que, por muitas vezes, o pobre é condenado em primeira instância e devido sua condição financeira, não consegue elevar seus recursos perante aos tribunais superiores.

Percebe-se ainda, que a inaplicabilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância é, na prática, utilizada pelos réus mais afortunados, como meios procrastinatórios, a fim de uma eventual prescrição e/ou até mesmo uma possível extinção da punibilidade pela morte do agente delituoso.

Nesse sentido, a imagem concedida à população, é de que o poder judiciário brasileiro é incrédulo, e que os meios não jurisdicionais funcionam de modo mais eficaz, aumentando, assim, a violência.

Ressalte-se que, um argumento também muito utilizado por aqueles que defendem o esgotamento de recursos para o início da execução da pena, é de que posicionamentos contrários servem tão somente para agradar a opinião pública, deixando de lado o verdadeiro senso de justiça.

Nessa esteira, muito bem explanou o Ministro Barroso em seu voto sobre as ADCs 43, 44 e 54, no ano de 2019:

Uma das formas que se tem encontrado para desqualificar os que defendem a manutenção da possibilidade de executar a condenação após o 2º grau é afirmar que se trata de tese para agradar a opinião pública, que constitui populismo judicial ou punitivismo. Essa é apenas uma das faces da intolerância, da inaceitação do outro, da obsessão pelas próprias convicções.

Por oportuno, mister se faz citar o artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, que dispõe o seguinte: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

À visto disso, tratar os posicionamentos contrários à não execução provisória da pena, como meros argumentos com o fim de agradar a opinião pública é, nada mais do que afastar o poder judiciário do restante da população.

A propósito, assim explica, novamente, o Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso:

Quando um cidadão de bem se sente indignado com a morte de uma criança por um tiro de fuzil; com o estupro ou a violência doméstica contra uma mulher; com o grileiro que toca fogo na floresta; ou com o desvio de milhões de reais por agentes públicos corruptos, não é de “opinião pública” que se trata. Nós estamos é diante do sentimento de justiça, que une as pessoas de bem e distingue as sociedades civilizadas das sociedades primitivas.

[...] o juiz não é um ser isolado do mundo, encastelado em uma torre de marfim, intérprete de textos abstratos e indiferente à vida lá fora. Juízes têm o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e capacidade de identificar o sentimento social, passando-o, naturalmente, pelo filtro da Constituição.

Por fim, sobre o subtítulo, vislumbra-se que, o afastamento da prisão em segunda instância é, por muitas vezes, na prática, utilizado somente como meio protelatório pelos réus, em vista da morosidade do nosso sistema judiciário, como exemplificado anteriormente.

Apresentadas a previsão do princípio constitucional da presunção de inocência, as espécies de prisão reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e as dicotomias acerca do momento em que deve ocorrer a prisão definitiva do réu, será tratado, no próximo capítulo, o posicionamento histórico da Corte Suprema, e quais suas consequências para a sociedade.

4 COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VEM SE POSICIONANDO NO DECORRER DOS ANOS ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E QUAIS AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Após detida análise do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade previsto na Constituição Federal, neste terminativo capítulo, tem-se por intenção, verificar se há ou não, possibilidade de executar provisoriamente a pena condenatória em duplo grau de jurisdição, enquanto ainda tramitam eventuais recursos em instâncias superiores.

Para tanto, realizar-se-á um estudo acerca dos posicionamentos da Corte Suprema nos últimos anos, em especial, do *Habeas Corpus* nº 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009, do *Habeas Corpus* nº 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, julgado em 17 de fevereiro de 2016, bem como as ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgadas em novembro de 2019.

Como mencionado alhures, em 2009, o entendimento do STF previu a impossibilidade da prisão após condenação em segunda instância. Já em 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, a Corte Suprema entendeu que a prisão em segunda instância é um mecanismo garantidor da execução definitiva da pena e não fere o preceito constitucional da presunção de inocência. No entanto, ao final do ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir que a prisão em segunda instância deve ser declarada inconstitucional, visto que viola a presunção de inocência concedida ao Réu.

4.1 Da Análise do Entendimento acerca do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG:

Em apertada síntese, o HC 84.078, julgado em 2009, retrata a situação do paciente ter sido denunciado pela prática do delito previsto no artigo 121, §2º, incisos II e IV, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro. O Tribunal do Júri acolheu a tese defensiva de homicídio privilegiado e o condenou a 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Irresignado com a decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, motivo pelo qual o paciente foi levado a novo Júri e acabou condenado a 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, sendo, posteriormente, corrigido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para regime inicialmente fechado, quando do julgamento do recurso de apelação interposto por sua defesa.

Insatisfeito com a decisão supramencionada, o paciente interpôs Recurso Extraordinário e Especial, sendo este último admitido pelo presidente do TJ/MG.

Em decisão posterior, O Superior Tribunal de Justiça denegou o HC, cuja ementa tem o seguinte teor:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A EXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status liberatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Perante a Corte Suprema, a tese aventada pelo paciente questionava se os fundamentos da prisão cautelar eram idôneos ou não e, requereu, ainda, a concessão de medida liminar, a fim de sustar os efeitos da prisão preventiva decretada em seu desfavor.

As fundamentações utilizadas para cerceamento da liberdade do paciente foram afastadas, porquanto, a manutenção de sua prisão passou a ser vista, conforme voto vencedor, como execução antecipada da pena que lhe foi imposta.

Em apanhado, o Ministro Relator do caso Eros Grau, utilizou-se de 03 (três) dispositivos legais, a saber, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o artigo 637, do Código de Processo Penal e o artigo 105, da Lei de Execuções Penais.

No início, o Rel. Min. Eros Grau embasado na Lei de Execuções Penais, argumentou que, para que haja a execução da pena, ainda que de modo provisório, necessário é a certidão de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a qual tem força de título executivo judicial, nos moldes do artigo 164 da mencionada Legislação.

Destarte, para o Ministro, a Lei de Execuções Penais estaria sobreposta ao artigo 637, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, ressaltou, o relator, que as turmas da Corte Suprema vinham interpretando o artigo 147 da LEP diante do Texto Constitucional, ou seja, seria afastada qualquer execução penal antes do trânsito em julgado.

Portanto, sob essa ótica, seria irracional iniciar a execução de uma pena privativa de liberdade enquanto não sobreviesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Rel. Min. Eros Grau ainda fez uma singela comparação às penas que não cerceiam a liberdade do réu: “se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado, com maior razão há de ser coibida a execução privativa de liberdade, indubitavelmente mais grave, enquanto não sobrevier título condenatório definitivo”.

Outrossim, o Ministro ressaltou que a Corte Suprema não pode ser um órgão submetido aos anseios da sociedade, nem por tampouco os meios coercitivos utilizados pela mídia em busca de punições imediatas e mais ríspidas.

Vejamos o voto vencedor:

É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônima, de uma ética - qualquer ética - o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto estamos aqui.

À vista disso, observa-se que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 84.078/MG, restou caracterizado por dar ao princípio abalizado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o sentido literal da presunção de inocência ou não culpabilidade.

4.2 Da Análise do Entendimento acerca do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP:

Poucos anos após o entendimento firmado no HC nº 84.048/MG, a impetração de um novo remédio constitucional desencadeou novos debates sobre a execução provisória da pena após condenação em duplo grau jurisdicional e, ao final do julgamento do HC nº 126.292/SP, a Corte Suprema quedou-se em nova cognição.

A partir de então, até o ano de 2019, a jurisprudência passou a admitir o cumprimento da execução provisória da pena após condenação pelo Tribunal em segunda instância, ainda que interpostos recursos perante a instâncias superiores.

Contudo, o entendimento firmado pela corte no ano de 2016 não é isolado, pois no ano de 1991, no julgamento do HC 68.726/DF, de relatoria do então Ministro Néri da Silveira, afirmou que o princípio constitucional da presunção de inocência não comprometia a execução provisória da pena imposta ao réu.

Pois bem.

O *habeas corpus* em questão foi impetrado em desfavor de decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça que, por 7 votos a 4 deixou de apreciar o pedido liminar constante no

HC 313.021/SP, porquanto, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena, mesmo durante a tramitação de eventuais recursos.

In casu, tem-se que o réu foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito previsto no artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal, tendo em seu favor, o direito a recorrer em liberdade.

Neste petítório, o paciente alegou a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal, visto que o Tribunal de Justiça local determinou sua segregação sem qualquer motivação acerca da necessidade da decretação de prisão cautelar, mesmo passados 03 (três) anos ter sido posto em liberdade, bem como sem que a sentença condenatória tivesse certidão de trânsito em julgado, sendo, portanto, divergente da jurisprudência da Corte Suprema. Requereu, nesse sentido, o direito de recorrer em liberdade.

O Ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292/SP, para dar embasamento jurídico à tese de que a execução provisória da pena estaria de acordo com a Carta Magna, utilizou-se dos seguintes argumentos:

Inicialmente, destacou que, no caso em análise, o TJSP, ao negar provimento do Recurso de Apelação, acabou determinando a imediata execução provisória da pena, não se tratando, portanto, de mera prisão cautelar, e que tal decisão estaria em total confronto ao entendimento do STF, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG, anteriormente elucidado.

Acerca do tema, o saudoso Ministro pontuou:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Adiante, lembrou o julgamento do HC 68.726/DF, e esclareceu que, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pontuou ainda, que os recursos especial e extraordinário não possuem o efeito suspensivo, de modo que a execução provisória da pena, assim como o princípio constitucional da presunção de inocência não estariam comprometidos.

O Relator argumentou também, que o exaurimento acerca do exame de fatos e provas ocorre ainda em instâncias inferiores, momento em que também ocorre a consolidação da responsabilidade penal imputada ao réu, isto é, em seu entendimento, compreende que seria

justificável a relativização e até mesmo a própria inversão do princípio consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Republicana, em razão do juízo de culpa formado a partir da sentença condenatória.

No entanto, é de suma importância memorar que mesmo esgotadas as possibilidades de exames de fatos e elementos probatórios, ainda é extremamente viável que, em instâncias superiores, isto é, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, discussões de matérias de direito, podendo, inclusive, resultar na modificação de julgamento anteriormente proferido.

E, seguindo essa linha lógica, o Ministro Celso de Mello, em voto divergente do relator comentou:

[...] a consagração da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa - independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe seja imputado - há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Seguindo o raciocínio, o Min. Rel. Teori Zavascki esclareceu que durante a pendência de recursos direcionados a instâncias superiores, o princípio consagrado na Constituição Federal (presunção de inocência) não é comprometido e, a fim de corroborar com seu posicionamento, o Ministro recorreu ao Direito Comparado, fazendo referências aos estudos produzidos em países que admitem a execução provisória da pena, ainda que pendente julgamento de eventual recurso em instâncias superiores.

É certo, ademais, que o entendimento adotado pelo Ministro, em utilizar-se do direito comparado, foi fator resultante para diversas críticas, dentre elas, a realizada por Aury Lopes Jr, senão vejamos:

[...] são países que adotam um julgamento colegiado já em primeiro grau, completamente distinto do nosso, cujo julgamento é monocrático (juiz singular), passando pelas diferenças no sistema recursal e desaguando na absoluta diferença do sistema carcerário (sobre isso nem preciso argumentar...). Sem falar na diversidade de políticas criminais e processuais. Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê ao contrário das invocadas a presunção de inocência ATÉ o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável.

Todavia, em período superior a 30 anos da vigência da nossa Constituição Federal, a Corte Suprema, com exceção ao período compreendido entre 2009 e 2016, tem entendido que a

execução provisória da pena, após condenação em segunda instância não fere o direito constitucional da presunção de inocência.

Portanto, em análise acerca do entendimento adotado pela Corte, percebe-se que o majoritário é favorável à execução provisória da pena mesmo durante o trâmite de recursos e, considera que tal medida é extremamente eficaz no combate à corrupção e, assim foi a cognição adotada pelo STF quando do julgamento do HC 126.292/SP que, acabou sendo alterado novamente, no ano de 2019.

4.3 Da Análise do Entendimento adotado Pela Corte no Julgamento das Adcs 43, 44 e 54 e Suas Consequências:

Conforme mencionado alhures, por um período inferior a 4 anos, a Corte Suprema havia adotado a cognição de que a prisão em segunda instância não rompia a presunção de inocência garantida ao réu.

Entretanto, no julgamento recente das ADCs 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir que a prisão após condenação em segunda instância fere integralmente o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

A decisão supramencionada, de certa forma, gerou enormes debates entre juristas e operadores do direito, contudo, não se limitando apenas à essas figuras, visto que a própria população manifestou-se contra e a favor.

Participaram da votação das Ações Diretas de Constitucionalidade, a Min. Rosa Weber, a Min. Cármen Lúcia, o Min. Alexandre de Moraes, o Min. Edson Fachin, o Min. Luís Roberto Barroso, o Min. Luiz Fux, o Min. Gilmar Mendes, o Min. Dias Toffoli, o Min. Ricardo Lewandowski, o Min. Celso de Mello e o Min. Marco Aurélio.

O Ministro Marco Aurélio, relator das ADC's declarou em seu voto que o artigo 283 do Código de Processo Penal está em harmonia à Constituição Federal:

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.

A harmonia, com a Constituição de 1988, do artigo 283 do Código de Processo Penal é completa, considerado o alcance do princípio da não culpabilidade, inexistente campo para tergiversações, que podem levar ao retrocesso constitucional, cultural em seu sentido maior.

No entanto, o Min. Rel. abraçou a ideia de que a prisão após condenação em duplo grau jurisdicional, deve ser declarada inconstitucional e, seu entendimento foi seguido por outros 05 (cinco) ministros, os quais restaram vencedores ao final da votação.

Sob essa ótica, Cretella, 1990, p. 537:

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não cabe mais recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado [...]. Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo.

Já em sentido oposto, o saudoso Min. Luís Roberto Barroso pontuou que a execução provisória da pena não pode ser considerada inconstitucional, bem como referiu-se aos fins sociais visados pela LINDB:

É disso que estamos cuidando aqui: identificar os fins sociais visados pela lei e as exigências do bem comum. Basicamente, determinar se deve prevalecer o interesse do indivíduo condenado em 2º grau em prolongar o processo – sabendo-se que o percentual de absolvição é de menos de 1% – ou o interesse da sociedade de que o crime não compense e que o direito penal possa desempenhar o seu grande papel: o de funcionar como prevenção geral, que consiste em dar o incentivo adequado para que as pessoas não cometam crimes pelo temor fundado de que serão efetivamente punidas se o fizerem.

Pontou ainda, que o entendimento compreendido entre o período de 2016 a 2019, não agravou o problema carcerário, bem como as decisões proferidas por juízes de primeira instância foram mais cautelosas, devido a efetividade da justiça criminal:

Isso demonstra que a nova orientação do STF não agravou o problema do hiperencarceramento. Pode indicar, ainda, que: a) os Tribunais de Apelação, cientes da maior gravidade da sua decisão, que levará o acusado imediatamente à cadeia, tem sido mais cuidadosos no julgamento dos recursos; b) os juízes de primeira instância, cientes da maior efetividade da justiça criminal, diminuíram a quantidade de prisões preventivas decretadas como resposta à falta de efetividade do sistema; e c) houve o efeito de prevenção geral, com a diminuição da prática de delitos.

Assim como o saudoso ministro Luís Roberto Barroso, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia votaram a favor da prisão em segunda instância, porém seus votos restaram vencidos.

No mesmo sentido dos votos vencidos, Mendes, 2015, p. 539 pontua que:

[...] a presunção de constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário.

Portanto, o intuito deste capítulo foi demonstrar que a mais nova decisão do Supremo Tribunal Federal carrega consigo uma enorme insegurança jurídica, visto que, em menos de uma década, a decisão foi alterada por 03 (três) vezes.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar se o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é ferido quando o agente tem sua liberdade cerceada após a condenação em duplo grau jurisdicional.

No primeiro capítulo viu-se que o surgimento do princípio da presunção de inocência deu-se, inicialmente, de maneira positivada, somente no ano de 1789, durante a Revolução Francesa, na Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, em especial, no artigo 9º, da mencionada declaração, sendo que, somente após o término da Segunda Grande Guerra, a presunção de inocência foi também recepcionada pela Organização das Nações Unidas - ONU.

Viu-se, ainda, relacionado ao primeiro capítulo, que a recepção do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico ocorreu antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, porém, de forma tácita. Ademais, verifica-se que o mesmo capítulo aborda que o princípio da presunção de inocência não considera inconstitucional as prisões provisórias existentes em nosso ordenamento jurídico.

No segundo capítulo abordou-se a presunção de inocência junto aos direitos e garantias fundamentais, quais as espécies de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro e as divergências acerca do momento em que deve-se iniciar a prisão definitiva do réu, trazendo ainda, exemplos de meios protelatórios utilizados pelos réus mais afortunados, a fim de postergar a execução definitiva da pena.

No terceiro capítulo intensificou-se a pesquisa sobre o posicionamento ao longo dos anos do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão após condenação em duplo grau jurisdicional, e quais as suas consequências para a sociedade. Viu-se os entendimentos doutrinários e jurisprudencial, os quais se dividem em duas correntes desde o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, no ano de 2009. Analisou-se ainda, os métodos interpretativos, através do qual se obteve que a interpretação atual consiste em reconhecer a ilegalidade da prisão em segunda instância, considerando-a, portanto, inconstitucional.

Ao final, como resultado obteve-se que pelo nosso ordenamento jurídico, a execução provisória da pena após condenação pelo Tribunal de Justiça em 2º grau, deve ser considerada inconstitucional, sobretudo, por tratar-se de um direito fundamental concedido ao réu ao longo dos

séculos. Contudo, denota-se que a divergência existente acarreta em uma insegurança jurídica, tanto ao réu, como ao representante do Ministério Público, bem como à Defesa, visto que em um período inferior a 10 (dez) anos, o entendimento da Corte Suprema sofreu alterações por 03 (três) vezes.

REFERÊNCIAS

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

BARDARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 13 mar. 2020.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 1 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 mar. 2020.

_____. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>>. Acesso em 13 mar. 2020.

_____. **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: 18 mai. 2020.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Disponível em: <<http://migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Disponível em: <<http://migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acessado em: 07 mai. 2020.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Habeas Corpus 84.078 Minas Gerais**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acessado em: 13 mai. 2020.

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

_____. 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 07 mai. 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. ed. Millennium, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

MORAES, Mauricio 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.

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: ARGUMENTOS CONTRA E A FAVOR. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/prisao-apos-decisao-em-segunda-instancia-argumentos-contras-e-favor/>>. Acesso em 3 abr. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 9. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>>. Acesso em 14 mai. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori 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: 14 mai. 2020.

_____. **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
abril, 2020.