

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE
FRENTE A JURISDIÇÃO EM CONTRÁRIO BASEADA EM DECISÕES
CONDENATÓRIAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO**

*Sabrina Frigotto¹
Aldair Marcondes²*

*Recebido em 21/09/2021
Aceito em 23/12/2021*

RESUMO

Apresentando os resultados obtidos com o projeto patrocinado pelo Fundo de Apoio a Pesquisa – FAP, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP, a presente pesquisa analisa um tema de fundamental importância, que é o direito à presunção de inocência assegurada constitucionalmente frente à jurisdição em contrário baseada em decisões condenatórias na segunda instância de julgamento, o que se faz considerando a Constituição Federal como a coluna mestra que sustenta toda jurisdição estatal. Muita discussão será percebida no decorrer deste estudo, que se vê pacificada, neste momento, através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54; contudo, é necessário ficar atento a possíveis abusos. É latente a possibilidade de adoção de entendimento mais gravoso, o que deve ser terminantemente proibido para a correta observância constitucional. Para fins metodológicos, esta pesquisa pode ser classificada como de natureza básica, abordagem qualitativa, objetivo exploratório e bibliográfico do tipo narrativo.

PALAVRAS CHAVE: Constituição Federal; Presunção de inocência; Prisão em segunda instância; Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

**THE PRESUMPTION OF CONSTITUTIONALLY GUARANTEED INNOCENCE
AGAINST JURISDICTION ON THE OTHERWISE BASED ON CONDENATORY
DECISIONS IN THE SECOND JUDGMENT BODY**

ABSTRACT

Presenting the results obtained with the project sponsored by the Research Support Fund – RSF, of Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP, the present research analyzes a topic of fundamental importance, which is the right to the presumption of

¹Acadêmica do curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), campus de Fraiburgo/SC. E-mail: sabrinafrigotto19@gmail.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2968-1607>.

² Professor e Coordenador do curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), campus de Fraiburgo/SC; Aluno do programa de doutorado em Direito Penal (2017) na Universidade de Buenos Aires (UBA - Argentina); Mestre em Desenvolvimento e Sociedade (2019) pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP); Especialista em Direito Penal e Processual Penal (2014) pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), e também Especialista em Meio ambiente, gestão e segurança de trânsito (2005) pela Faculdade Estácio de Sá (SC); Bacharel em Direito (1999) e Bacharel em Ciências Contábeis (1994), ambas pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Advogado criminalista. E-mail: aldair@uniarp.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2989-2316>.

innocence that is constitutionally guaranteed against the jurisdiction to the contrary based on sentencing decisions in the second judgment, which is done considering the Federal Constitution as the master column that supports all state jurisdiction. Much discussion will be perceived in the course of this study, which is now pacified through Declaratory Actions of Constitutionality 43, 44 and 54; however, it is necessary to be aware of possible abuses. The possibility of adopting a more serious understanding is latent, which should be strictly prohibited for correct constitutional observance. For methodological purposes, this research can be classified as basic in nature, qualitative approach, exploratory and bibliographic objective of the narrative type.

Keywords: Federal Constitution; Presumption of innocence; Second instance arrest; Declaratory Actions of Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF), promulgada em 05 de outubro de 1988, conhecida popularmente como Constituição cidadã, no tocante aos direitos e garantias individuais assevera que aquelas mudanças que, de alguma forma, minimizem a sua proteção, não são admissíveis. Alguns desses direitos e garantias estão expressos no art. 5º da própria Constituição, como, por exemplo o inciso LVII, o qual diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Como se pode perceber, o disposto neste inciso vai ao encontro do princípio da presunção de inocência.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal (CPP) de 1941, mostra em seu art. 283 que “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”.

Assim, fica claro que a condenação somente pode ocorrer depois de transcorrido o devido processo legal, isto é, após o trânsito em julgado, que consiste no momento em que todas as instâncias recursais já foram atingidas e esgotadas. Entretanto, tal princípio constitucional foi ferido no ano de 2016 e também em anos subsequentes, quando alguns tribunais superiores decidiram pela execução antecipada, ou seja, a partir da decisão condenatória em segunda instância, o que feriu gravemente a norma maior que rege a República Federativa do Brasil, ou seja, a Constituição Federal.

Estes julgados, explicados minuciosamente ao longo do presente trabalho, sobretudo o habeas corpus 126.292 e os entendimentos que se seguiram a ele, são considerados hoje um inegável retrocesso a justiça brasileira. Todavia, estas convicções alteraram-se com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, as quais vieram negar

a possibilidade de cumprimento antecipado da pena. Assentando assim, de uma vez por todas, a presunção de inocência como a base de um Estado Democrático de Direito.

2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como antecipado, o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Brasileira, prevê expressamente que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ninguém poderá ser considerado culpado. Tal prescrição representa o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, significando que a culpa do indivíduo será somente reconhecida, na seara penal, após transitada em julgado a sentença condenatória (MOTTA, 2019).

É entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que as prisões cautelares não ferem o princípio supramencionado. Isso porque medidas como a prisão preventiva, temporária e em flagrante, por exemplo, não possuem o escopo de prejulgar a culpa do acusado. Não consistem, portanto, em condenação definitiva, mas em medidas tomadas no transcurso processual (MOTTA, 2019).

O habeas corpus 152.752, impetrado por Luiz Inácio Lula da Silva, foi um caso emblemático analisado pelo STF, o qual envolveu debate acerca da presunção de inocência. Lula já havia sido condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (órgão federal de Segundo Grau, o qual abarca os estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina) pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva. O escopo do remédio constitucional era impedir a execução provisória da pena; porém, após análise em plenário, o STF decidiu contra o pedido, denegando a ordem (STRECK, 2019).

Nessa oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes representou voto vencido. Em sua manifestação salientou que o cumprimento da pena de maneira antecipada é cabível somente em alguns casos pontuais, como condenação em segunda instância por crimes de natureza grave, frente a garantia da ordem pública. Para Mendes, o cumprimento de pena só deveria ter início após julgamento proferido pelo STJ (STRECK, 2019).

Outros ministros como Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio acompanharam o entendimento de Gilmar Mendes. Observe-se:

Também no sentido de procedência do pedido de habeas corpus, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski destacou que “a vida e a liberdade não se repõem jamais”, e que a presunção de inocência “representa a mais importante salvaguarda dos cidadãos, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro”. No mesmo sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio, concluindo que a possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado é medida precoce, e a garantia constitucional da presunção de inocência não é letra morta (STRECK, 2019, p. 291).

Permanecendo protegida a presunção de inocência, mantém-se a primariedade do réu até que se estabeleça decisão definitiva acerca de crime ou contravenção. Inconstitucional seria, portanto, qualquer medida embasada em pré-julgamentos acerca da culpa do acusado. Este permanecerá com o nome incólume e fora do chamado rol dos culpados enquanto não for proferida decisão absoluta que o condene (MOTTA, 2019).

3 DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, como também aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios inerentes a elas. O contraditório é entendido como sendo ciênciabilateral, o qual se faz composto por dois elementos, quais sejam, a informação e a reação. A audiência bilateral é indispensável na promoção da justiça, isso porque somente pela soma da parcialidade das partes (tese e antítese), o juiz poderá formar a síntese (NOVELINO, 2018).

De acordo com o art. 5º, LV, da Magna Carta, “aos litigantes, em processo judicial, ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia (LIMA, 2018, p. 54).

O direito à defesa garante o contraditório, isso porque a ampla defesa só se torna possível com o direito à informação, elemento que compõe o contraditório. Observa-se que se tratam de dois princípios semelhantes, mas que não se confundem, onde exige-se que as partes estejam em posições antagônicas, em que uma necessariamente figure na defesa (ampla defesa), havendo entre elas o direito recíproco de se contrapor aos termos ou atos da parte contrária (contraditório) (LIMA, 2018).

A ampla defesa é decorrente do contraditório. Aos indivíduos é assegurada, para a defesa de seus direitos, todos os meios moralmente aceitos e legais. No processo penal, para que haja plena observância dessa garantia, devem ser asseguradas ao acusado tanto a autodefesa quanto a defesa técnica (NOVELINO, 2018).

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a conduta dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2012, p. 111).

A fim de defender a efetividade de tal princípio constitucional, o STF editou a Súmula

Vinculante 14, a qual estabeleceu que no interesse do representado é direito do defensor ter amplo acesso aos elementos de prova já documentados, que digam respeito ao exercício do direito de defesa.

4 DO PODER JUDICIÁRIO

O corolário da separação dos Poderes é a criação de órgãos que desempenhem funções estatais específicas, sendo uma delas a jurisdicional. Possui o escopo de resolver conflitos, e para isso aplica as normas jurídicas ao processo, observando sempre o devido processo legal (BARCELLOS, 2019).

A Carta Magna de 1988 conferiu ao Poder Judiciário uma autonomia nunca antes outorgada por outra constituição federal brasileira. O executivo e o legislativo possuem uma constante relação de entrelaçamento, já o judiciário singulariza-se em relação aos demais poderes (MENDES; BRANCO, 2019).

Sua particularidade não está atrelada ao fato de o Judiciário aplicar o Direito a caso concreto, visto que essa atividade é exercida também pelos demais órgãos estatais. O que o difere, então, é a capacidade de proferir decisão autônoma vinculante em casos de direitos lesados ou contestados (HESSE, 1998).

A função típica do Poder Judiciário é a prestação da tutela jurisdicional que consiste em aplicar a norma (que é abstrata) a um caso concreto, a um litígio (lide) que lhe foi apresentado, dizendo quem tem razão de acordo com o Direito. O ato jurisdicional produz a coisa julgada, a decisão judicial contra a qual não cabe mais recurso, tornando-se imutável. Jurisdição significa “dizer o Direito”, e qualquer cidadão tem direito a esta prestação (art. 5º, XXXV). Além dessa atividade, atipicamente o Judiciário administra e legisla. Administra quando gere sua economia interna (art. 96, I, b a e) e legisla quando cria normas gerais, em determinados casos (art. 96, I, a). Se for utilizado o termo “administrar” no sentido amplo, isto é, abarcando as ideias de “aplicação” e de “administração de si mesmo”, pode-se resumir a função do Judiciário à administração da Justiça, com isto dizendo que ele é o Poder que a aplica e que se autoadministra enquanto desempenha este papel precípua (MOTTA, 2019, p. 714).

É um órgão estratégico da estrutura estatal, pois atos supralegais e lesões à Constituição serão submetidos a este importante Poder. Tudo isso em conformidade com o princípio da inafastabilidade do acesso formal ao Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, o qual prevê que nenhuma ameaça ou lesão a direito será afastada da apreciação pelo Judiciário (PADILHA, 2020).

4.1 Sobre a Estrutura do Poder Judiciário

A estrutura do Poder Judiciário encontra-se descrita nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal, onde já no seu início diz serem órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; II-A – o Tribunal Superior

do Trabalho; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 2018).

Tem-se aí a ordem judiciária do País, que compreende um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal (I); um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça (II); as estruturas e sistemas judiciários (III a VI), e os sistemas judiciários dos Estados (VII) (SILVA, 2006).

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores possuem jurisdição em todo território nacional. Ao STJ cabe a função de aplicador do direito objetivo federal, enquanto os demais Tribunais Superiores atuam como instâncias recursais (MENDES; BRANCO, 2019).

No Brasil a jurisdição encontra-se dividida em Justiça Comum e Justiças especiais. A primeira faz referência à justiça dos Estados e à justiça federal, cuja instância recursal superior é o STJ. Já as justiças especiais compreendem a Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho (MENDES; BRANCO, 2019).

No sistema judiciário pátrio existem basicamente duas ordens judiciárias distintas: a federal e a estadual. A justiça federal por sua vez, pode ser comum e especializada. Esta última compreende a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral. Na justiça estadual prevê-se a possibilidade de justiça militar especializada [...]. As competências da justiça federal estão previstas expressa e taxativamente na Constituição da República, e a competência da justiça estadual é residual (PADILHA, 2020, p. 561).

A Justiça Federal comum é constituída pelos órgãos de primeira instância e pelos Tribunais Regionais Federais. De forma semelhante é a Justiça Estadual, composta pelos órgãos de primeira instância e pelo respectivo Tribunal de Justiça. As Justiças Eleitoral e do Trabalho contam com um adicional, seus Tribunais Superiores. Já a Justiça Militar conta com os órgãos de primeiro grau e com o Superior Tribunal Militar (BARCELLOS, 2019).

O mais comum é que os litígios cheguem primeiramente aos órgãos de primeira instância e alcancem os Tribunais por meio de recursos. Entretanto a própria Constituição prevê também competência originária aos Tribunais, assim sendo, algumas demandas têm origem diretamente neste âmbito (BARCELLOS, 2019).

4.2 Acerca do Processo Jurisdicional

A atuação independente e eficaz do Poder Judiciário encontra atualmente vários entraves. A demanda crescente e o aumento do tempo de tramitação dos processos têm comprometido a celeridade da prestação de serviço jurisdicional. Assim, torna-se fundamental a busca por formas alternativas para resolução de conflitos. Institutos de mediação, conciliação e arbitragem são elementos que contribuem

para a contenção da litigiosidade social e desburocratização do sistema (MENDES; BRANCO, 2019).

Trata-se de uma das formas de resolução de conflitos mais incentivada no direito contemporâneo, dependendo, no entanto, da vontade das partes, nas situações em que lhes é permitida a opção pela arbitragem, abrindo mão do processo judicial. É, nesse sentido, um equivalente jurisdicional, no Brasil regulado pela Lei nº 9.307/1996 (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 6).

O processo jurisdicional visa ser um meio para o fim de guardar os direitos materiais das partes, a fim de resolver conflitos por meio da jurisdição.

Como instrumento estatal de resolução de conflitos, o processo possui compromissos éticos fundamentais, decorrentes de sua função social. O aspecto técnico do Direito Processual deve, portanto, subordinar-se à sua finalidade maior: ser um instrumento de realização da justiça (RODRIGUES; LAMY, 2016).

5 ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Desde o ano de 2009 o Brasil vem enfrentando vários embates acerca da possibilidade de iniciar o cumprimento de pena após condenação em segunda instância de julgamento. Antes do referido ano cabia ao juiz, caso a caso, decidir acerca do início da prisão. Em 2010, ao julgar o *habeas corpus* 84.078-7/MG, o STF decidiu pela primeira vez que a execução da pena teria início somente após esgotados os recursos cabíveis (OLIVEIRA, 2019). Observe-se:

EMENTA: 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. [...]

4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". [...] (STF, HC 84078 / MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJ. 26/02/2010).

Outrossim, novo confronto de ideias deu-se em fevereiro de 2016, quando o STF decidiu em favor da possibilidade da prisão antecipada. Fato este que levou juízes e ministros a tomarem decisões divergentes. Anteriormente, no *habeas corpus* 84.078, o mesmo tribunal havia considerado impossível que a execução da pena tivesse início antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Foi sustentado na oportunidade que a ampla defesa não pode ser

visualizada de modo restrito, pois engloba inclusive as de natureza extraordinária e recursal (CUNHA, 2019).

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.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado (STF, HC 126.292 de São Paulo. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016).

No *habeas corpus* supramencionado (HC 126.292), foi considerado que este entendimento mais gravoso não fere preceitos constitucionais, nem mesmo o da presunção de inocência, visto que o agente já teve a possibilidade de se defender desde a primeira instância. Sustentou-se ainda o argumento de que após o exame do caso por órgão colegiado não há que se falar em presunção de inocência, pois seria apenas uma forma de retardar a execução penal (CUNHA, 2019).

Com a finalidade de resolver o embate gerado pela decisão, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional, pediram que o Supremo discutisse o assunto. Portanto, em outubro de 2016, os Ministros reuniram-se novamente e, por seis votos a cinco, decidiram que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal brasileira não impedia que o condenado em segunda instância já iniciasse nesse momento o cumprimento de pena (OLIVEIRA, 2019).

A denegação do *habeas corpus* do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2018 foi ao encontro do entendimento tomado desde 2016. Tal interpretação perdurou até o ano de 2019, só então o cenário jurídico brasileiro modificou-se.

6 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

Para resolver o embate entre lei constitucional e precedentes jurisprudenciais, os ministros do STF apreciaram três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs: 43, 44 e 54), apresentadas pelo Partido Ecológico Nacional (Patriota), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

As ações pediram que o STF declarasse que o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) é constitucional, ou seja, que ele está de acordo com a Constituição Federal. Segundo o artigo em questão, “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”.

O tema voltou à pauta do tribunal por meio das ADC 43 e 44, nas quais se visava à declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP [...]. Pretendia-se, com isso, evitar os efeitos da decisão tomada no habeas corpus já citado, ou seja, que a prisão se tornasse possível após o julgamento de recursos em segunda instância (CUNHA, 2019. p. 170).

O argumento dos autores da ação baseia-se no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, o qual diz, reiterando, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A apreciação teve início no dia 17 de outubro de 2019 e foi encerrado no dia 07 de novembro do mesmo ano.

6.1. Sustentações Oraís

Muitos doutores sustentaram de forma oral o pedido das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Eles representaram Institutos ligados a Ordem dos Advogados do Brasil e outras instituições que representavam particular interesse nas ações. Entre eles estavam, por exemplo, o doutor Miguel Pereira Neto, que representou o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); doutor Tércio Lins e Silva à frente do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB); André Luiz de Almeida representando a Advocacia Geral da União e como fiscal da lei, o doutor Antônio Augusto Brandão de Aras (STF, 2019a).

Nas ações 43 e 44 o doutor Miguel Pereira Neto foi inscrito para sustentação oral, representando o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Pereira Neto explicou que o objeto das ações trazidas a julgamento era a Declaração de Constitucionalidade do art. 283 do CPP. O alcance da presunção de inocência, norma constitucional fechada, está clara em sua literalidade semântica descrita na CF/1988, no já citado art. 5º, LVII. O STF, segundo o doutor Pereira Neto, põe em risco a supremacia dos direitos e garantias individuais ao realizar interpretação axiológica com relação à clara redação da presunção de inocência que é cláusula pétrea, pois permitir a execução antecipada significa negar sua competência de guardar a Constituição Federal (STF, 2019a).

Ainda de acordo com Pereira Neto, o artigo julgado está em plena conformidade com os dispositivos constitucionais, quando o texto apresenta que ninguém será preso antes do trânsito em julgado, pois esta sentença vem ao encontro do conceito de presunção de inocência. Ele ainda explica o conceito de trânsito em julgado, que é o esgotamento das vias em instâncias recursais. Não há motivos para que a presunção de inocência seja mitigada, pois representa a dignidade da pessoa humana. O não respeito a presunção de inocência ataca mortalmente esse princípio fundamental (STF, 2019a).

A procuradoria geral da república atualmente não atua como acusadora, atua sim como fiscal da lei, para zelar pela incolumidade e inviolabilidade da norma. Isso gera uma expectativa de que a

procuradoria traga luz ao Supremo Tribunal, não que aja de forma arbitrária (STF, 2019a).

Neste diapasão, diante de um cenário de injustiças, sendo os presídios, atualmente, verdadeiras masmorras e fábricas de marginalidade, bem como, por ser a prisão a *ultima ratio*, a pena deve ser cumprida somente após o trânsito em julgado, respeitando a literalidade semântica e única da cláusula pétreia. Não cabe ao STF flexibilizar, relativizar ou personificar os direitos e garantias fundamentais, e com isso tornar letra morta a dignidade da pessoa humana (STF, 2019a).

Para defender a ação declaratória de constitucionalidade número 44, manifestou-se o doutor Tércio Lins e Silva. Ele representou o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) e salientou que a ação não visa atender os anseios de algumas pessoas de classe alta, muito menos deixar impune a corrupção brasileira; ele cita mais uma vez o artigo 5º para fundamentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP (STF, 2019a).

Falou pelas três ações André Luiz de Almeida Mendonça, que representou a Advocacia Geral da União. Para Mendonça a Constituição Federal de 1988 nos autoriza sonhar com um Estado de justiça, pois ela em seu art. 3º, inciso I, diz que um Estado Democrático de Direito precisa ser construído; que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, sendo necessário sair de um Estado de injustiça para construir um Estado de justiça (STF, 2019a).

No âmbito processual isso pode ser definido como os princípios que tornam um processo justo, como o princípio da ampla defesa, do contraditório e o princípio da presunção de inocência, por exemplo. As liberdades individuais não devem ser individualistas ou egocêntricas; a liberdade de ir e vir de um cidadão consiste também em não obstruir a liberdade de ir e vir de seu semelhante. Mendonça ainda citou o art. 5º inciso LIV, a fim de salientar a posição da Carta Magna brasileira acerca da privação de liberdade, ou seja, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (STF, 2019a).

Como fiscal da lei, falou o procurador geral da República doutor Antônio Augusto Brandão de Aras. Ele explanou sua tese sob o aspecto histórico, filosófico e científico, dizendo que a culpa formada judicialmente é mais do que um juízo fortíssimo fundado na presunção de culpa. Não se pode dizer, com base no art. 5º inciso LVII, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória encerra certeza da condição de culpado, tampouco a certeza da condição de inocente. Existem outros meios de revolver fatos e provas, mesmo com uma “condenação” anterior à instauração da ação penal, a partir de indícios de autoria que levem a uma precária e provisória presunção de culpa, como prevê o art. 312 do CPP. Há também medidas cautelares menos restritivas de liberdade, como o uso de tomazeleiras eletrônicas, quando a segurança pública se encontra em risco (STF, 2019a).

O art. 5º, inciso LVII, não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em consonância com

outros dispositivos legais, sobretudo os diretamente referentes a execução da pena como efeito da sentença penal condenatória. O inciso LV do mesmo artigo, diz que são assegurados aos acusados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (STF, 2019a).

6.2 Votos contrários as ações declaratórias de constitucionalidade

Apresentaram posicionamento contrário as ações os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Na visão de Cármen Lúcia, a chance de prescrição do crime aumenta com tantas possibilidades de recurso; o Direito Penal precisa ser eficaz e os crimes não podem passar impunes. O ministro Luiz Fux rememorou, na oportunidade, crimes emblemáticos de ampla repercussão nacional, como o caso de Isabella Nardoni e afirmou que uma mudança de entendimento beneficiaria criminosos perigosos. Para Fux, a presunção de inocência admite prova em contrário e que com a tramitação do processo essa presunção vai sendo mitigada (STF, 2019c).

Luís Roberto Barroso apresentou voto contrário, pois defendeu que não foram os pobres que sofreram o impacto da possibilidade de execução da pena após condenação em segundo grau, não foram eles ainda que mobilizaram os mais brilhantes e caros advogados do país. Segundo Barroso, o STF alterou em boa hora a jurisprudência, já que a demora na punição trouxe uma realidade de impunidade. A prisão somente após o trânsito em julgado possibilitou uma infundável apresentação de recursos protelatórios (STF, 2019c).

Edson Fachin e Alexandre de Moraes tiveram semelhante pensamento sobre o tema, para os ministros, permitir a prisão antes da análise de todos os recursos não fere a presunção de inocência, visto que nas duas primeiras instâncias é que as provas são analisadas, cabendo aos Tribunais Superiores apenas a análise de questões processuais. Esperar recurso após a segunda instância para somente então prender é enfraquecer o judiciário (STF, 2019b).

6.3 Votos favoráveis as ações declaratórias de constitucionalidade

Apresentaram voto favorável às ações os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio.

O ministro Celso de Mello afirmou que é totalmente contra a corrupção; que os indivíduos que praticam tais crimes devem ser sim punidos, entretanto, com respeito ao processo legal. Salientou que o STF, como garantidor da Constituição, assegura a presunção de inocência. Assim, a repressão ao crime não deve ser feita em contrariedade às garantias fundamentais (STF, 2019c).

Gilmar Mendes, no ano de 2016, assumiu posição favorável à prisão em segunda instância, todavia os tribunais passaram a adotá-lo como regra e não como uma possibilidade. Isso, aos olhos do

ministro, deturpou a decisão do Supremo. Por isso, Gilmar adotou diferente entendimento em 2019, contrário à prisão em segunda instância (STF, 2019c).

Para o ministro Ricardo Lewandowski, a presunção de inocência faz parte de uma das cláusulas pétreas da Constituição brasileira que formam o alicerce de todo o ordenamento legal. A lei, segundo Lewandowski, não é uma mera folha de papel que pode ser rasgada sempre que contraria as forças políticas do momento (STF, 2019c).

De acordo com o entendimento de Rosa Weber, são inconfundíveis os conceitos de pena e prisão cautelar. A pena criminal é sanção imposta pelo Estado, legitimada pela sentença condenatória em retribuição a conduta tipificada como criminosa; o fundamento jurídico legitimador da pena não é outro senão a culpa. Segundo a norma expressa da Constituição, esta convicção pode somente irradiar efeitos normativos a partir do momento definido como trânsito em julgado da condenação criminal. O STF é o guardião do texto constitucional e não o seu autor (STF, 2019c).

O ministro Marco Aurélio, relator das ações, apoiou-se ao artigo 5º da Constituição Federal para fundamentar seu voto. Defendeu ainda a soltura dos presos condenados em segunda instância, exceto aqueles em prisão preventiva ou que apresentem risco à sociedade (STF, 2019). Dias Toffoli, presidente do STF, foi o último a votar e decidiu o empate, julgando como procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade (STF, 2019a).

7 ATUAIS PARADIGMAS

É de se esperar que após as votações proferidas em face das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tenha ficado assentado o entendimento acerca do tema. Entretanto, ainda há intenso embate sobre a questão das prisões após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, foram propostas neste ínterim, duas Emendas à Constituição, com o objetivo de driblar o entendimento das ADC's.

7.1. Propostas de Emenda à Constituição 410/2018 E 199/2019

Alex Manente, Deputado Federal do Partido Cidadania (SP), propôs a Emenda à Constituição 410/2018, a qual apresentava uma tentativa de alterar o inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal, que passaria a versar que “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”, ou seja, na segunda instância. A proposta encontrou intensa resistência por parte da Câmara e, por esse motivo, houve a criação da segunda PEC, pelo mesmo deputado. Essa segunda possuía o objetivo de ser apensada ao texto original; medida tomada para oportunizar a aprovação da matéria (OLIVEIRA, 2019).

A PEC 410/2018 foi arquivada devido à grande impopularidade que gerou ao tentar, segundo a oposição e alguns partidos de centro, comprometer o princípio da presunção de inocência, considerado cláusula pétrea. Assim a PEC 199/2019 foi automaticamente desapensada da primeira (BRANDÃO, 2019).

A proposta dessa segunda emenda constitucional pretende alterar os art. 102 e 105 da Constituição Federal, de forma que os recursos extraordinários e especiais se transformem em ações revisionais de competência originária do STJ e do STF. Atualmente, na justiça comum, o julgamento em segunda instância é feito pelo Tribunal de Justiça de cada Estado. Em âmbito federal, a segunda instância é representada pelos Tribunais Regionais Federais. A possibilidade de recurso estende-se, portanto, ao STJ e ao STF (BRANDÃO, 2019).

Para muitos juristas, os recursos especiais extraordinários possuem caráter meramente protelatório, tendo a finalidade de atrasar o cumprimento de pena. Assim, pretende-se limitar a ação revisional para a análise de erros materiais ou formais provenientes do processo, visto que a apuração de provas e constatação de inocência ou culpa ocorre da segunda instância. Com isso, tal ação não impediria a pessoa previamente condenada a iniciar a fase executória da pena (BRANDÃO, 2019).

Devido às duras críticas, foi necessário incluir no projeto que a pretendida mudança passasse a valer apenas para novos processos. Para Sergio Moro, ex-ministro da Justiça, a modificação deveria valer também para casos pendentes; argumentando que o grande número de recursos acaba por sobrecarregar o sistema. Moro também lamentou a falta de empenho do governo em analisar o tema. O projeto encontra-se parado por causa da pandemia da Covid-19, mas os deputados cobram o retorno das atividades da comissão especial que analisa a proposta (FERREIRA, 2020).

O futuro do Brasil no que concerne ao tema da possibilidade ou não de prisão antes de exauridos todos os recursos, ainda é tema incerto dentro do contexto político-jurídico do país. Em um cenário no qual acaba-se por julgar, inúmeras vezes, de forma arbitrária, espera-se que não seja retirada do cidadão a dignidade que lhe é inerente; esta compreendida no direito de recorrer em liberdade até transitado em julgado a sentença penal condenatória, ou seja, após se valer de todos os recursos admitidos no Direito.

8 CONCLUSÃO

Diante do exposto é possível afirmar que o Brasil apresenta um repleto rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais encontram-se os princípios da não culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa. Assim, parece lógico que tais preceitos sejam observados com a finalidade de respeitar os direitos da individualidade. Entretanto, em alguns momentos, os

órgãos julgadores acabam por deixar de cumprir as referidas máximas e julgar de forma arbitrária, como foi o caso do HC 126.292 e dos demais casos que vieram posteriormente a ele, no sentido de mandar à prisão o indivíduo, quando ainda não cessadas todas as instâncias recursais.

No ano de 2009 iniciou-se um intenso debate acerca da constitucionalidade ou não de prisões que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sob esse prisma, com o objetivo de guardar a Constituição Federal e de proteger os direitos individuais e coletivos, existem as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's). Estas possuem o escopo de rediscutir matérias de Direito e decidir se são ou não constitucionais. Nesse sentido, as prisões em segunda instância recursal, ressalvados os casos prescritos em lei, são inconstitucionais, pois não observam os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Essa discussão tornou-se latente no ano de 2019, com a votação de uma série de Ações Declaratórias de Constitucionalidade que acabaram por vedar a mencionada possibilidade. No momento atual ainda perdura este entendimento; todavia, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição 199/2019, que visa trazer novamente à tona o debate acerca desta temática. Espera-se, portanto, que sejam observados os direitos e garantias fundamentais, considerados cláusulas pétreas, e assim, seja preservado o tão estimado Estado Democrático de Direito.

9 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANDÃO, Francisco. Agência Câmara de notícias: Proposta acaba com recursos e permite prisão em segunda instância. **Câmara dos Deputados**, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/615026-proposta-acaba-com-recursos-e-permite-prisao-em-segunda-instancia/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERREIRA, Cláudio. Agência Câmara de Notícias: Proposta que permite prisão após segunda instância enfrenta resistências. **Câmara dos Deputados**, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/703149-proposta-que-permite-prisao-apos-segunda-instancia-enfrenta-resistencias/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federativa da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Caroline Marcelly Dolens de. (In)constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância. **Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo**. Presidente Prudente, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8433/67649606>. Acesso em: 04 nov.2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

STF, HC 126.292 de São Paulo. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016.

STF, HC 84078 / MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJ. 26/02/2010.

STF. Pleno – **Prisão após condenação em segunda instância (1/3)**. 2019a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Iy8N6Be0puk>. Acesso em: 25 jan.2020.

STF. Pleno – **Prisão após condenação em segunda instância (2/3)**. 2019b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8fvdtMX4hPo>. Acesso em: 26 jan.2020.

STF. Pleno – **Prisão após condenação em segunda instância (3/3)**. 2019c. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1pEDCzYJafM>. Acesso em: 27 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.