



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
DEPARTAMENTO DE AGROTECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LUANA VITÓRIA DE LIMA BEZERRA

**PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA
INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DAS AÇÕES
DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE**

MOSSORÓ/RN
2021

LUANA VITÓRIA DE LIMA BEZERRA

**PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA
INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DAS AÇÕES
DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE**

Artigo apresentado ao Curso de Direito como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientador: Prof. Dr. José Albenes Bezerra Júnior

MOSSORÓ/RN
2021

LUANA VITÓRIA DE LIMA BEZERRA

**PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA
INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DAS AÇÕES
DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE**

Artigo apresentado ao Curso de Direito como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

APROVADA EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Albenes Bezerra Júnior (Presidente – UFERSA)

Prof. Msc. Wallton Pereira de Souza Paiva (Primeiro Membro – UFERSA)

Profa. Dra. Denise dos Santos Vasconcelos Silva (Segundo Membro – UERN)

PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal relacionados ao tema da prisão em segunda instância. O problema da pesquisa reside na modulação dos entendimentos e interpretações dados aos artigos 283 do Código de Processo Penal e 5º, LVII, da Constituição Federal. Para isso, o artigo passa a apresentar três objetivos específicos. No primeiro momento, é feito um estudo acerca da construção histórica do Supremo Tribunal Federal, bem como do seu papel enquanto guardião da Constituição. Em momento posterior, é realizado um levantamento histórico sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema da prisão em segunda instância. Para isso, as ações declaratórias de constitucionalidade n. 34, 44 e 54 passam a ser objeto de observação e estudo. Por fim, é feita uma análise do princípio da presunção de inocência à luz dos votos e julgamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. A metodologia da pesquisa é bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Interpretação. Presunção de Inocência. Prisão. Segunda Instância.

IMPRISONMENT AFTER CONVICTION IN THE SECOND INSTANCE: AN ANALYSIS UNDER THE HERMENEUTIC BIAS OF THE STF

ABSTRACT

The main objective of this research is to analyze the votes of the ministers of the Supreme Court related to the theme of second instance prison. The research problem resides in the modulation of the understandings and interpretations given to articles 283 of the Criminal Procedure Code and 5th, LVII, of the Federal Constitution. For this, the article presents three specific objectives. At first, a study is made about the historical construction of the Federal Supreme Court, as well as its role as guardian of the Constitution. At a later time, a historical survey is made about the understanding of the Supreme Court on the subject of second instance arrest. For this, the declaratory actions of constitutionality n. 34, 44 and 54 become the object of observation and study. Finally, an analysis of the principle of presumption of innocence is made in the light of the votes and judgments of the justices of the Supreme Court. The research methodology is bibliographical and documentary.

Keywords: Declaratory Action of Constitutionality. Interpretation. Presumption of innocence. Prison. Second Instance.

INTRODUÇÃO

O tema da prisão após a condenação em segunda instância se tornou um dos assuntos de maior divergência jurídica no país em função do número de vezes em que foi alvo de decisões no Supremo Tribunal Federal. Em um período de aproximadamente dez anos, de 2009 a 2019, por, pelo menos, seis vezes o tema foi debatido entre os ministros em ocasiões diferentes gerando mudanças jurisprudenciais.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43,44 e 54 foram propostas em 2019 pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), atual Patriota (PATRI), pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), respectivamente, em face do art. 283 do Código de Processo Penal em consonância com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, considerado a base do princípio da presunção de inocência, que de acordo com o julgamento da maioria dos ministros nas ADCs restringe a possibilidade de se prender quem foi condenado a pena privativa de liberdade antes de haver o trânsito em julgado da sentença.

Neste contexto surgiram diferentes interpretações acerca do princípio da presunção de inocência e visando entender melhor como um tema aparentemente pacífico desde a promulgação da CF/88 passou a ser amplamente discutido é que se direciona a pesquisa para a análise dos votos proferidos pelos ministros nas ADCs por ter sido este o julgamento mais recente sobre o tema até a presente data.

Dessa forma, busca-se entender quais foram os principais argumentos utilizados pelos ministros em suas interpretações dos artigos mencionados acima e fazer uma análise crítica sobre eles. Assim como também compreender a importância da Suprema Corte nesses momentos de profunda discordância interpretativa constitucional.

Intenciona-se, portanto, tratar a problemática do presente trabalho por meio da teoria produzida por pensadores da área jurídica, explorando pesquisas doutrinárias, artigos científicos e os posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, pretendendo-se, assim, analisar o entendimento de cada ministro em seus votos.

Para tanto, o trabalho está dividido em capítulos que abordam a atuação do STF como guardião constitucional, as mudanças de jurisprudência da Corte sobre a prisão após a condenação em segunda instância e quais as maiores divergências entre os ministros sobre o princípio da presunção de inocência.

Após realizadas as considerações iniciais, o primeiro ponto faz uma análise sobre como se deu a formação do STF no Brasil, apontando a elaboração da hermenêutica e

interpretação constitucional e ainda atentando para a percepção que a sociedade tem sobre o STF como sua Corte Constitucional, considerado a última instância do Poder Judiciário.

O capítulo seguinte estabelece uma linha do tempo sobre o assunto observando os entendimentos existentes sobre o assunto desde a Constituição de 1988 até o julgamento das ADCs, fazendo, dessa forma, uma comparação com os entendimentos atuais.

Em seguida, apresenta-se a análise crítica dos votos proferidos selecionando os principais argumentos de cada um dos ministros, os favoráveis e os contrários a prisão após a condenação em segunda instância.

Por fim, encerra-se a este trabalho com as considerações finais sobre o tema, concluindo pela inadequação do resultado final do julgamento, em virtude da verificação das justificativas utilizadas pelos ministros e da atual realidade jurídica e social do país.

1. ATUAÇÃO DO STF COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

O Supremo Tribunal Federal é o responsável por defender a Constituição e manter a ordem jurídica nacional. Para isso, os ministros que compõem o tribunal interpretam as normas de forma a significar os princípios e valores que envolvem a Lei Maior. Ao longo da história tem sido debatida qual seria a melhor forma de se obter esse controle constitucional. Até que as cortes constitucionais assumiram o protagonismo dessa área na maioria dos países democráticos formalizando a hierarquia do Poder Judiciário. Considerando esse aspecto de desenvolvimento da Justiça no decorrer dos anos observaremos no tópico seguinte como o STF alcançou a posição de última instância na organização do judiciário brasileiro.

1.1 Aspectos históricos da organização do STF no Brasil

O Poder Judiciário no Brasil passou por uma formação histórica até que chegasse à organização atual do Supremo Tribunal Federal, a corte transcorreu por diversas fases para que se estabelecesse nos moldes em que conhecemos hoje. Inicialmente a partir do momento em que a família real portuguesa passou a habitar em território brasileiro, motivados pela iminente invasão das suas terras pelas tropas de Napoleão, o príncipe-regente D. João passou a instituir diversas medidas para que fosse possível continuar governando no Brasil após a interrupção da comunicação com Portugal. Dentre essas medidas, em Alvará Régio no dia de 10 de maio de 1808, ele “regula a Casa da Suplicação e dá providencias a bem da administração da Justiça”¹, sendo este o marco histórico do primeiro órgão de cúpula de Justiça no Brasil.

Já com o Governo Provisório da República, através do Decreto n. 848, surgiu o Supremo Tribunal Federal nos termos da Constituição Republicana de 1891. Se durante o período do Império (1822-1889) não houve mudança significativa com relação a estruturação judiciária – com a presença da monarquia no Brasil – a partir da chegada da República profundas alterações foram notadas. Segundo Leonardo André Paixão “A mudança mais clara foi o desaparecimento do Poder Moderador, que cabia ao imperador, com a consequente busca de um novo equilíbrio entre os três outros ramos do poder, de modo que nenhum pudesse preponderar sobre os demais.” (2007, p. 114). Dessa forma, o Brasil passa a adotar o sistema de governo presidencialista e representativo oriundo dos regimes democráticos no padrão

¹ BRASIL Leis etc. Coleção das Leis do Brasil de 1808. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 23-26.

estabelecido por Montesquieu², através do qual os poderes do Estado deveriam coexistir independentes e harmônicos entre si.

Neste contexto surge o desafio para os ministros do Supremo Tribunal da época exercerem suas funções de acordo com o que foi estabelecido pela Constituição, pois conforme coloca Leonardo Paixão (2007, p. 122) nos primeiros anos da vida republicana houve muita desordem deixando a corte em situações difíceis nas quais era necessário provar a sua importância para o equilíbrio das instituições. Sobre o assunto ainda acrescenta o autor:

Por todos esses motivos – precariedade das instalações físicas, alta rotatividade na composição da corte, e mentalidade de muitos ministros formada sob as instituições imperiais, com dificuldade de adaptação às funções pretendidas pela constituição republicana – o Supremo Tribunal Federal esteve, em um primeiro momento, aquém do que dele se esperava. (PAIXÃO, 2007, p. 127)

Dando um salto histórico para a Carta de 1988, o Supremo consegue se estabelecer de forma mais enfática como sendo o órgão de defesa dos direitos estabelecidos pela própria Constituição. O Tribunal agora mantém sua relevância tanto pelo o que lhe é reservado pela Lei enquanto cúpula do Poder Judiciário quanto pela observação atenta dos demais juristas e da sociedade como um todo sobre as suas decisões.

A partir do momento em que a Constituição é estabelecida como um documento de alta complexidade e necessário para o bom funcionamento da ordem social se torna unânime a compreensão da inevitabilidade de haver um guardião constitucional em última instância. A consolidação do STF como esse guardião se ampara na crescente necessidade de haver segurança jurídica e uma lógica bem estabelecida em todo o ordenamento nacional. Valterlei A. da Costa argumenta da seguinte forma:

A constituição, assim, precisa de um garantidor, ou seja, de quem aplique a norma de garantia, invalidando a norma posta pelo legislativo, para que tenha um mínimo de eficácia, para que o procedimento e o conteúdo das leis predefinidas sejam respeitados. E com isso passamos a precisar de um outro sujeito que não o próprio legislativo, haja vista que poderia ser comprometida a eficácia da Constituição se ele ficasse encarregado de verificar a correção de sua ação normativa. (COSTA, 2020, p. 32)

² “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, livro XI, capítulo VI, p. 169).

É a Constituição que nos indica como se dará a organização do Estado, a separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, assim como também estabelece os princípios que determinarão a manutenção desse sistema. Ter um órgão de justiça supremo que esteja sempre a postos para defender a ordem constitucional se tornou uma garantia de segurança para todos os indivíduos que compõem a sociedade. As leis não são apenas um fim em si mesmas, mas um meio pelo o qual nos organizamos enquanto seres humanos que convivem em um mesmo território. Portanto, a manutenção da ordem jurídica é uma salvaguarda para a melhora da harmonia social, e uma das formas pela qual o Supremo se consolidou exercendo essa função é o controle de constitucionalidade que passaremos a analisar no tópico a seguir.

1.2 A hermenêutica e a interpretação constitucional

O controle de constitucionalidade realizado por um órgão jurídico tal como conhecemos hoje surge pela influência do constitucionalismo americano no célebre caso de *Marbury v. Madison*³, muito em decorrência do estabelecimento das constituições rígidas, o que gerou o “reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania” nas palavras do autor Paulo Bonavides (2004, p. 296).

A partir desse entendimento da necessidade de haver o controle de constitucionalidade para que seja assegurada a supremacia das normas constitucionais, um dos principais meios para que isso aconteça é a interpretação dos dispositivos presentes na Carta, que por diversas vezes, abrem margem para diferentes posicionamentos em função do resguardo de direitos que podem se contrapor em alguns casos concretos e com a legislação infraconstitucional, assim surge a importância da hermenêutica no ato de guarda da Constituição. De acordo com Rodrigo Padilha (2020, p. 176), “A hermenêutica é a ciência que concede ao jurista, pesquisador,

³ Sobre o julgamento esclarece Luís Roberto Barroso: “Duas das primeiras Constituições escritas do mundo – a americana, de 1787, e a francesa, de 1791 – deram origem a dois modelos de constitucionalismo bastante diferentes. No modelo francês, que se irradiou pela Europa continental, a Constituição tinha uma dimensão essencialmente política, não comportando aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. O grande princípio era o da supremacia do Parlamento, sendo que as leis não eram passíveis de controle de constitucionalidade. Já o constitucionalismo americano, ao menos desde de *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, caracterizou-se pelo reconhecimento de uma dimensão jurídica à Constituição, com a possibilidade de sua aplicação direta e imediata por todos os órgãos do Poder Judiciário. O grande princípio aqui, desde o começo, foi o da supremacia da Constituição, em que juízes e tribunais, e especialmente a Suprema Corte, podiam exercer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, deixar de aplicar as normas que considerassem incompatíveis com a Constituição. Antes de meados do século passado, supremas cortes ou cortes constitucionais com poderes para aplicar diretamente a Constituição e invalidar leis com ela incompatíveis eram uma raridade.” (BARROSO, 2020, p. 486 – 487).

administrador ou estudante parâmetros suficientes que permitem interpretar a norma, retirar do texto positivado tudo o que ele contém.” Enquanto a interpretação jurídica conforme Luís Roberto Barroso (2020, p.264), “consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas.”

Diante dessa conjuntura de conflitos é notável que em algumas situações práticas a lei não fale por si só, necessitando que haja um complemento interpretativo, que irá proporcionar a legitimação da norma no ordenamento jurídico ou em um caso concreto. É uma característica das constituições que a linguagem seja colocada de modo aberto, com conceitos jurídicos que não se limitem a um único significado, pois dessa forma a Carta Magna de um país poderá dialogar com a mutação da realidade social sem que precise ser modificada ou mesmo substituída a cada nova mudança. A principiologia ganha um peso especial nesses momentos revelando a importância de se estabelecer de forma incisiva essa relação dos princípios com a lei.

Neste mesmo sentido são os ensinamentos do professor Paulo Bonavides:

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem claridade sobre o entendimento de questão jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas. (BONAVIDES, 2004, p. 259)

A aplicação prática desses princípios poderá ser observada na análise dos votos proferidos pelos ministros enquanto julgavam as ADCs n. 43, 44 e 54. Mas, por enquanto, é interessante visualizar julgamento do próprio STF em que se estabelece essa responsabilidade interpretativa sobre não apenas os aspectos jurídicos das normas constitucionais e infraconstitucionais, mas também a sua interação levando em consideração os aspectos políticos e consequentemente sociais, pois na divisão dos Poderes, cabe ao Supremo pôr fim a discussão delimitando o significado das normas através da interpretação constitucional, dessa forma, decidiu o STF sobre o tema:

[...] O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. (...) A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 1. O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação

constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. 2. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. 3. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (STF, MS 26603/DF, Pleno, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 04/10/2007, publicação DJe 241 de 19/12/2008)

Indo um pouco mais além quanto a essa questão do alcance da interpretação das normas, o ministro Luís Roberto Barroso (2020, p. 267) acrescenta que “De fato, além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política.”

Em vista disso, a interpretação realizada pelo Supremo permite que novos significados sejam dados a uma mesma norma em função da modificação de aspectos políticos e sociais. Enquanto o Poder Legislativo trabalha na criação das leis determinando o sentido das normas unicamente através da redação dada ao dispositivo, o Judiciário pode ressignificar esse sentido ao interpretar a lei em diversos momentos, porém devendo se ater a essência do que foi pretendido no momento de criação.

1.3 A importância da atuação do guardião da Constituição e a percepção social

Observado como a interpretação constitucional se relaciona com a manutenção da ordem jurídica no país, importa refletir acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição destacando o envolvimento social nas decisões proferidas pelos ministros da Corte, afinal através da tarefa de interpretação é ditada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de todas as demais leis que compõem o ordenamento jurídico, o que está diretamente ligado com o que nos é permitido ou não no nosso dia a dia.

Considerando o Direito como uma força viva, Paulo Bonavides (2004, p. 298) constata que “As Constituições existem para o homem e não para o Estado; para a sociedade e não para o Poder” e justamente por isso que a colocação de um único órgão detentor de toda a supremacia interpretativa traz consigo alguns desafios. O atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso, apresenta essa preocupação ao afirmar que “[...] agente públicos não eleitos, como juízes e

ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária.” (2020, p. 482).

Ainda nesse mesmo sentido afirma o jurista Paulo Bonavides:

Mas, por outra parte, o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes. (BONAVIDES, 2004, p. 297)

Variados podem ser os exemplos de como uma interpretação constitucional pode gerar animosidade entre indivíduos que defendem posicionamentos divergentes. O caso que abordamos neste trabalho, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, segue sendo motivo de discórdia entre juristas, estudantes e até mesmo pessoas de fora do “mundo do Direito”. Fato é que o Supremo Tribunal Federal é quem detém em última instância a decisão sobre o tema, mas isso não impede que haja uma percepção social, seja favorável ou não, com relação ao que foi decidido. O ministro Luís Roberto Barroso se expressou da seguinte maneira na ADC 43 julgada em 2019:

Numa democracia, todo poder é representativo. Ninguém exerce poder em nome próprio ou interesse próprio. Todo poder, em uma democracia, é exercido em nome e no interesse da sociedade. Assim o é porque isso é que é democracia. [...]. Primeiro, 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 obrigatoriamente pelo filtro da Constituição. (BARROSO, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurelio. Inteiro teor do acórdão, p. 104)

Isso porque o Direito é o que rege a sociedade, por ser um dos pilares da formação social possui uma grandiosa força perante todos os indivíduos, em sua soberania a Constituição “dita as regras do jogo da vida” e por ser seu guardião, o STF dispõe sobre a “distribuição e significação das cartas”⁴. Renata Torri Saldanha analisa em artigo da seguinte forma:

Na realidade, o sentimento constitucional tem uma forte carga histórica e cultural. Assim, o Direito também é luta. A essência do constitucionalismo é a busca do homem político pela limitação do poder. Por isso, no pano de fundo de uma Constituição estão presentes sempre elementos políticos, sociais, e até mesmo filosóficos. (SALDANHA, 2018, p. 200)

⁴ Acrescentando as seguintes informações sobre o assunto: “[...] a Constituição é dotada de supremacia e os atos dos outros Poderes que sejam incompatíveis com ela podem ser invalidados por um tribunal. Como se sabe, sob inspiração de Hans Kelsen, a Constituição da Áustria, de 1920, previu um órgão específico, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário, para desempenhar o controle de constitucionalidade. Porém, foi com a implantação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, que este formato de prestação de jurisdição constitucional se difundiu pelo mundo. Hoje em dia mais de 80% dos países atribuem a cortes supremas ou a tribunais constitucionais o poder de invalidar legislação incompatível com a Constituição.” (BARROSO, 2020, p. 488).

Por haver todos esses elementos envolvidos torna-se ainda mais importante a função de ser o guardador da Lei Maior. A essência de todo o Direito é posta na Constituição e na ideia de hierarquia desta com as demais leis e do STF com os demais órgãos de Justiça. Nesse sentido observa novamente o ministro Luís Roberto Barroso na continuação do seu voto na ADC 43:

[...] juízes constitucionais têm uma autocompreensão de qual a sua missão institucional, de qual o seu papel na vida do país, de qual a melhor forma de realizar os valores constitucionais. Se violência, corrupção e impunidade são mazelas do seu tempo, ao lado da desigualdade extrema - eu quero acrescentar -, cabe ao juiz, sim, participar do esforço coletivo para enfrentar esses males, dentro da Constituição e dentro da lei.

Por fim, uma última observação: o Supremo Tribunal Federal é o intérprete final da Constituição, mas não o dono dela, tampouco o seu intérprete único. A definição do sentido e alcance da Constituição cabe também à sociedade como um todo. Com as cautelas próprias, com os filtros adequados, não se deve ter arrogância de se achar proprietário da Constituição, com o poder de excluir a cidadania do acesso a ela. Não preciso relembrar aqui o que ocorre com o prestígio e a credibilidade de uma instituição que repetida e prolongadamente frustre as demandas legítimas da sociedade. (BARROSO, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurelio. Inteiro teor do acórdão, p. 104-105)

Ainda que tenhamos críticas pontuais a serem feitas, preocupações como as citadas acima do ministro Barroso e divergências sobre a real legitimidade de um órgão composto sem a consulta popular, a instituição do Supremo se pauta no respeito a Constituição e na aplicação da Justiça em sua melhor forma possível. Assim é o pensamento do professor Paulo Bonavides a respeito:

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis. (BONAVIDES, 2004, p. 301)

Dessa forma, destaca-se a importância das cortes constitucionais para o bom desenvolvimento das democracias, pois uma vez “promulgada a Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional” (BARROSO, 2020, p. 266). A defesa da Constituição é, portanto, a defesa da vontade popular. E sendo o STF o órgão encarregado dessa função é de igual importância manter a sua soberania e o seu bom funcionamento. Leonardo Paixão (2007) lista uma série de argumentos para a legitimação das cortes constitucionais, entre eles a consagração do sistema de freios e contrapesos, a proteção dos direitos das minorias, o pluralismo na composição do perfil dos juízes, a tradição de um tribunal constitucional, entre outros. Por todos esses motivos o Supremo demonstra sua relevância institucional para a manutenção do estado democrático de direito.

2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A prisão após a condenação em segunda instância envolve dispositivos constitucionais e a legislação contida no Código de Processo Penal. Em um período de dez anos a jurisprudência sobre esse tema foi sendo modificada através de decisões proferidas pelos ministros do STF. Inicialmente, com o ministro Eros Grau, no ano de 2009, se estabeleceu a proibição da prisão nessas circunstâncias, que até então era permitida. Em 2016 é proferida nova decisão voltando a aceitar a prisão após a condenação de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Após isso, já em 2019, foram julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº43, 44 e 54, nas quais a maioria do Supremo entendeu novamente que a prisão só poderia ser executada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em virtude dessas mudanças de interpretação em um curto período de tempo, sem que houvesse alteração legislativa expressiva, traçaremos a seguir uma breve linha do tempo visando entender as principais argumentações para essa diferenciação jurisprudencial.

2.1 Da constituição de 1988 até a decisão em 2009

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 88 estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Este dispositivo revela o conceito básico do princípio da presunção de inocência que norteia o debate acerca da prisão após a condenação em segunda instância. Os direitos e garantias fundamentais que constam no Título II da Carta Magna revelam uma preocupação especial dos constituintes em preservar as liberdades individuais, visto que o Brasil vivia o seu período de redemocratização após os vinte e um anos de regime militar⁵.

A grande questão constitucional geradora de toda a discussão sobre o tema é se a prisão de alguém que foi condenado por um crime em grau de segunda instância ferirá a presunção de inocência deste indivíduo, uma vez que ainda haja a possibilidade de recorrer da sentença condenatória em instâncias superiores. O Código de Processo Penal, por sua vez, no art. 283, em sua redação atual dada pela Lei nº 13.964/2019, diz que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,

⁵ Sobre esse assunto: “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.” (BARROSO, 2020, p. 239-240).

em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” Também em referência ao princípio da presunção de inocência este artigo amplia o debate ao estabelecer tais requisitos para a efetuação da prisão.

Por diversas vezes o presente tema foi alvo de decisões nas turmas do STF. O mencionado inciso LVII, do art. 5º, da Constituição foi entendido na maioria das vezes, em consonância com a legislação infraconstitucional, no sentido de não haver qualquer conflito entre o princípio defendido pela Carta Constitucional e a concretização da prisão do condenado em segunda instância. Mesmo a CF/88 com seu viés garantista, modelo típico das “Constituições promulgadas após o segundo pós-guerra, que procurava remarcar a sua primazia na nova ordem.” (BARROSO, 2020, p. 385), era interpretada de maneira a permitir a prisão nas circunstâncias citadas.⁶

Neste sentido no ano de 2009 houve a primeira grande virada de jurisprudência através do *Habeas Corpus* 84.078 impetrado no STF em favor do réu Omar Coelho Vitor, que havia sido condenado em segunda instância pelo crime de tentativa de homicídio qualificado e teve sua prisão requerida para iniciar o cumprimento da pena de sete anos e seis meses de reclusão. Por sete votos a quatro o *HC* foi deferido se pautando principalmente na proibição da nomeada “execução antecipada da pena” entendida pela maioria dos ministros na época como uma afronta ao princípio da presunção de inocência. O relator do caso, ministro Eros Roberto Grau, argumentou da seguinte forma, que foi exposta na ementa do caso:

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. 1. [...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.20/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a 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. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da

⁶ “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.” (BARROSO, 2020, p. 239).

conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF – HC 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/09/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Nas ADCs julgadas em 2019 alguns ministros relembaram esse julgamento para defenderem as suas interpretações. Alexandre de Moraes observou que:

É importante ressaltar que, durante os 31 anos de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 24 anos. Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje. Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado. (MORAES, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurelio. Inteiro teor do acórdão, p. 55-56)

O professor Paulo Bonavides (2004, p. 375) afirma que “Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas.” Por ser tratado como um direito fundamental pela CF/88 o princípio da presunção de inocência faz parte da base democrática do Estado, embora, pela lógica, possa ser restringido em algumas situações. Luís Roberto Barroso (2020, p. 525) coloca que “Como intuitivo, a eventual oponibilidade de um direito fundamental à vontade da maioria pode gerar tensões no âmbito do constitucionalismo democrático. Tensões entre constitucionalismo e democracia.” Dessa forma, cria-se o embate em torno da busca pela melhor interpretação desse direito fundamental para que se coadune o respeito pela letra da Lei com a vontade popular.

2.2 A restauração da jurisprudência original em 2016

No ano de 2016 uma nova maioria no Supremo Tribunal Federal decide que o réu poderá ser preso depois de condenado por um Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, ou seja, após a confirmação da condenação em segunda instância. Essa decisão surge a partir do *Habeas Corpus* 126.292, que provocou o STF a se pronunciar mais uma vez sobre o assunto quando Márcio Rodrigues Dantas, condenado por roubo qualificado com pena de cinco anos e

quatro meses, recorreu ao TJ/SP que negou provimento e determinou a iniciação da pena. Com novo *HC* impetrado no STJ o Ministro Presidente do órgão também indeferiu o pedido da defesa, chegando ao Supremo o referido HC, tendo por relator o ministro Teori Zavascki, que determinou o cumprimento da pena, ficando o processo com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatória proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas Corpus* denegado. (STF, HC 126.292)

Essa decisão gerou uma verdadeira reviravolta no entendimento da questão, pois a discussão ocorrida no Supremo causou grande repercussão na sociedade “além de diversas associações de juízes e magistrados, interessados na repercussão prática e, por que não dizer, política desta decisão” (VIEIRA, 2018, p. 65). A eficiência do judiciário, a efetiva punição daqueles que cometeram crimes – sobretudo dos chamados crimes de “colarinho branco” – e a sensação de segurança e justiça sempre foram alguns dos assuntos que acompanharam o debate sobre a possibilidade de se permitir a prisão. Portanto, a questão se tornou algo muito além da simples interpretação da letra da lei com argumentos jurídicos, e “o avanço das ações policiais capitaneadas pela operação lava jato, amplificada pelo apoio midiático, impulsionavam ainda mais o desejo pela eficiência do judiciário” (VIEIRA, 2018, p. 65) naquele período.

Carlos Henrique Souza Rabelo comenta o seguinte:

A ideia de ético e justo varia com o tempo, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou o entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já no HC nº 126.293 se propõe uma nova mudança, tendo em vista o impacto traumático da realidade que se criou após a primeira mudança de orientação. (RABELO, 2018, p. 50-51)

Neste sentido o ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do mencionado *HC* em 2016, demonstra certa preocupação com a negativa da prisão após a condenação em segunda instância a partir de 2009, tendo em vista principalmente a quantidade de recursos que são permitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim segue o ministro:

Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um *habeas corpus*, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite. Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça. (STF, HC 126.292)

Os ministros que foram contrários ao relator focaram suas argumentações na segurança jurídica ao demonstrar inquietação sobre a virada jurisprudencial em pouco tempo e ainda atentaram para o princípio da presunção de inocência como sendo uma forma de limitação para a persecução penal do Estado, que deveria ser adiada até a confirmação completa da culpa em última instância. Assim, os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Rosa Weber foram os votos vencidos na decisão.

Sobre o argumento da segurança jurídica o professor Ives Gandra acrescenta:

Hart, em seu famoso livro *The concept of Law* em 1961 (Ed. Clarendon), declara que ‘direito é aquilo que a Suprema Corte diz que é’, pois, a segurança jurídica só se obtém pela certeza da decisão judicial na aplicação da Lei. E, no controle concentrado (ações diretas, declaratórias, de descumprimento de preceito fundamental ou repercussão geral) a decisão tem efeito impositivo sobre as Instâncias inferiores e sobre a administração pública em geral. (GANDRA, 2019, p. 204)

O impacto das mudanças jurisprudenciais do STF é sentido em todo o ordenamento jurídico. As decisões do Supremo, por sua superioridade, são seguidas por todos os órgãos inferiores de justiça. Já no ano de 2017 é possível encontrar decisão do STJ no sentido jurisprudencial do *HC* de 2016:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO MAJORADO. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA CORTE A QUO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS EVIDENCIADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA IMPOSTA. POSSIBILIDADE. 1.O Superior Tribunal de Justiça, na linha do entendimento firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento das ADC MC/DF n. 43 e ADC MC/DF n. 44, tem admitido a execução provisória da pena, após o esgotamento do segundo grau de jurisdição. Precedente. 2. Ordem denegada com a ressalva do entendimento pessoal do relator. (HC 406.384/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017).

Assim também se manteve em 2018 quando houve o julgamento do *Habeas Corpus* 152.752 perante o STF, referente ao caso do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, em que se tentou impedir a prisão decretada pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região alegando que a execução da pena nessas circunstâncias seria não uma obrigação, mas apenas uma possibilidade a ser avaliada em cada caso, porém a maioria se manteve fiel a jurisprudência firmada no ano de 2016, mantendo a prisão do condenado em segunda instância. No mesmo sentido da defesa do réu foi a mudança de posicionamento do ministro Gilmar Mendes quando julgou o *HC*:

Assinalo, pois que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores ‘automaticamente’, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida. (STF, HC 152.752)

Mesmo com a mudança de entendimento do ministro Mendes manteve-se o posicionamento já firmado na Corte e o ex-presidente continuou preso. Drailton Ferreira Vieira analisa a situação da seguinte forma:

Como se pôde ver, os Ministros expuseram seus votos através não apenas de argumentos jurídicos propriamente ditos, mas também através de considerações meta-jurídicas, sobretudo, quando entronizavam no debate a necessidade de se dar uma resposta efetiva à sociedade no que diz respeito ao combate à corrupção e à efetividade do poder judiciário na punição aos que cometem atos delituosos e que precisam de uma resposta célere do poder judiciário. (VIEIRA, 2018, p. 95)

Apesar dessa retomada e manutenção da jurisprudência original do STF, a Corte analisa novamente o tema, agora de forma definitiva através das ADCs, julgadas no ano de 2019, que mais uma vez modificou o entendimento sobre a prisão após condenado em segunda instância, como veremos a seguir.

2.3 O julgamento das ADCs em 2019

Em novembro de 2019 a Suprema Corte decide pela impossibilidade de ser permitido o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória através do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, propostas respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), atual Patriota (PATRI), pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

As ações têm como base o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que na época do julgamento possuía a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Alegam no mérito que o mencionado artigo revela o alcance do princípio da não culpabilidade e que a detenção, para fins de cumprimento da pena, antes do trânsito em julgado concretiza caso de prisão que não é prevista na legislação, o que acaba por agravar a condição já precária das unidades carcerárias do país. A OAB aponta em sua petição a insegurança jurídica gerada pela decisão do *Habeas Corpus* 126.292, e que a sentença não se pronunciou sobre a mudança de redação do art. 283 do CPP dada em 2011, exigindo, portanto, a retomada do entendimento anterior que proíbe a prisão. Drailton Ferreira Vieira acrescenta sobre o tema:

A pressão exercida pelas ADC'S fez com que de fato fosse questionada a mudança de entendimento da corte em relação ao início de cumprimento da pena. O julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade teve um percurso bastante tempestivo no tribunal. O relator das ações foi o ministro Marco Aurélio Mello, que deu parecer

favorável, solicitando que a corte revisse o seu entendimento, fazendo com que retomasse a decisão proferida no HC 84.078/2009. (VIEIRA, 2018, p. 87)

Nesse sentido é possível observar como o momento político do país interfere nas decisões da Suprema Corte e vice versa. Isso porque até serem julgadas de fato em 2019, desde que foram propostas, em 2016, as ADCs geraram uma grande expectativa em toda a sociedade, muito em virtude da possibilidade de soltura do ex-presidente Lula. Apoiadores e críticos do político buscaram seus argumentos jurídicos para defender a tese que melhor se adequaria aos seus desejos pessoais.

Ives Grandra (2019) defende que as duas teses possuem consistência analisando primeiro que: o trânsito em julgado ao implicar a presunção de inocência até que esse evento ocorra não pode determinar a execução prévia da pena, afinal “como um inocente pode ser preso, como culpado, sendo ainda inocente?”. Em contrapartida aos defensores da tese contrária também não faltam argumentos, pois, na mesma legislação é possível encontrar, pelo menos, três fundamentos principais que justificam a permissão da prisão, sendo eles:

1) a possibilidade de recorrer-se a quatro instâncias (1ª, 2ª, STJ e STF) leva muitos processos à prescrição da pena pela lentidão da justiça; 2) nas duas primeiras instâncias é que se discute toda a matéria fática; 3) os tribunais superiores (STJ e STF) só reexaminam questões jurídicas e não mais matérias de fato, salvo fatos novos, relacionada aos processos, com o que o reexame não impediria a aplicação da pena pela última instância em que toda a matéria fática pode e deve ser reexaminada. (GANDRA, 2019, p. 204)

Em meio a esse contexto o Supremo Tribunal Federal analisa o mérito das ações a fim de finalmente estabelecer uma jurisprudência sólida sobre o assunto do modo como é determinado pelo nosso sistema jurídico que, por sermos uma democracia constitucional, permite a flexibilização do debate, gerando pontos de vista antagônicos sobre uma mesma situação. Drailton Ferreira Vieira (2018) afirma ser um dos grandes desafios da contemporaneidade é manter esse diálogo entre a pluralidade existente na sociedade, o que “se traduz na tensão entre liberdade e igualdade”.

Os julgamentos dos diversos *Habeas Corpus*, brevemente comentados neste trabalho, que ensejaram as mudanças jurisprudenciais nos informam como são complexos os mecanismos que ligam a justiça, a política e o direito. A possibilidade de conformidade de uma tese jurídica sobre a prisão após a condenação em segunda instância gera, pelo menos, a sensação de segurança que falta ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se espera que uma nova mudança interpretativa surja de algo além do que a conveniência política do

momento. No próximo capítulo seguimos com a análise dos votos dos ministros nas ADCs que possibilitaram mais uma mudança no entendimento do assunto.

3. AS DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS DOS MINISTROS DO STF SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Após observar como se deu o caminho de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema da prisão após a condenação em segunda instância, no presente capítulo o foco será dado aos principais argumentos utilizados pelos ministros nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade julgadas em 2019 em relação ao princípio da presunção de inocência estabelecido pela CF/88, tendo em vista que, dessa vez a decisão teria um aspecto mais definitivo, dado que a sentença possui efeito válido para todas as instâncias, sendo, portanto, de cumprimento obrigatório. Dessa forma, não se espera que haja uma nova mudança sobre o assunto, pelo menos a médio prazo, sem que seja pautada primeiramente uma mudança da Constituição.

3.1 O diálogo do princípio da presunção de inocência com as divergências interpretativas do Supremo Tribunal Federal

O princípio da presunção de inocência presente na Constituição foi o fundamento teórico que baseou todas as argumentações dos ministros do Supremo nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. A constitucionalidade do art. 283 do CPP foi analisada em face do art. 5º, LVII, CF, possuindo como questionamento a possibilidade da prisão após condenação em segunda instância. Para os ministros a discussão está centrada em estabelecer o limite para a presunção de inocência - se ele de fato existe - levando em consideração os efeitos jurídicos e sociais dessa determinação.

Os ministros que são favoráveis a prisão defendem o entendimento de que o princípio possui um limite estabelecido pela própria essência do processo penal. Dessa forma externa Alexandre de Moraes:

A presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio. (MORAES, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurelio. Inteiro teor do acórdão, p. 57)

Na posição contrária Gilmar Mendes afirma que “Em suma, a presunção de inocência é um direito fundamental, que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.” (STF, 2019). Neste mesmo sentido seguiram os demais ministros em seus votos.

De fato, a presunção de inocência é uma das bases fundamentais para o bom funcionamento da persecução penal. Sem o estabelecimento da inocência como ponto inicial para o processo penal, o Estado, detentor desse poder punitivo, comete abusos como já foi possível observar ao longo da História⁷. Os direitos e garantias foram pensados para a nossa Constituição de forma a manter o equilíbrio, evitando que excessos fossem referendados pela própria legislação. Nesse segmento, Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto, Matheus Sales Barros e Tiago Sisnando Vieira destacam em artigo a importância de se manter a unidade desses direitos:

Nesse viés, é indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade em harmonia com outras normas constitucionais, como o princípio da efetividade da lei penal e da razoável duração do processo, que impõem ao intérprete do direito a visão do sistema constitucional como um todo, de forma que a interpretação da norma deve se revelar à luz de cada caso concreto. (GOMES FILHO, 1991). Como observado por Eduardo Espínola Filho, “a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa” (2000, p.436). (PINTO; BARROS; VIEIRA, 2018, p. 73)

Efetivamente, essa ótica interpretativa parece ser a opção adequada diante da realidade jurídica e social na qual estamos inseridos, pois esse entendimento permite evitar os extremos que a lei pode gerar por sua ambiguidade. O princípio da presunção de inocência estabelece o marco inicial para o processo penal, e dessa maneira, deve ser mantido para a boa condução de uma sociedade democrática, que respeita os seus princípios constitucionais e ao mesmo tempo limita-os quando se faz necessário, pois nenhum direito é absoluto. Alexandre Luiz Alves de Oliveira entende que:

O princípio da presunção da inocência objetiva evitar os juízos condenatórios antecipados contra o acusado, sem uma detida consideração da prova dos fatos e a carga da prova, como também obriga a somente determinar a responsabilidade do acusado por meio de uma fundamentada e congruente sentença que esteja de acordo com as fontes de direito previstas pelo ordenamento jurídico. Assim, como consequência e efeito do princípio da presunção de inocência é que não cabe ao imputado ter que provar seu estado de inocência. A inocência é o ‘estado natural’ do indivíduo e cabe ao acusador demonstrar o contrário. (OLIVEIRA, 2020, p. 18)

A lógica por trás da ideia do princípio constitucional da presunção de inocência parece ser cristalina ao pretender impedir a punição de um inocente, mas também garantir que os meios necessários serão utilizados pelo Estado para punir quem for culpado através do devido processo legal⁸. Neste segmento, o ministro Edson Fachin traz na sua argumentação que a presunção de inocência é válida para o momento de apreciação das provas, não sendo, portanto,

⁷ “Na Idade Média, o referido princípio foi afrontado em razão, principalmente, dos procedimentos inquisitoriais que vigoravam na época, chegando mesmo a ser invertido, já que a dúvida poderia levar a condenação.” (Yarochevsky, 2016).

⁸ CF. “Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

cabível que se postergue a eficácia desse princípio até a última decisão sobre o caso. Assim, se pronunciou o ministro na ADC:

A presunção de inocência é também um ‘*standard*’ de avaliação probatória. [...]. O postulado converte-se, portanto, em uma obrigação para o juiz (ou para o júri) no que tange à avaliação das provas: ele deve considerar o réu inicialmente como sendo inocente, somente podendo se desfazer dessa consideração, caso, para além de uma dúvida razoável, julgar procedente a imputação formulada pela acusação. [...] Noutras palavras, a presunção de inocência, quando estabelece um *stantard* de prova, só tem aplicação nas fases em que a prova é objeto de exame por parte das autoridades do Estado. Se a prova não está em jogo, a presunção de inocência não é desafiada. (FACHIN, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurelio. Inteiro teor do acórdão, p. 84)

Entende-se como parte lógica do processo penal que o indivíduo de fato não tenha que provar sua própria inocência ao ser acusado de cometer um crime. Porém quando provas robustas são entregues a um juízo que entende haver culpa sobre aquele sujeito, e ainda, caso seja necessário, há a confirmação dessa culpa por um Tribunal, manifestamente não há que se falar em presunção de inocência daquele que já foi condenado por duas instâncias judiciais. No entanto, as divergências interpretativas que surgem entre os ministros do Supremo são variantes e cada um deles apresenta uma série de argumentos que se coadunam com os seus entendimentos particulares, da forma como acontece com a presunção de inocência, que hora é entendida de forma absoluta e hora é mitigada em função dos outros princípios constitucionais. Nos tópicos seguintes serão analisados outros pontos das justificativas apresentadas nos votos favoráveis e contrários a permissão da prisão após a segunda instância.

3.2 Uma análise dos votos favoráveis a prisão

Os votos favoráveis ao entendimento de que é possível que seja determinado o cumprimento da pena após a condenação em segundo grau sem que isso fira o princípio da presunção de inocência não alcançaram a maioria pela diferença de voto de um ministro – o presidente do Supremo na época, Dias Toffoli, deu o voto de minerva sendo contrário a prisão. Portanto, dentre os onze ministros que compõem o STF, os cinco que ficaram derrotados no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade foram: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármem Lúcia. Eles mantiveram a mesma linha de pensamento em todos os julgamentos sobre o tema dos quais fizeram parte, sempre optando pela opção de permissão da execução da pena.

Alexandre de Moraes logo de início destaca que desde a vigência da Constituição Federal de 88 a maioria dos ministros que compuseram o STF entenderam a matéria no sentido de permitir a prisão, sendo apenas nove o número de ministros que se manifestaram contra em algum momento. E ainda acrescenta que “E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles

havia, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória.” (STF, 2019). Ou seja, é relevante observar o fato de que não é razoável considerar que tantos ministros da Corte brasileira estivessem completamente equivocados em suas interpretações da Constituição por tanto tempo.

Outro ponto importante defendido pelo ministro se refere a eficácia da justiça que estaria comprometida com a impossibilidade de prisão até o trânsito em julgado do processo, pois isso seria ignorar que os processos são conduzidos pelo devido processo legal estabelecido na Constituição, dessa forma não é possível negar que as instâncias ordinárias são dotadas de competência para julgar de forma adequada todas as ações que lhes são propostas. Logo, se pode compreender que impedir o cumprimento de uma decisão judicial até que se esgotem as últimas instâncias é atestar a falha dos juízes como uma regra e não uma exceção.

Seguindo com o julgamento Edson Fachin afirma que “Não há sistema jurídico que sobreviva a uma presunção geral de inconstitucionalidade.” (STF, 2019) quando se refere a competência de julgamento da Suprema Corte ao tratar da análise de recursos extraordinários, já que estes não possuem efeito suspensivo. Neste ponto, mais uma vez é possível observar a ideia de excepcionalidade na correção de uma decisão dos órgãos inferiores, pois como bem disse o ministro em sua fala já citada no tópico anterior não há como tomar por regra a quebra da constitucionalidade nas interpretações realizadas pelos juízes, afinal “Note-se que é apenas em relação à constitucionalidade da interpretação que se restringe o julgamento do Supremo Tribunal Federal” conclui o ministro.

Luís Roberto Barroso apresenta em seu voto que o inciso LXI do art. 5º, da CF⁹ é que trata da possibilidade de prisão e que não guarda correspondência com a formação de culpa como requisito para se prender. Dessa forma o que se retira do texto constitucional é que a pretensão do legislador com o art. 5º, LVII, CF/88, seria a de estabelecer a “reserva de jurisdição” apenas. Determinar que “só o juiz pode mandar prender.” (STF, 2019), assim, evitando possíveis arbitrariedades do sistema. Dito isto, não há que se falar em necessidade de trânsito em julgado para que se inicie a pena privativa de liberdade.

O ministro ainda atenta para a forma como o sistema penal era guiado sob a predominância do entendimento contrário a prisão, de maneira que os juízes se sentiam pressionados a decretar a prisão provisória, uma vez que apenas através desse instituto

⁹ “Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

conseguia-se estabelecer uma pequena sensação de segurança e justiça. Sobre essa problemática ele acrescenta:

Portanto, parte do problema das prisões provisórias, boa parte, é a ineficiência do sistema. E a ineficiência do sistema é agravada pela impossibilidade de execução da pena depois do segundo grau. E, portanto, procrastinar o fim do processo é dar incentivo a esta mazela que é a prisão provisória, com todas as vênias de quem pensa diferente. (BARROSO, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurelio. Inteiro teor do acórdão, p. 110)

O alto número de prisões provisórias não resolve o problema da impunidade no Brasil, pelo contrário, trata-se de uma agravante, afinal, é muito mais danoso permitir que um indivíduo fique à mercê de medidas cautelares enquanto durar o seu processo, já “que assumiu-se em definitivo a natureza *cautelar* de toda prisão antes do trânsito em julgado;” (PACELLI, 2021, p. 624), do que permitir que de imediato inicie o cumprimento de uma determinada pena, tendo, dessa forma, acesso a todos os benefícios em lei para aqueles que se encontram na prisão pena¹⁰.

Neste mesmo sentido alertou em seu voto o ministro Luiz Fux:

Deveras, é absolutamente inegável que a condenação proferida por órgão colegiado de segundo grau, mediante análise exauriente das provas, confere garantia contra prisões arbitrárias, violadoras da Constituição. Ademais, o juízo condenatório, uma vez emitido pela autoridade judiciária competente, revela fundamentos muito mais robustos do que os que autorizam a prisão em flagrante ou a prisão preventiva – estas últimas calcadas em argumentos cautelares, hipotéticos e que, comparativamente com o juízo de mérito da ação penal realizado por órgão jurisdicional de segundo grau, submetem-se ao contraditório a à ampla defesa em grau muito mais reduzido. (FUX, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurelio. Inteiro teor do acórdão, p. 211)

Desse modo Luiz Fux defende a compatibilidade da execução da pena com a Constituição da mesma forma que a ministra Cármen Lúcia reafirma essa possibilidade ao esclarecer que o art. 283 do CPP não institui exclusividade dos provimentos transitados em julgado para a efetivação da pena de prisão. E ainda reafirma a importância de se considerar a validade das instâncias inferiores, afinal “Parte-se da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que uma sentença confirmada por um tribunal, por um órgão colegiado, também fosse descartada.” (STF, 2019).

Cármen Lúcia ainda atenta para a situação das vítimas dos crimes cometidos que esperam pelo agir da Justiça:

O sistema de direitos fundamentais constitucionalmente abrigado na Constituição considera o direito dos que erraram e que foram condenados pelos seus erros, mas também dos que foram vítimas e renunciaram à prática bárbara de se vingarem, porque

¹⁰ Dentre os benefícios estabelecidos para os presos estão: remição, pedido de progressão de regime, livramento condicional, indulto, comutação, entre outros a depender do mérito do indivíduo e do lapso temporal.

o Estado assumiria a força de sua autoridade, para prestar a justiça – força racionalizada, normatizada, previamente conhecida quanto aos delitos definidos e quanto às penas para eles fixados. Sobre delitos e penas, pôs-se, como conquista civilizatória, a definição clara dos crimes e a certeza da punição. Como antes afirmei – não fui só eu, desde sempre, desde Beccaria, pelo menos -: a punição incerta não é incerteza do Direito, é certeza ou crença de impunidade, o que fomenta mais crimes, injúria a vítima e enfraquece o sistema de direito. (ROCHA, ADC 43, Min. Rel. Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão, p. 275)

Irretocável é o posicionamento da ministra sobre esse assunto. A Constituição, analisada em sua unidade, deve ser interpretada de maneira a garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos, sejam aqueles cometedores de atos ilícitos, ou dos que sofreram os danos de serem vítimas de crimes. Ambos os lados devem ser protegidos de injustiças e arbitrariedades. Ao criminoso é assegurado um processo isento, com ampla defesa e contraditório¹¹, para que sua culpa – ou a falta dela – seja bem apurada e a pena seja contabilizada de maneira justa. Àquele que foi a vítima deve lhe ser dada a certeza de que o Estado agirá de forma a estabelecer a punição adequada para que não gere ressentimento e insegurança nos que sofreram pelo ato ilícito de outro indivíduo, agindo, portanto, para o bem estar de toda a sociedade.

3.3 Uma análise dos votos contrários a prisão

Os votos contrários a prisão após condenação em segunda instância formaram a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo eles Marco Aurélio Mello (o relator do caso), Rosa Weber, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e o presidente do Supremo na época, Dias Toffoli, que desempatou a decisão. O julgamento durou várias sessões e cada ministro fez a defesa de sua tese partindo do seu próprio entendimento sobre o princípio da presunção de inocência presente no art. 5º, LVII, da CF/88.

Entre os votos vencedores aqueles que chamaram mais atenção foram os dos ministros que já haviam modificado seus entendimentos em ocasiões diferentes. Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli já votaram a favor da legalidade da prisão logo após a confirmação em segundo grau. Por tal comportamento os seus votos foram alguns dos mais aguardados pela sociedade, pois definiriam o rumo interpretativo do tema em questão.

A ministra Rosa Weber já havia participado de três julgados sobre essa temática, sendo que em dois deles se manifestou de forma contrária a prisão, e no mencionado HC do ano de 2018 ela preferiu seguir o entendimento da maioria em função do princípio da colegialidade, e

¹¹ CF. “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

assim, decidir aquele caso específico de acordo com a jurisprudência vigente do STF. Na ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade a ministra colocou que esperava o momento pertinente para consolidar a sua interpretação pessoal de contrariedade da prisão nas circunstâncias postas, e as ADCs refletiam esse momento, por esse motivo a ministra retoma o seu entendimento de que “A constituição de 1988 não assegura uma presunção de inocência meramente principiológica.” (STF, 2019).

Apesar de seus esforços por parecer coerente ao seguir com o entendimento jurisprudencial da maioria naquela época, entende-se que a ministra acaba por gerar mais confusões acerca do seu posicionamento. Ao se abster de votar com o seu entendimento pessoal sobre o assunto Weber estabelece uma hierarquia jurisprudencial baseada no número de juízes ao invés de argumentos jurídicos de fato. Ao escrever sobre os votos dos ministros, Euro Bento Maciel Filho afirma em artigo sobre o voto da ministra que “Com o devido respeito, essa posição chega a causar certa perplexidade, na medida em que revela aparente renúncia a um predicado que é muito importante à magistratura, qual seja, o da independência das duas decisões”.

Mesmo entendendo a importância de se haver certo nível de unidade entre os ministros do STF, o presente caso já vinha sendo alvo de diversas discussões ao longo do tempo no Supremo. Rosa Weber poderia ter continuado fiel ao princípio da colegialidade mantendo o entendimento já firmado pelo STF, de longa data, qual seja a permissão da prisão, gerando maior segurança jurídica do que a sua virada de entendimento naquele momento, que trouxe mais uma distorção interpretativa sobre os princípios defendidos pela Constituição.

O ministro Gilmar Mendes, que esteve presente em todos os julgamentos sobre o assunto, colocou em foco na decisão que o seu entendimento anterior de concordar com a prisão não passava de uma possibilidade ao invés de uma obrigação, como estaria sendo interpretado pelos Tribunais de segunda instância e que “[...] uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal.” (STF, 2019). No entanto, o que parece mais correto é justamente que a Constituição não expressa essa proibição, pois a falta da formação de culpa não impede a possibilidade de prisão no nosso ordenamento jurídico, uma vez que prisões preventivas e em flagrante são permitidas sem que se tenha sequer finalizado o processo, e seguindo a linha argumentativa de Carlos Eduardo Ferreira dos Santos é lógico dizer que “quem pode o mais pode o menos”, afinal, complementa o autor:

Ora, se ao juiz singular é facultado decretar a prisão do investigado ou acusado durante o inquérito policial ou no trâmite da ação penal, o órgão colegiado também pode decretar a prisão após condenação em segunda instância, porquanto se trata de decisão fundamentada, emanada de órgão jurisdicional competente, após a devida instrução probatória e com observância do contraditório e da ampla defesa. (SANTOS, 2021)

Portanto, parece mais congruente afirmar que as arbitrariedades do sistema penal são controladas de maneira mais concreta quando se tem a necessidade de uma argumentação sólida para a efetivação do encarceramento seguindo a mesma linha argumentativa do ministro Barroso sobre as medidas cautelares já mencionada anteriormente.

Dias Toffoli inicia o seu voto atentando para o objeto de análise da ADC, que é discutir se o art. 283 do Código de Processo Penal, na redação da Lei nº 12.403/2011, é compatível ou não com a Constituição. E já adiantando o seu entendimento afirma que o artigo do CPP é plenamente compatível com a CF no sentido de impedir a prisão antes do trânsito em julgado, todavia, como foi possível observar previamente neste trabalho parece mais próximo da realidade jurídica do nosso país a compreensão de que pela unidade da Constituição não foi pretensão dos legisladores exigir a espera até o último recurso para iniciar a pena privativa de liberdade. A constitucionalidade do artigo pode ser preservada sem que seja necessário aplicar tal interpretação, por mais que uma mudança legislativa fosse o ideal.

Importa destacar que o próprio ministro cai em contradição e reconhece que a prisão não é barrada pela CF afirmando que “Se nós fôssemos considerar a ideia de prisão – e aí eu estou falando por mim, evidentemente, não pelos Colegas que pensam diferente de mim –, nós não poderíamos aceitar as prisões cautelares, como a temporária e a preventiva, mas a própria Constituição as permite.” (STF, 2019). E faz ainda um paralelo com o Tribunal do Júri, o qual entende que não deve ser tratado da mesma forma, devendo-se aplicar a pena de imediato caso haja condenação por crime doloso contra a vida, chegando a afirmar a desnecessidade de julgamento em segunda instância, ou seja, acaba por concordar que a condenação em primeiro grau já possui legitimidade para aplicação da pena e, sendo assim, é natural retirar do seu argumento a lógica de que o colegiado do Tribunal de segunda instância, em todos os demais crimes, também possui a mesma justificabilidade.

Os demais ministros seguem com suas linhas argumentativas buscando confirmar a nova interpretação do princípio da presunção de inocência. Ricardo Lewandowski, em voto breve, foi direto ao falar que não há margem interpretativa para a vontade do legislador constituinte ao definir o trânsito em julgado como marco para o cumprimento da pena. Em contrapartida, Celso de Mello, em um dos votos mais longos do julgamento, afirmou que apenas

existe culpa do réu, e assim, possibilidade de prisão, quando estão finalizadas todas as possibilidades de recurso. O decano do STF também coloca que “O processo e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria,” (STF, 2019). E neste ponto, colocando respeitosa discordância ao pensamento do ministro, entende-se que o processo penal e o Direito como um todo está para servir a sociedade. Não apenas a proteção dos réus, que de fato é de extrema importância, mas acima de tudo, a realização da Justiça, com vítimas e réus tendo seus direitos defendidos pelo Estado com a mesma veemência.

A promotora de Justiça Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan ao fazer análise sobre a obra do Marquês de Beccaria, “Dos Delitos e das Penas” aponta que:

Pelo menos desde o Iluminismo, a civilização ocidental vem se debatendo em busca de uma solução para o crime a correspondente pena, entre elas, a pena de prisão. [...]. No entanto, a despeito de todo o humanismo que permeia essa obra paradigmática, Beccaria reconhece como válida a pena de prisão que deve estar alicerçada em indícios que apontem para a culpabilidade do autor do crime, bem como esses indícios devem estar especificados na lei: “*A voz pública, as confissões particulares, o depoimento prestado por um cúmplice no crime, as ameaças que foram feitas pelo acusado, seu ódio sem limites ao ofendido, um corpo de delito palpável, outras presunções idênticas, são suficientes para permitir a prisão do cidadão.*” (PIOVEZAN, 2017)

O ministro relator do caso, Marco Aurélio, sempre foi contrário à prisão nessas condições, pois segundo o seu entendimento “A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.” (STF, 2019). Para ele o artigo do CPP apenas reproduz texto da Constituição. Sobre esta argumentação Carlos Eduardo Ferreira dos Santos comenta:

Nos termos da Carta Magna, a decretação da prisão requer situação de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, de modo que a Constituição não distingue se a determinação de prisão se dá no trâmite de ação penal ou em razão de condenação confirmada por órgão colegiado de segunda instância (artigo 5º, LXI, CF/88). (SANTOS, 2021)

Conforme comentado previamente parece ser essa a linha mais adequada de interpretação constitucional sobre esse tema, contrariando o entendimento do relator das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, pois a culpa é analisada na primeira instância com todos os elementos probatórios que são parte do Direito Processual Penal e assim a confirmação da culpa, já apurada em primeiro grau, pela segunda instância parece ser mais do que o suficiente para correção de eventuais erros no processo e injustiças na dosagem da pena.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal brasileira estabelece em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, chamado pela doutrina de princípio da presunção de inocência. O art. 283 do Código de Processo Penal guarda relação com o referido princípio ao delimitar a possibilidade de prisão aos casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, nestes casos, em decorrência de prisão cautelar ou de condenação criminal transitada em julgado.

Nesse contexto foi travado um intenso debate sobre qual seria a melhor interpretação conjunta para esses dois artigos. De um lado os que entendem que não há como iniciar a pena privativa de liberdade até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória, e no sentido contrário aqueles que interpretam os dispositivos associadamente com o restante do texto constitucional e do direito processual penal de forma que aceitam a prisão pena logo após a confirmação da sentença condenatória no segundo grau de jurisdição.

A presunção de inocência é um direito fundamental resguardado pela Constituição justamente por se tratar de uma premissa básica para a correta persecução penal. Aquele que acusa deve provar a culpa do acusado para que não voltemos a barbárie de condenar inocentes por crimes que não cometeram como já foi bastante comum no decorrer da história, quando a ordem desses fatores era invertida, e quem fosse suspeito de algum ato criminoso deveria demonstrar a sua inocência. Por causa dessas distorções se faz necessário um sistema que garanta um processo justo, com direitos que permitam a ampla defesa, de acordo com o devido processo legal, tal como é pretendido pelo nosso ordenamento jurídico.

No entanto assim como distorções são possíveis de um lado, conforme mencionado acima, também é possível que haja o desvirtuamento da legislação de forma a dificultar a promoção da Justiça, como no presente caso em que se coloca a presunção da inocência como óbice para o cumprimento da pena que foi ratificada por um conjunto de juízes. Não parece razoável a espera pelo trânsito em julgado de sentenças com recursos que não possuem efeito suspensivo e raramente são modificadas em seu mérito. É neste sentido que a análise feita sobre as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, considera inadequada a decisão da maioria dos ministros – com a vantagem de apenas um voto – de entender como uma afronta ao princípio da presunção de inocência a prisão após a condenação em segunda instância.

Nossa realidade jurídica e social permite a prisão nas condições expostas, pois faz parte do conjunto lógico da legislação brasileira e esse foi o entendimento majoritário durante o maior período de tempo desde a promulgação da Constituição de 88. E ainda observando o fato de que alguns ministros, como Dias Toffoli e Gilmar Mendes, modificaram os seus entendimentos, uma vez que permitiam a prisão e logo depois já não consentiam mais, modificando a maioria do Supremo que, dentre os demais ministros da composição atual favoráveis a prisão, sempre defenderam a posição de permissão da execução da pena em segunda instância. Considerando esta conjuntura pode-se afirmar que o julgamento das ADCs assumiu um caráter muito mais político do que o que se espera em função do momento de grande animosidade política no debate público.

Por fim, se espera que haja maior consenso entre os ministros do STF, pois por mais que se considere que essa sentença tenha um caráter definitivo para longo prazo, o que se observa no cenário atual é que a decisão ainda pode sofrer nova virada jurisprudencial, seja pela formação de uma nova composição do Supremo ou mesmo uma mudança legislativa, que já vem sendo bastante debatida. Por mais que se espere que haja a correção da decisão, tantas mudanças em um curto período de tempo nos traz grande instabilidade jurídica, o que deturpa nossas instituições, portanto aguarda-se que seja firmada a conformidade sobre o assunto pela via legislativa para que não existam tantas brechas interpretativas sobre um assunto tão importante para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1941.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 SP. Relator Ministro Teori Zavascki, Data de Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752 PR. Relator Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 04/04/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 03 de out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 406.384 SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Data de Julgamento: 07/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524517400/habeas-corpus-hc-406384-sp-2017-0159666-9/certidao-de-julgamento-524517431?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 de out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078 MG. Relator Ministro Eros Grau, Data de Julgamento: 05/02/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>>. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26603 DF. Relator Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 04/10/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727000/mandado-de-seguranca-ms-26603-df>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 DF. Relator Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/11/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Valterlei A. da. Afinal, quem deve ser o guardião da constituição? **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, evento virtual, v. 6, n. 1, p. 23-40, jan/jun. 2020.

FILHO, Euro Bento Maciel. **Prisão em segunda instância**: a divisão de votos expõe rachaduras no STF. 2018. Disponível em: <<https://www.diariodoaco.com.br/noticia/0057993-prisao-em-segunda-instancia-a-divisao-de-votos-expoe-rachaduras-no-stf>>. Acesso em: 04 out. 2021.

GANDRA, Ives. Prisão por decisão de segunda instância. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 203-205. Jan/mar 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine; Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. **A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal. Presunção de inocência:** estudos em homenagem ao professor eros grau. Organizador: Felipe Martins Pinto – Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Método, 2020.

PAIXÃO, Leonardo A. **A função política do Supremo Tribunal Federal.** 2007. 258f. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PINTO, E.R.G.C.; BARROS, M.S.; VIEIRA, T.S. A execução da pena após condenação de segunda instância: uma abordagem do modelo neoconstitucionalista na decisão do supremo tribunal federal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará.** P. 61-77. 2018.

PIOVEZAN, Cláudia Rodrigues de Moraes. **Pena de prisão, de beccaria a foucault, um mal necessário.** 2017. Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammmp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 04 out. 2021.

RABELO, Carlos Henrique S. **Execução da pena privativa de liberdade após decisão de segunda instância e princípio da presunção de inocência.** 2018. 82f. Monografia – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

SALDANHA, Renata Torri. A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE/MCR,** v.18, n. 34, p. 196-214. 2018.

SANTOS, Carlos Eduardo Ferreira dos. Sobre a prisão após condenação em segunda instância. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <<https://www.diariodoaco.com.br/noticia/0057993-prisao-em-segunda-instancia-a-divisao-de-votos-expoe-rachaduras-no-stf>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

VIEIRA, Drailton F. **Presunção de inocência:** uma análise da relação entre o direito e a política na teoria dos sistemas. 2018. 105f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Com decisão do supremo, presunção de inocência está na UTI.** 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-uti>>. Acesso em: 03 out. 2021.