



**Luiz Antônio da Silva Junior**

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A PRISÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA, E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**IPATINGA/MG**

**2020**

**LUIZ ANTÔNIO DA SILVA JUNIOR**

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A PRISÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA, E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Faculdade de Direito de  
Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Hélio William Cimini Martins  
Faria.

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA  
IPATINGA/MG  
2020**

*Dedico esta monografia primeiramente a Deus, aos meus pais, que sempre me apoiaram e acreditaram em mim, não mediram esforços para ver o meu crescimento, a minha irmã que sempre prestou auxílio quando precisei, a minha namorada pelo companheirismo de todas as horas, aos amigos da faculdade, por sempre estar dispostos a ajudar e orientar, aos professores que tive ao longo desta jornada, sem eles nada disso teria sido possível, por último, mas não menos importante, dedico em especial ao meu professor orientador: Hélio Cimini, por ter me ajudado à atingir o objetivo que esperava com o presente trabalho acadêmico.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aqui é o momento de se agradecer a todas as pessoas que participaram de alguma maneira deste trabalho e de minha vida acadêmica, fica expressa a minha gratidão, especialmente:

À Deus, a quem rendo glórias e honras, se não fosse por ele, este momento não teria chegado.

Aos meus pais, Luiz Antônio da Silva e Débora Pereira Lisboa da Silva, primeiramente, por ter pago todas as despesas acadêmicas, pelo carinho, apoio, companheirismo, e por nunca ter deixado de acreditar em mim, coisas estas fundamentais para o meu crescimento pessoal e acadêmico.

Aos meus amigos que fiz ao longo do curso, sem dúvidas levarei para sempre cada um deles, pessoas sensacionais que contribuíram muito para meu aprendizado, tornando a coisas mais legais e agradáveis.

À minha irmã, por diversas vezes me presta o auxílio quando precisei, por me dar clareza das coisas e discernimento pra entender.

À minha namorada, por estar comigo em todos os momentos e me dar apoio.

Aos professores que tive ao longo desta caminhada, do primeiro ao décimo período, agradeço a todos que contribuíram para que me tornasse o que sou hoje.

Por último, mas não menos importante agradeço ao meu professor orientador Hélio Willian Cimini Martins Faria, por ter compartilhado parte de seu vasto saber acadêmico e jurídico, tornando possível e concreto este trabalho.

A todos, sob a graça de Deus, eu, Luiz Antonio da silva Junior agradeço por ter me ajudado ate aqui, gratidão é a palavra que tenho por todos vocês, obrigado.

## RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar um dos maiores e mais antigos problemas tutelado pela ciência jurídica, o direito à liberdade. Há diversas controversas acerca da prisão decretada em segunda instância, tendo em vista que o problema é velho, porém as polêmicas são muitas quanto a seu uso e entendimento. O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, foi positivado no direito brasileiro através da constituição federal de 1988, estando presente no rol das garantias fundamentais, seu principal objetivo é proteger o indivíduo da arbitrariedade do Estado. Embora de aplicabilidade imediata e inalienável, este princípio vinha sendo interpretado de forma restritiva, flexibilizando o trânsito em julgado e limitando a liberdade até a condenação em segunda instância, tal entendimento foi firmado no julgamento do HC 126.292 de 2016. Recentemente este tema voltou à tona, onde não se encontrou outra opção, a não ser buscar auxílio ao Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu de forma favorável que o réu condenado em instância ordinária, possa recorrer em liberdade aos tribunais superiores, fazendo valer assim o texto constitucional, que dispõe que *“Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*. É provável que ao definir que o réu possa dar início a execução da pena, ainda que caiba recursos para os tribunais superiores, quando se tem um texto constitucional que dispõem de forma contrária, é uma forma de supressão de direito, um retrocesso social aos tempos, em que, o poder do Estado era absoluto, e que as garantias e direito fundamentais não existiam, de certa forma, banalizando o princípio constitucional sensível da Dignidade da pessoa humana. Acontece que, desde a promulgação da carta Magna, esse tema passou por várias mudanças de entendimento, causando uma certa fragilidade na jurisprudência, o que ocasiona insegurança jurídica. A relevância da pesquisa está exatamente neste ponto, demonstrar que a decisão que permite a prisão em instância ordinária é inconstitucional, tendo em vista que fere dispositivo de direito fundamental.

**Palavras-chaves:** Prisão em segunda instância. Princípio da presunção de inocência. Execução antecipada. Trânsito em julgado. STF.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTORICA DO PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>8</b>
<b>3 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>11</b>
3.1 A presunção de inocência.....	12
3.2 O direito à Liberdade.....	13
3.3 O devido processo legal.....	15
<b>4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA ....</b>	<b>17</b>
4.1 A presunção de inocência vs a efetividade da jurisdição penal .....	18
4.2 A deficiência da máquina judiciária .....	21
<b>5 O POSICIONAMENTO DOS MINISTROS CONTRARIO A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA .....</b>	<b>23</b>
5.1 Gilmar Mendes .....	23
5.2 Celso de Mello.....	24
5.3 Dias Toffoli.....	25
5.4 Rosa Weber.....	26
5.5 Ricardo Lewandowski.....	27
5.6 Marco Aurélio Mello.....	27
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>29</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>31</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência foi positivado no direito brasileiro através da promulgação da constituição federal de 1988, constituindo-se uma garantia fundamental, elencada no art. 5º LVII<sup>1</sup>, seu principal objetivo é proteger o indivíduo da arbitrariedade do Estado, estabelecendo parâmetros para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, exigindo do Estado a obrigação mínima de tratar o acusado como não culpado até que se tenha uma sentença penal condenatória irrecorrível.

Justifica-se este trabalho o fato que, ainda nos tempos atuais, tal dispositivo vem causando grande polemica no meio jurídico e popular, tendo em vista que a mais de 30 anos da promulgação da constituição ainda não se tem um entendimento claro e certo sobre assunto. O entendimento anterior era de que, uma vez confirmada a condenação em segunda instância, o acusado já dava início ao cumprimento antecipado da pena, tal decisão flexibilizava o trânsito em julgado e limitava a presunção de inocência até instância ordinária.

Recentemente o plenário do Supremo Tribunal Federal, alterou sua própria jurisprudência, para permitir que condenados em instância ordinária possa recorrer em liberdade aos tribunais superiores, exigindo o trânsito em julgado da decisão para que o acusado possa dar início ao cumprimento da pena, fazendo valer assim o texto constitucional, que declara que: “Ninguém será considerado culpado antes do transito em julgada da sentença penal condenatória”.

Através da análise dos votos dos ministros do STF e da revisão bibliográfica, o objetivo desse estudo é demonstrar que a prisão decretada em segunda instância é inconstitucional frente ao princípio da presunção de inocência.

Quanto à metodologia, o trabalho em tela faz a opção pelo método hipotético-dedutivo, posto que serão analisadas leis, jurisprudências, livros e artigos científicos de autoria dos operadores do direito para comprovação da hipótese a ser apresentada.

Dessa forma, por tudo que foi submetido acima, o presente trabalho será desenvolvido da seguinte maneira:

---

<sup>1</sup> ART. 5º, LVII da C.F 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

No segundo capítulo será abordado a origem do princípio da presunção de inocência e a sua evolução histórica, a chegada ao Brasil, bem como sua regularização e efeitos.

No capítulo seguinte, será mencionado as principais garantias constitucionais relacionadas ao tema, a necessidade de suas observâncias, para que se tenha um processo penal justo.

No quarto capítulo será apresentado as consequências de uma execução antecipada da pena, que além de suprimir garantias legais de natureza constitucional, esta suscetível ao erro judiciário, sendo alguns erros percebidos e corrigidos apenas em análise feita em instancia superior, declarando o acusado inocente. Também será abordado neste capítulo a questão da jurisdição penal, confrontada com as garantias constitucionais do acusado, e também da prescrição da pretensão punitiva estatal, em razão da demora para julgar recursos, em face da falha na máquina judiciária.

No capítulo seguinte passará a analisar os votos dos ministros do STF que são contra a prisão antes do trânsito em julgado da decisão.

E finalmente no sexto e último capítulo, vem a conclusão do presente trabalho, tomando por análise tudo que foi exposto, para demonstrar que a prisão antes do trânsito em julgado da decisão fere a presunção de inocência, e consequentemente, o devido processo legal.



## 2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Conforme preceitua Auguste Comte (1991, p.29): “Penso, ainda, que não conhecemos completamente uma ciência se não conhecemos sua história.” Nesse capítulo iremos discorrer sobre a origem do princípio da presunção de inocência e a sua evolução histórica, a chegada ao Brasil, bem como sua regularização e efeitos.

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, não é apenas um direito fundamental previsto na constituição brasileira, ele é fruto da evolução das ciências jurídicas, e é uma conquista da humanidade.

Segundo Fenoli (2016), a presunção de inocência atualmente é compreendida como o princípio chave do processo penal, e, mais do que isso, como princípio chave de todo o sistema penal. Contudo, até alcançar a conformação atual, o princípio da presunção de inocência passou por um longo processo histórico de construção, amadurecimento e concretização, ao custo, infelizmente, de milhares de vidas injustamente apenadas.

Tal princípio surgiu por meados do século XVI e XVII, durante o período da revolução francesa, onde o terceiro estado, que era composto por grupos de camponeses e comerciantes, começaram a idealizar igualdades de classe, pondo fim ao absolutismo monárquico, foi nesta época que os revolucionários levaram o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade, nesse momento o ser humano deixava de ser visto como inimigo do Estado, e passava a ser fonte de seu poder.

Maurício Zanoide de Moraes aponta:

“Foi com o surgimento do Movimento Iluminista, entre os séculos XVI e XVII, que só começava a falar efetivamente na presunção de inocência. Isso porque, o ser humano deixava de ser visto como inimigo do Estado, e passava a ser fonte e destino de seu poder.” (MORAES, 2010, p. 69)

O princípio da presunção de inocência apareceu pela primeira vez na História, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, em seu artigo 9º, com a seguinte redação:

“Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (ASSEMBLEIA NACIONAL FRANCESA, p. 2, 1789)

Com o passar dos anos, após a segunda guerra mundial, em 1948, foi criado

a ONU (Organização das nações unidas), com objetivo de unir todas as nações do mundo e minimizar os conflitos entre elas. Uma das principais políticas adotadas pela ONU foi a dos tratados internacionais, como a Declaração de Direitos Humanos, onde foram estabelecidos limites para desempenhar a atividade punitiva do Estado, evitando que não seja de forma rigorosa, e absurda.

No entendimento de Leonir Batisti ele diz:

“Em 1948 veio a Declaração Universal de Direitos Humanos após a segunda guerra mundial, que começou a existir formalmente na Organização das Nações Unidas, que designou regras a serem seguidas pelas nações, com o objetivo de criar uma relação amigável e minimizar os conflitos mundiais. A Declaração da ONU notou que para poder garantir a dignidade do agente acusado de qualquer delito a sua culpabilidade deve ser comprovada onde todos os meios existentes para sua defesa deveria ser garantida, não bastando ser meramente especulado que o agente cometeu o delito, sendo necessário assim ser feita de forma fundamentada.”.

A partir daí, de uma forma clara e específica, foi reconhecida a presunção de inocência, indispensável para garantir um tratamento mínimo do Estado para com indivíduo acusado de algum delito, tratando ele como se inocente fosse até que se tenha a culpa comprovada por meio de provas suficientes para sustentar uma condenação, sendo necessário para isso, um processo justo, onde o acusado teria a chance de se defender, e se valer dos meios necessários para provar sua inocência.

No ano de 1950 com a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais criou um sistema regional de proteção aos direitos humanos. A atividade jurisdicional que seria realizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, possibilita a mais verdadeira justiça e garante, além da aplicação dos demais princípios, a efetivação do estado de inocência. Em seu artigo 6º, que diz: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

No ano de 1969 com a convenção Americana de Direitos humanos, conhecida popularmente como Pacto de San José da Costa Rica, que trata o referido princípio como garantia processual, consagra em seu art. 8º a seguinte redação “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente conhecida sua culpa, reafirmando que o direito deve ser presumido até que se tenha a culpa formada.

Posteriormente, no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal do Brasil, tal princípio foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro, estando expressamente previsto no art. 5º LVII, com a seguinte redação: “Ninguém será

considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Seu objetivo é proteger o indivíduo da arbitrariedade de Estado, estabelecendo parâmetros para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, sendo indispensável para a busca de um processo penal justo.

Nota-se que tanto na Declaração de direitos do Homem, quando na Declaração de Direitos Humanos, Convenção Europeia, no Pacto San Jose da Costa Rica e na Constituição Federal do Brasil, entre outras., o princípio da presunção de inocência ganhou espaço logo no começo, demonstrando a real necessidade de impor limites a atividade punitiva do Estado, para aqueles que são acusados de cometer algum crime, devendo não os considera culpado até haja uma sentença penal irrecorrível, finalizando então a fase de formação da culpa.

### 3 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

O processo penal, é o campo de atuação do direito onde mais se encontra conflitos entre o arbítrio do poder estatal e os direitos e garantias individuais e coletivas dos indivíduos, isto porque há uma relação direta de Estado *versus* Pessoa. Frente a este desafio, se fez necessário estabelecer garantias para que se haja um processo justo, tendo em vista ser nessa seara que ocorre a restrição legítima de bens jurídicos altamente relevantes, como o direito à liberdade.

As garantias constitucionais, funcionam como um mecanismo de equilíbrio entre as partes litigantes, estabelecendo limites objetivos para atuação do estado quando interessado na aplicação da lei penal, cuidando para que não seja abusiva à acusação, os meios de provas que tende a se produzir, as restrições legais de bens ou de liberdade, e que independente do resultado na instrução criminal, o individuo seja tratado como pessoa humana, sendo repudiado qualquer tipo de violação, seja física, moral e de direitos.

De certa forma, as garantias constitucionais são uma forma de proteger os indivíduos e ampará-los juridicamente diante de qualquer forma de abuso de autoridade, em outras palavras são certas medidas em que o estado não poderia tomar de imediato sem previa autorização judicial, visto que a inobservância das mesmas pode acarretar em nulidade do ato ou do processo.

Segundo Attilio Brunialtti (1995, p. 148): “as garantias protegem e amparam o exercício dos direitos do homem”.

O presente trabalho, tende a falar mais especificamente acerca das garantias de cunho processual, trazendo três em especial, sendo elas respectivamente: A presunção de inocência., O direito a liberdade, e por último, mas não menos importante, o devido processo legal, princípios estes, que juntamente com os demais previsto no art.5º, compõem a Dignidade da Pessoa Humana<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> No art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 consta como um postulado central do ordenamento pátrio, um fundamento axiológico sobre o qual está construído o Estado Democrático de Direito: *dignidade da pessoa humana*, um dos princípios fundamentais da República.

### 3.1 A presunção de Inocência

A presunção de inocência, reconhecida igualmente como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e uma das mais importantes garantias constitucionais, convencionais e humanitárias a disposição do indivíduo em face do poder punitivo e repressivo do Estado, além de ser um dos corolários do devido processo legal.

Como visto no tópico acima, a presunção de inocência trata-se de uma garantia constitucional, fundamental para assegurar um processo justo durante a aplicação da lei penal, afinal, impede que o acusado dê início a execução provisória da pena, sem que tenha sua culpa formada de maneira definitiva, garantindo ao mesmo, o direito de recorrer em liberdade as instâncias ordinárias e superiores, exigindo também, que o estado trate-o como não culpado, ate que se tenha uma sentença condenatória irrecorrível, colocando fim a fase cognitiva do processo.

Sobre o assunto Paulo Rangel (2015, p. 24) explica que não se deve falar em presunção e, sim, declaração, tendo em vista que, para Rangel, a Carta Magna não presume ninguém inocente, no entanto, declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Carvalho (2001, p. 51), por sua vez, ensina que o aludido princípio é um pressuposto, tendo em vista que, mesmo que o princípio da presunção não estivesse normatizado na Declaração dos Direitos do Homem, ou até mesmo na nossa atual Constituição, de todo modo, seria uma garantia fundamental, pois o autor entende que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum”.

Segundo Aury Lopes Júnior (2008, p. 188), a presunção de inocência é uma regra que determina que o acusado seja tratado como inocente, “A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente”.

“A presunção de inocência é uma regra que determina que o acusado seja tratado como inocente: “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”.(JUNIOR,2008, p. 188).

Para Piovesan (2008, p. 209) o resultado de intensa maturação conceitual, a presunção de inocência é reconhecida hoje como uma garantia universal do indivíduo e um princípio jurídico de ordem constitucional decorrente da dignidade humana, de sorte que qualquer afronta à dimensão denominada “mínimo ético irreduzível” representa violação dos direitos humanos que são garantidos nas modernas constituições e no direito internacional.

Para Lewandowski, ministro do STF, "A antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à sociedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar", escreveu Lewandowski em sua decisão.

Fica evidente que, a presunção de inocência ou a não culpabilidade é um pressuposto indispensável de responsabilidade do estado, um direito e garantia fundamental do indivíduo, diretamente relacionado com o princípio sensível da dignidade da pessoa humana, visto que ele revela uma forma de tratamento para aqueles que são acusados de cometer algum crime, devendo a presunção se estender até o trânsito em julgado, haja vista que o texto constitucional não estabelece limite para atuação deste pressuposto, e sendo ele um direito fundamental de aplicabilidade imediata, a sua interpretação deve ser a mais ampla possível, assim como dispõem a doutrina.

### 3.2 O direito à liberdade.

O direito à liberdade, sem dúvida alguma, é um dos maiores e mais antigos problemas tutelado pela ciência jurídica, motivo pelo qual recebe uma atenção em especial. A Carta Magna, diz que é inviolável, entre outros, (...) o direito à liberdade, tal direito também se constitui uma garantia fundamental, preconizada no caput do art. 5º da CRFB/88.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte. (BRASIL, 2019, p. 8). (GRIFO GROSSO)

No entanto, este direito não é absoluto, e há casos em que esta inviolabilidade pode ser afastada por motivos legais, ou seja, aquela que decorre do

ordenamento jurídico infraconstitucional, como por exemplo a incidência em algum tipo penal, cuja a pena seja privativa de liberdade. Neste cenário, nasce o jus puniendi<sup>3</sup>, que tem por finalidade, reprimir aquela conduta praticada pelo agente através da privação da liberdade, que deve ser legítima e necessária, por tanto amparada por lei, qualquer outra forma de restrição fere direitos fundamentais e passa a ser abuso de autoridade.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê as seguintes modalidades de prisão: “A prisão em flagrante delito, a prisão preventiva, temporária, cível (nos casos específicos em lei), e a prisão definitiva para execução da pena”. Sendo o foco desde trabalho está última modalidade.

O código de processo penal, em seu art. 283 traz a seguinte redação:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. (BRASIL, 2015, p.325)

Nota-se que a CRFB/88 e CPP, são unânimes em exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória, para que possa produzir seus efeitos, dando início a execução definitiva da pena. Desta forma, como poderia ser considerada constitucional uma decisão que contraria ambos os textos, e relativiza o trânsito em julgado!?

Nestes casos a privação da liberdade ocorre de maneira ilegal, visto que não está amparada pela lei, uma vez que não foi cumprido os requisitos objetivos, tais como transitar em julgado, ou seja a decisão ainda pode ser alterada, devendo de imediato ser relaxada pela autoridade competente, como dispõem o art.5º LXV: “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. (BRASIL, 2019)

Para isso, a CRFB/88 prevê os chamados “Remédios constitucionais” que tem por finalidade entre outros, restaurar o gozo de direitos violados por ilegalidade e abuso de autoridade, sendo HC o remédio competente para corrigir tal violação.

---

<sup>3</sup> O jus puniendi é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como direito de punir do Estado. Refere-se ao poder ou prerrogativa sancionadora do Estado.

### 3.3 O devido processo legal.

O devido processo legal, trata-se um de um princípio constitucional, que tem por finalidade garantir ao indivíduo um processo com todas as etapas previstas em lei, dotado de todas as garantias constitucionais, ou seja, um princípio cuja a funcionalidade é assegurar à aplicação de outras garantias, sob pena de tornar todo ato ou procedimento nulo. O devido processo legal está previsto na CRFB/88 em seu art. 5º LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tal princípio tem como foco limitar ou frear os exageros do nosso estado durante a instrução processual, tendo a constituição como garantia instrumental, a fim de preservar e prevenir, que o acusado possa vir sofrer restrições antes mesmo de uma persecução justa e conclusiva.

Nas palavras de Rangel, vejamos:

A tramitação regular e legal de um processo e garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmo que não prevista em lei. A liberdade é a regra e o cerceamento à liberdade de locomoção, a exceção, a constituição, ao estatuir da liberdade, não especificou o tipo de liberdade. Assim, o intérprete não está autorizado a restringir o alcance do dispositivo legal constitucional. Onde a lei não distingui, não pode o interprete distinguir. (RANGEL, 2015. p.4)

O devido processo legal é considerando um dos mais importantes princípios da nossa Constituição Federal. Vejamos o que aponta Daniel Amorim Neves:

“É pacífico o entendimento de que o devido processo legal representa um sobreprincípio, supraprincípio ou princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo (NEVES, 2011. p. 62)

Vejamos:

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento; a segunda. Material, reclama no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p.68).

Portanto, o princípio do devido processo legal garante que o indivíduo possa ter um processo devidamente estruturado, mediante o qual se faz presente a



legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade, ou caminho percorrido para se buscar a justiça.

#### 4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.

Como visto nos capítulos acima, a presunção de inocência é um direito de ordem constitucional, que garante que o indivíduo não tenha sua liberdade violada antes mesmo do trânsito em julgado da decisão, no entanto, tal direito vinha sendo interpretado restritivamente, flexibilizando o trânsito em julgado e limitando a presunção de inocência até a condenação em segunda instância, tal entendimento foi firmado no plenário do STF no julgamento do HC 126.292 de 2016<sup>4</sup>.

A partir deste momento, vários acusados que aguardavam em liberdade o julgamento de seus recursos pelos tribunais superiores tiveram suas prisões decretadas com fundamento nesta jurisprudência, dando início a execução provisória da pena, ainda que a CRFB/88 e o CPP, de forma unânime exigissem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tal decisão demonstra uma certa fragilidade da corte, que tem sido afetada por fatores externos aos jurídicos, muitas decisões têm sido tomadas pautadas em clamores populares e na necessidade de dar uma resposta rápida e efetiva à população, ainda que contrarias a Constituição Federal. Neste caso, o STF de maneira inconsequente, relativizou um direito fundamental sob o argumento de evitar um sentimento de impunidade, visto que a demora do estado em julgar recursos ocasiona a prescrição, ao preço de vários acusados serem injustiçados com condenações precoces.

Embora as decisões que são mudadas corresponderem a uma pequena parcela do total que são julgadas, elas existem, e podem evitar uma eventual injustiça praticada pelo estado, em nome de uma vontade compulsória de fazer justiça a qualquer preço, evitando que um inocente se torne mais um número estatístico de erro do judiciário. Por tanto há a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão em liberdade, pois caso o réu tenha dado início a execução da

---

<sup>4</sup> Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão. Levando a defesa a impetrar HC perante o STF, dando origem ao julgamento responsável pela mudança jurisprudencial da corte.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

pena, e posteriormente venha ser declarado inocente, seria irreversível os danos causados pelo acautelamento preambular.

Portanto, ao considerar um inocente culpado previamente, seria praticamente irreparável a situação deste no convívio social. Uma vez que o simples fato de responder a um processo criminal já traz insanáveis prejuízos ao investigado. Então, considerando uma culpa formada antes que se tenha todos os elementos necessários para o trânsito em julgado, seria no mínimo teratológico e inevitavelmente fragilizaria a credibilidade do judiciário.

#### **4.1 A presunção de inocência VS a efetividade da jurisdição penal.**

O processo penal<sup>5</sup>, é o instrumento que o estado utiliza para garantir a aplicação da lei penal, e para isso, é preciso assegurar que, tanto para quem comete, como para quem é vítima da infração penal, a reprimenda estatal, além de não extrapolar os estritos limites legais, seja célere, porém justa, certa, proporcional e eficaz. Neste cenário nasce a necessidade de um mecanismo de freio e contrapesos para balancear a relação de estado e indivíduo dentro da persecução penal, os princípios.

A presunção de inocência, entre outros já abordados anteriormente, tem um destaque especial, pois sua finalidade é garantir que o acusado seja tratado como não culpado, até que haja uma sentença penal irrecorrível. Em alguns casos, até que se tenha esta decisão definitiva, há o decurso de um longo lapso temporal, em razão da ineficiência do estado em julgar seus recursos, extrapolando o princípio da razoável duração do processo, o que conseqüentemente leva a prescrição da pretensão punitiva, ou seja, em outras palavras o estado não poderá mais punir aquele indivíduo pelo crime praticado.

É notável que há uma falha na máquina judiciária, pois a demora de julgar recursos faz com que o estado perca o interesse em punir, não sendo possível reprimir com o rigor necessário a conduta praticada pelo acusado, e por outro lado, não dá uma resposta satisfatória a sociedade, gerando assim um sentimento de impunidade e injustiça, além de se mostrar ineficaz na aplicação da lei penal

---

<sup>5</sup> O Direito Processual Penal ou Direito Processual Criminal é o ramo de estudo tradicionalmente voltado à atividade de jurisdição de um Estado soberano no julgamento do acusado de praticar um crime.

Esse foi um dos motivos que levou Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292 de 2016, a flexibilizar tal mandamento previsto no Art. 5º LVII da CF e Art. 283 do CPP, sob o argumento de que os recursos são usados para procrastinar o processo, causar tumulto na máquina judiciária e induzir a prescrição, deste modo, tornando possível a execução antecipada da pena, ainda que o recurso esteja pendente de julgamento na instância superior.

Ressalte que por não ter ocorrido o trânsito em julgado, a decisão ainda pode ser mudada, eventualmente declarando o réu inocente, e sendo impossível desfazer os efeitos negativos de uma execução provisória. No entendimento de Tourinho Filho, vejamos:

Aí está o ponto nevrálgico da questão devidamente solucionado: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. (FILHO, 2010, v. 1, p. 91).

No entanto, para inibir a prescrição da pena, o STF, inspirado no clamor popular de que a interposição de recursos gera impunidade, suprimiu direitos fundamentais do indivíduo, para compensar a ineficiência do estado de julgar em tempo hábil seus recursos, ferindo assim o princípio da dignidade da pessoa humana, em nome de uma justiça a qualquer preço, como já dizia Marco Aurélio Mello, Ministro da Suprema Corte.

“É importante dizer que não podemos arrancar direitos fundamentais por ineficiência da administração da justiça brasileira, escassez de recursos e entre outros mais, como o meio de se concretizar o princípio da duração razoável do processo. O réu não pode ter seu direito prejudicado por ineficiência do estado em julgar seus recursos”. (MELLO, 2019)

A aplicação da lei penal é fundamental para garantia da ordem pública, e para resguarda os bens jurídicos de valores mais elevados na sociedade, tais como a vida, integridade física e mental, liberdade, segurança entre outros., para Beccaria, ele prega que a tão só existência de norma legal repressora deve incentivar o indivíduo a não delinquir, pois:

[...] é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da ideia de que não há crimes sem

castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável. (BECCARIA, 2010, p. 49).

Todavia, a aplicação da lei penal deve ser de maneira eficaz e justa, para que possa produzir seus efeitos, sem passar por cima de garantias constitucionais, e observando o devido processo legal, a razoabilidade e a proporcionalidade, possa reprimir com o rigor necessário, dentro dos limites impostos pela lei, sem ofender a dignidade da pessoa humana. A eficácia da justiça depende em boa medida da efetividade na prestação jurisdicional, que em todo os casos deve ocorrer de maneira célere, ágil, e justa, para que possa alcançar a duração razoável do processo, sem ocasionar a prescrição.

Havendo colisão de princípios em relação a presunção de inocência e a efetividade da jurisdição penal, deve se destacar aquele que melhor retrata a posição do Constituinte de 1988, qual seja, a presunção de inocência; tendo em vista que por diversas vezes a carta magna tratou de deixa claro, por meio de seus dispositivos que liberdade é regra, e prisão exceção, devendo nestes casos um principio ceder espaço para outro, prevalecendo aquele de maior valor jurídico.

Sobre o assunto Alexy discorreu que:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. (ALEXY, 2015, p. 93).

A partir dessa lógica, da análise da doutrina e da atual jurisprudência do STF, podemos inferir que no julgamento do HC. 126.292 houve o afastamento da aplicação do princípio da presunção de inocência, e isso ofendeu o garantismo penal, tendo em vista que o guardião da constituição não observou com cautela o direito inalienável ali previsto, voltando a trás posteriormente no ano de 2019 com o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> As ações declaratórias de constitucionalidade 43,44 e 54, foram propostas no STF pelos partidos políticos Patriota e PCdoB, e pelo conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com a finalidade de buscar perante aquela corte, a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, em conformidade com art. 5º LVII da CF, para que houvesse a suspensão das execuções provisórias das penas de prisão, antes de transitada em julgado.

De fato, a justiça que se espera é diferente da justiça que se realiza, isso porque a falha está na administração da máquina judiciária, e não no amplo direito que o indivíduo tem de discordar das decisões, e a supressão de direitos do acusado não é o caminho para melhor prestação da justiça, afinal, recursos são direitos fundamentais e de modo algum pode ser entendido como mecanismo de procrastinar o processo, e sim, como meio de buscar uma decisão mais justa em qualquer grau da jurisdição.

#### **4.2 A deficiência da máquina judiciária.**

Atualmente existe um grande volume de processo tramitando na justiça brasileira, de acordo com dados fornecidos pelo CNJ (2019, p.20)<sup>7</sup> esse número é de 78,7 milhões, referente ao ano de 2018, e podendo bater a marca de 114,5 milhões para o ano de 2020. Cerca de 9,1 milhões desses processos são de natureza criminal, sendo que 7,5 milhões tramitam na justiça estadual, dividindo-se em 1º e 2º instância com 6 milhões, e 1,5 milhões em execuções penais, conforme documento do CNJ.

Os números passam a ser ainda mais conflitantes quando pegamos o total de magistrado em atividade no Brasil, que segundo o CNJ (2019, p. 15) é de 18mil, e o compararmos ao número total de processos, o que daria uma média de 4.322 processos por magistrados, um número altíssimo, que combinado com outros fatores, pode colocar em cheque a eficácia da prestação jurisdicional.

De modo geral, o ser humano está passível de cometer erros, e não seria diferente no âmbito do poder judiciário, com os magistrados, logo, em posse desses dados, torna-se notável que esta máquina jurisdicional está suscetível a erros e falhas, em decorrência do acúmulo de trabalho, e conseqüente desfalque do número de julgadores, sendo alguns desses erros apenas percebidos e corrigidos na análise feita na instância superior.

Do número total de magistrados, aproximadamente 11 mil estão lotados na justiça estadual. Há de se saber que este número não corresponde somente a juizes

---

<sup>7</sup> Trata-se de relatórios estatísticos produzidos pelo CNJ, referente a toda esfera do poder judiciário brasileiro, justiça em números 2019, relativo ao exercício jurisdicional de 2018. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)

competentes para apreciar demandas criminais, sendo eles das mais variadas áreas de atuação, dentro do ramo do direito.

Segundo Coelho (2019), correspondente da revista Consultor Jurídico, em uma pesquisa<sup>8</sup>, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ, a pedido do então Min. do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, com base nas decisões proferidas pelas duas turmas criminais desta corte, ficou constatado que 0,62% dos réus condenados em segunda instancia, são absolvidos pelo STJ, vale ressaltar que a pesquisa foi realizada analisando 68,9 mil decisões. A pesquisa também mostra que foram deferidos 1,02% de recursos para substituição de pena de prisão para restritivas de direito; 0,76% para casos de prescrição, e 6,44% para diminuição de pena.

Com base nisto, o referido Ministro votou contra a presunção de inocência, sendo a favor da execução antecipada da pena, pois apenas 0,62% das decisões são mudadas. Todavia, vemos por meio desses dados jurídicos produzidos que, embora o número de absolvição seja pouca, ela existe, e que corresponde ao total de 461 réus, injustiçados, que se tornaram vítimas de erros e falhas judiciais, passando despercebidos pelo juízo de 1º e 2º instancia, em decorrência de uma análise superficial do mérito, causada pelo acúmulo de serviços.

Além do que, notasse que tem um numero significativo de réus que se encontram em situação passível de diminuição de pena, isto porque preenche os requisitos legais, elencados pela lei, e que não foram observados na sentença ou acórdão condenatório, sendo apenas reconhecido por meio de recurso especial.

Por tanto, vislumbra-se a necessidade do recurso no ordenamento jurídico, para corrigir eventual erro ou falhas de decisões emanadas pelo poder judiciário, nunca há de se falar que recursos são mero instrumentos para protelar a tramitação processual com intuito de gerar impunidade, e sim como forma de buscar uma decisão mais justa.

---

<sup>8</sup> O ministro Luís Roberto Barroso, sugeriu que o estudo fosse realizado pelo STJ, o levantamento foi feito com base nas decisões proferidas pelas duas turmas criminais entre setembro de 2015 e agosto de 2017. A pesquisa está disponível: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-02/stj-absolve- apenas-062-dos-reus-condenados-em-segunda-instancia>.

## **5 O POSICIONAMENTO DOS MINISTROS CONTRARIO A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.**

No dia 25 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal em sede plenário, finalizou o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, oportunidade em que a suprema corte revogou sua própria jurisprudência acerca da prisão em segunda instância, e passou a vigorar um entendimento favorável a presunção de inocência.

Foi feito um reexame acerca da matéria, no qual, por 6 votos a 5 ficou decidido que, com base no art. 283 do CPP, a prisão definitiva só poderá ser decretada depois de transitada e julgada a decisão condenatória. Sendo favorável a este entendimento os Min. Marco Aurélio Mello (relator do caso), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, que deu o voto final e de minerva.

A decisão tomada pelo plenário da corte vincula toda a estrutura do poder judiciário, em todos os graus de jurisdição, e a partir dela, o réu pode aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão, para poder da início a execução definitiva da pena, caso não seja absolvido, fazendo então valer o texto constitucional.

Passara nesse presente momento a analisar os principais argumentos que levaram os referidos ministros a votarem a favor da presunção de inocência.

### **5.1 Gilmar Mendes.**

O ministro Gilmar Mendes foi o quarto a votar contra a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância.

O ministro afirmou que a legislação penal prevê a garantia que “impede de forma geral o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença”. “O ônus da prova é da acusação”, disse.

Gilmar Mendes afirmou que houve “mau uso” das execuções provisórias após a decisão do Supremo, de 2016, que permitiu a prisão após a condenação em segunda instância, com uma “padronização” de decisões. Segundo o ministro, a Corte permitiu a prisão, mas não a tornou obrigatória.

Conforme declara o site BBB News ( 2019), em seu voto, Gilmar Mendes disse que o “fator fundamental” para a sua mudança de orientação foi a forma como



os tribunais de instâncias inferiores passaram a entender a decisão do STF de 2016. Segundo o Ministro "Decidiu-se que a execução da pena era possível, mas não imperativa. De fato, na própria ementa (do julgamento de 2016), estabeleceu-se que a execução era uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade." Ainda defende que:

"Os tribunais brasileiros passaram a compreender essa possibilidade como um imperativo", afirmou. O ministro citou como exemplo a súmula editada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o tribunal recursal da Lava Jato, que tornou obrigatória a execução provisória da pena. "Sagrou-se como um mantra". (MENDES, 2016.)

Gilmar Mendes argumentou que inúmeras decisões de segunda instância são revistas após o julgamento de recursos pelas instâncias superiores e que, se o problema é a morosidade, não cabe reinterpretar a Constituição. "Temos que melhorar é o sistema de funcionamento, a distribuição, o atendimento", disse.

No voto, Gilmar Mendes contestou a fala da ministra Carmen Lúcia de que a proibição da prisão antes do fim do processo favorece os mais ricos. Ele diz que defensores públicos "desmistificaram esse discurso" mostrando que pessoas pobres também conseguem reverter condenações de segunda instância.

## **5.2 Celso De Mello.**

O ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, foi o quinto voto a favor de que a pena só comece a ser executada após julgados todos os recursos nos processos penais, empatando o julgamento.

Citando os casos do mensalão e de desvios na Petrobras, Celso de Mello afirmou que "nenhum cidadão poderá viver com dignidade numa sociedade política corrompida", mas que a Constituição não pode se submeter às "circunstâncias".

O ministro afirmou que há mais de 30 anos tem entendido que a execução provisória da pena fere a presunção de inocência, mesmo antes da existência desses casos.

Segundo o G1 (2020) Celso de Mello afirmou que "Tem sido constante e inalterada a minha posição neste STF em torno da presunção de inocência"

Segundo o decano, as penas "dependem do trânsito em julgado da sentença que as aplicou, uma vez que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de

comportar-se em relação ao suspeito, indiciado, ao denunciado e ao réu como se esses já houvessem sido condenados definitivamente pelo Poder Judiciário”.

Para ele, o Estado não pode agir "de modo abusivo". De acordo com o ministro, a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário "estão rigidamente sujeitos aos estritos condicionamentos que a Constituição Federal e as leis desta República lhes impõem como limites inultrapassáveis”.

Celso de Mello afirmou que nenhum ministro, a par de sua posição sobre a execução da pena, “discorda ou é contrário à necessidade imperiosa de combater e reprimir com vigor, respeitada, no entanto, a garantia constitucional do devido processo legal”.

Ainda, através do G1 (2020), pode-se identificar que Mello destaca que “O processo penal condenatório não constitui e não pode converter-se em instrumento de arbítrio do estado”. Nas palavras do Ministro:

“O estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder eventualmente perpetrado por agentes estatais.” (MELLO, 2020)

Sobre a possibilidade de prescrição de crimes, o ministro afirmou que, se os recursos estão previstos em lei, devem ser usados. “Esse não é o problema do Poder Judiciário, não é problema da defesa dos acusados, esse é um problema da lei.”

### **5.3 Dias toffoli.**

O presidente da Corte, ministro Dias Toffoli, formou maioria para derrubar a possibilidade de execução provisória da pena. Para Toffoli, o condenado só pode ser preso após o trânsito em julgado, ou seja, após o julgamento de todos os recursos do réu.

Toffoli defendeu que apenas as decisões do júri devem ser imediatamente executadas, pois tratam de crimes dolosos contra a vida.

Toffoli argumentou que o trânsito em julgado foi uma escolha do Congresso ao estabelecer o que rege o artigo 283 do Código de Processo Penal.

O ministro explicou que, na redação original, o artigo previa possibilidade de prisão a qualquer dia e a qualquer hora. Em 2011, o artigo foi alterado, restringindo a hipótese de prisão apenas após o trânsito em julgado e de forma cautelar.

Aponta o G1 que Toffoli defendeu que “Sempre votei no sentido da deferência ao parlamento”. E ainda destaca que: “Nesse texto, temos que o parlamento pediu a necessidade do trânsito em julgado. Não é um desejo do juiz, é de quem foi eleito pelo povo brasileiro”.

Para Toffoli, “a opção legislativa expressa [sobre o trânsito em julgado] não se confunde com a cláusula pétrea da presunção de inocência, essa sim, imutável”. Em seu voto, o ministro afirmou que está analisando, nesse caso, apenas a compatibilidade do artigo com a Constituição. Para o Ministro “O Congresso Nacional pode dispor sobre o tema, em sentido diverso, desde que compatível com a presunção da inocência”.

Dias Toffoli afirmou que o número de recursos nos tribunais superiores “não provoca caos” e que o tempo médio de tramitação é de oito meses. Afirmou ainda que “Esta Corte dispõe de mecanismos para obstar o abuso de recorrer”.

Para o ministro, o “caos” está na “epidemia de homicídios” ocorridos no país e nos milhares de processos à espera de decisão do Tribunal do Júri. “É uma impunidade do sistema de investigação e aqui não há dúvida, a vítima é o pobre. (...) Esses assassinos estão à solta, sequer se sabe quem são”.

#### **5.4 Rosa Weber.**

Em seu voto, a ministra se manifestou contra a possibilidade de prisão de condenados em segunda instância, afirmando que a presunção de inocência é “garantia fundamental” prevista na Constituição que não pode ser lida “pela metade”.

“Trata-se, na minha visão, de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete, diante da regra expressa veiculada pelo constituinte ao fixar o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência. No momento em que passa a ser possível impor aos acusados os efeitos da atribuição da culpa, não é dado ao intérprete ler o preceito constitucional pela metade, ignorando a regra” (WEBER, 2020)

A ministra defendeu que o Estado deve observar as garantias asseguradas pelo próprio Estado. Em suas palavras: “Goste eu pessoalmente ou não, esta é a

escolha político-civilizatória estabelecida pelo Constituinte. Não a reconhecer, com a devida vênia, é reescrevê-la para que espelhe o que gostaríamos que dissesse".

Segundo a ministra, "em uma época na qual sobeja a desconfiança do povo em relação a seus representantes e o descrédito da atividade política" não é difícil, afirmou Rosa Weber, "ficar tentado a uma interpretação do texto constitucional que subtraia garantias e proteções".

Rosa Weber afirmou que aplicou o entendimento tomado em 2016 pela maioria dos ministros em 66 decisões individuais, mas sempre salientando que daria seu voto no momento apropriado, o do julgamento das ações declaratórias.

### **5.5 Ricardo Lewandowski.**

O ministro acompanhou o relator, ministro Marco Aurélio Mello, e a ministra Rosa Weber, contra a prisão após condenação em segunda instância.

Lewandowski disse que as mudanças na Constituição não poderão tornar vulneráveis as garantias previstas na Carta.

Citando cláusulas pétreas da Constituição, Lewandowski afirmou que entre estas cláusulas está a presunção de inocência, a "salvaguarda do cidadão".

Segundo Lewandowski, a Constituição não é uma "mera folha de papel que pode ser rasgada sempre que contraria as forças políticas do momento".

A única saída legítima para qualquer crise em um regime que se pretenda democrático consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais. Não se pode fazer política criminal contra o que dispõe a Constituição, mas sim, com amparo nela. (LEWANDOWSKI, 2020)

Nessas palavras o Min. finalizou seu voto, sendo favorável a presunção de inocência.

### **5.6 Marco Aurélio Mello.**

No voto, afirmou que sua visão do tema é desde sempre conhecida. "Desde sempre implemento a resistência democrática e republicana na matéria, incontáveis habeas corpus voltados a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão", afirmou.

Mello afirmou que observará o pronunciamento da Corte, mesmo que seja contrário à sua posição, porque será vinculante (valerá para todos os casos na Justiça). Mas defendeu que “a culpa surge após alcançada a preclusão maior”.

Ainda segundo o relator, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Marco Aurélio Mello ainda aponta que: “A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposta da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. Diz ainda que “O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas.”

Para Mello, a Constituição de 1988 “consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”. Defende que A regra é apurar para (...) prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.” Desta forma, finalizando seu voto contra a execução antecipada da pena

## 6 CONCLUSÃO

Após ter-se estudado o assunto durante 13 (treze) meses, as acepções acerca do tema tornaram-se menos abstratas.

Durante esta trajetória, foi realizada uma análise sistemática na doutrina acerca do assunto, ao passo que vai de encontro a corrente majoritária<sup>9</sup>, vislumbra-se que o estado na figura de garantidor do direito, deve ser o primeiro a não viola-lo, afinal, direito é direito, indiferente de quem seja o seu titular. Por esses motivos, é necessário que durante a aplicação da lei penal, seja observada todas as garantias e todas as fases do processo, para que se tenha uma persecução justa e eficaz, capaz de reprimir com rigor necessário dentro dos limites da lei, sem que fragilize a dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto acima, conclui-se que a prisão decretada em instancia ordinária, antes do transito em julgado da decisão é inconstitucional frente ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que a mesma ainda pode ser alterada, e por esta razão não é viável que se antecipe seus efeitos, já que é possível que o réu seja inocentado na instancia superior, conforme foi demonstrado pela pesquisa realizada pelo STJ, e caso isso aconteça, seria irreversível os efeitos negativos que esta pode causar ao acusado no meio social.

Os dados de pesquisa apresentados, demonstram que há decisões dos tribunais de segunda instancia que são alteradas em sede de recurso especial, ocasionando na absolvição do réu, que se tivesse sido respeitado a presunção de inocência, jamais seria submetido ao cárcere precoce, em virtude de dupla condenação.

Assim, pelo exposto, com todas as análises feitas ao longo deste trabalho, pode-se perceber que a recente decisão tomada pelo STF de mudar seu entendimento acerca da presunção de inocência é acertada, além de ser uma conquista social e jurídico para o país já que é possível dizer que há uma segurança jurídica a acerca do assunto, uma vez que está em consonância com a escrita da carta magna brasileira. Contudo, é provável que não haja unanimidade acerca do assunto, haja vista que essa discussão abarca opiniões dos operadores do direito,

---

<sup>9</sup> A nova jurisprudência do STF, com entendimento de que a prisão decretada em segunda instancia fere a presunção de inocência, garantia esta fundamental e princípio basilar do estado democrático de direito.

dos populares e veículos de mídia, além de valores subjetivos de uma sociedade diversificada.

O trabalho é de grande relevância científica já que se pautou em um longo período de leituras, análises de pesquisas já existentes. Uma tentativa de aprofundar e suscitar uma discussão fundamentada em dados e não em opiniões e achismos muitas vezes viciados social e moralmente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 10. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BRUNIALTI, Alttilio, **Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni**, v. 1, Torino, Torinese, 1995, p. 148.

BBC NEWS. **Como votou cada ministro do STF no julgamento que vetou prisão após 2ª instância**. André Shalders. Brasília. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50340699>. Acesso em 16 de Jun de 2020.

BRAGA, Fernando. **STJ absolve apenas 0,62% dos réus condenados em segunda instância**. Repórter Agencia Brasil- Brasília. 2018. Disponível : <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-02/stj-absolve-apenas-062-dos-reus-condenados-em-segunda-instancia>. Acesso em 16 Jun 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 05 fev 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 05 de fev 2020.

**Convenção Europeia dos Direitos do homem**. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4> > Acesso em 05 out. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para quem? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 51

COELHO, Gabriela. **Justiça reduziu número de casos pendentes em 2018, diz relatório do CNJ**. Revista Consultor Jurídico. Brasília. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/justica-reduz-numero-casos-pendentes-2018-cnj#:~:text=%C3%89%20o%20que%20mostra%20o,pelo%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a.&text=De%20acordo%20com%20o%20documento,2%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202017>.. Acesso em 16 de Jun de 2020.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo**



**positivista.** Trad. de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1991. (Coleção Os pensadores)

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 05 de Fev de 2020

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal.** 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

LOPES JR., Aury. **Direito processual.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013 x

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil:** volume único. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Mariana. **Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância.** g1.globo. 2019. Disponível em : <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>. Acesso em 16 de Jun de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Diretos humanos e o direito constitucional internacional.** 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 18. Ed. Ver. Ampl. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 23º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal,** 5. ed. Ver. Ampl. E atual. Salvador. JusPodivm, 2011

Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Brasília. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 16 Jun de 2020.