



FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA

Thiago Santana Satler

**CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DO CODIGO DE
PROCESSO PENAL**

IPATINGA/MG

2020

THIAGO SANTANA SATLER

**CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DO CODIGO DE
PROCESSO PENAL**

Projeto de pesquisa apresentado à Faculdade de Direito de
Ipatinga como requisito para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.
Orientadora Prof: Mauro Lúcio.dos Santos

IPATINGA/MG

2020

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar a importância do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a relativização do princípio da presunção de inocência e os reflexos causados na legislação, doutrina e jurisprudências pelo novo entendimento acerca do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em um primeiro momento é apresentado como funciona o devido processo legal e as funções do trânsito em julgado, no segundo capítulo é apresentado o princípio constitucional da presunção de inocência, já no terceiro e quarto capítulo são apresentados as reviravoltas quanto aos entendimentos jurisprudenciais, justo quando a problemática surge com a mudança de entendimento da Suprema Corte fixado no Habeas Corpus nº 84.078/MG no ano de 2009, pela ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, bem como das cautelares das ADCs 43, 44 e 54 definindo-se que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. O método da pesquisa é descritivo e foi embasado em jurisprudências, doutrinas, ordenamento jurídico e afim.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Trânsito em julgado. Supremo Tribunal Federal. Princípio Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL	6
1.2 DO TRÂNSITO EM JULGADO	9
2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ART. 283 DO CPP	12
2.1 <i>IN DUBIO PRO REO</i> E IMUNIDADE DA JURISDIÇÃO	15
3 REVIRAVOLTAS JURISPRUDENCIAIS DO STF	17
3.1 ALEGAÇÕES FAVORÁVEIS À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	21
3.2 ALEGAÇÕES CONTRÁRIAS À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	23
3.3 JURISPRUDÊNCIA ATUAL	24
4 A RECONSIDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO FORMA DE EVITAR O ABUSO DE RECURSO PROTTELATÓRIOS.....	26
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS.....	31

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser exposto tem por função analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do artigo 5º, LVII da Constituição Federal, que versa sobre o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, e informa que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

O STF entendia que a pena só poderia ser aplicada depois de esgotados todos os recursos cabíveis, que seriam interpostos perante: o segundo grau, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, no julgamento do HC nº 126.292, o Supremo alterou seu entendimento, decidindo por sete votos a quatro, que o réu poderia ser preso após sentença no segundo grau, antes de esgotados todos os recursos possíveis.

Porém, determina a Constituição Federal que ninguém será considerado culpado até o trânsito de uma sentença penal condenatória, sendo consagrado, assim, o princípio da presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito como garantia processual penal, tutelando a liberdade pessoal do indivíduo (MORAES, 2016).

O tema será abordado a partir da instrumentalidade constitucional do processo penal, em concordância com seus princípios e no garantismo do processo penal, os quais garantem os direitos e garantias fundamentais do imputado, assegurando-lhe um julgamento justo e livre de qualquer arbitrariedade estatal.

Portanto é verificada uma relevância nesse estudo do tema que se apresenta, tendo em vista que possivelmente altera sobremaneira uma garantia fundamental do cidadão constante da Magna Carta, de modo que a inconsistência pelo qual o tema passou nos últimos anos, gerou certa insegurança jurídica, assim poderá vir a implicar demasiada ofensa ao Estado de Direito, o que não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, pelo que se demonstrará a eventual inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, fundada na relativização do princípio constitucional da presunção de inocência.

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é um dos princípios reconhecidos pela Constituição de 1988 pelo artigo 5º, pontuado pelo inciso LIV, o qual está postulado como “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ofertando aos cidadãos a seguridade de não privar sua liberdade, ate mesmo o domínio de seus bens, sem transitar em julgado ou através do trâmite de um devido processo dentro dos termos pré-estabelecidos no ordenamento.

Dessa forma, esse princípio tem a função de assegurar todas as fases que a lei prevê, observando assim os privilégios constitucionais, caso contrário poderá sofrer a sanção de anulação, assim, o entendimento é aceitável de que tal instrumento demonstra ser um sobreprincípio, supraprincípio ou um princípio-base, utilizado para orientar todos os outros princípios que devem ser analisados no decorrer da tramitação de um processo.

No atual contexto político, social e jurídico, se tornava material através dos direitos fundamentais da segurança jurídica do processo, do acesso à jurisdição, da igualdade processual material, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da justiça da decisão e, finalmente, da duração razoável e da efetividade do processo.

Quanto à segurança jurídica entende-se que não é tão somente o escopo que se compreende o devido processo legal, como também representa um componente inerente para todo o sistema jurisdicional, sendo dessa forma, substancial ao que compete à probabilidade dos métodos e regulações de condutas por entre os indivíduos, ou entre os indivíduos e o Estado.

A existência do Poder Judiciário dá amparo à segurança jurídica do devido processo legal, que independe de associação com demais Poderes, sendo compatível com o que é previsto no art. 2º da CF/88, ao que compete de forma exclusiva ao exercício jurisdicional, sendo obrigação da lei a regulação dos mecanismos inerentes ao processo, que estão abarcados pelo Código de Processo Civil, quando é tratado no âmbito cível e, de forma final, pela previsão de estabilização definitiva do conflito pela coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF/88).

Já no que diz a garantia do acesso à jurisdição ela encontra amparo no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXXV diz "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Está vinculada a essa

garantia a assistência jurídica de forma integral e em sua gratuidade é ofertada àqueles que informarem rendimentos hipossuficientes, tal disposição se encontra no artigo 5º da CF/88, inciso XXIV, (TAKOI, 2008, p. 1)

No que se refere à garantia de acesso à justiça, a mesma tem se assegurado no juízo natural, evitando que ocorram juízos de exceção, pelo que consta no artigo 5º XXXVII da Constituição Federal de 1988, e desta forma, sendo de maneira taxativa proibidos no ordenamento jurídico criar tribunais com duração temporária ou que sejam criados especialmente para julgar casos particulares, depois da ocorrência dos fatos em julgamento.

A isonomia processual é totalmente ligada à igualdade material, ao se equiparar a peculiaridade do direito a se discutir no juízo, assim como as circunstâncias da parte que a tornem capaz de salvaguarda processual mais diferenciada e com adequação ao caso em questão, um exemplo bastante usado, são as regras do Direito do Consumidor, que garante ao usuário algumas prerrogativas com a intenção de manter o equilíbrio perante as desvantagens que existem entre consumidor e prestador de serviços. Assim como o Estatuto do Idoso, da Criança e do Adolescente.

A teoria do duplo grau de jurisdição, no que lhe diz respeito, ainda que não esteja manifestada na Constituição Federal, a doutrina compreende que localiza suporte no artigo 108 da CF/88,

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: [...]

II – julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. Essa disposição também é aplicável aos Tribunais Estaduais pelo princípio da simetria, já que pelo artigo 125 da mesma Constituição "os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição". (BRASIL, 1988)

Assim, mesmo que de uma forma mais implícita na constituição, é assegurado às partes no processo o direito de interposição de recurso com vistas à corrigir injustiças de uma decisão ou de uma sentença, por um órgão que seja diferente daquele que prolatou a sentença, chamado juízo ad quem, ou seja, um juízo superior àquele que julgou o caso em primeira instância.

Outro fator substancial é a associação ao devido processo legal que foi inserido por meio da Constituição é o que se menciona a justiça da decisão, que

também se conhece por processo justo e equitativo, o qual é tradução para se obter da justiça ao caso concreto, assegurando pela indispensabilidade de motivação em todas as decisões judiciais e da publicidade dos julgamentos conforme é preceituado no artigo 93, inciso IX da CF/88:

Art. 93... IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988)

Sob essa premissa é por meio da motivação das decisões que as partes, e especialmente, a coletividade, podem apreciar a efetividade e a preponderância da justiça excepcional, concernindo à autoridade judicial esclarecer as razões de fato e direito que colaboraram para qualquer posicionamento, ao qual se deu causa a uma parte em desvantagem à outra.

Relativo ao devido processo legal, importa dizer que existe a garantia do prazo razoável do processo e da efetividade da jurisdição, que tem previsão no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e possui a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Desse modo, é explícito a maneira como é garantida a razoável duração processual, bem como os meios que a assegurem concretizar a celeridade de tramitação processual.

Para complementar um pouco o raciocínio é necessário indicar outros princípios, começando pelo princípio do contraditório, que é uma decorrência do devido processo legal e tem previsão no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, suportando o entendimento pelo qual o acusado terá que contrapor as acusações que a ele são impostas, dessa maneira, a carência desse requisito no processo acarretará nulidade do ato processual, por ser substancial para sua validade.

Em complementação, o doutrinador Lopes Jr (2016) traz o seguinte comentário:

O juiz deve dar "ouvida" a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do "processo como jogo", das

chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a “oportunidade de fala”. Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade.

Pro conseguinte, o contraditório é o que proporciona que a defesa escontre-se em posição análoga à acusação, tornando essa igualdade uma condição indispensável para o razoável andamento do feito, é o mesmo que dizer, que o princípio do contraditório mais do que possibilitar ao acusado, sua defesa e as provas, consente também a paridade processual, substanciada ao exercício integral do direito de defesa.

De modo semelhante ao princípio do contraditório a ampla defesa também está abarcada pelo mesmo artigo que o devido processo legal, especificamente no artigo 5º inciso LV, da CF/88, e são uma decorrência desse primeiro princípio citado. Por sua vez, a ampla defesa tem o poder de garantir ao réu todas as medidas idôneas de sua defesa, ou seja, deverá ser esse direito bastante efetivo, sob a pena de nulidade dos atos.

Deve levar em consideração que essa nulidade pode sofrer uma divisão, podendo ser da seguinte maneira: defesa técnica, processual ou específica, que é aquela realizada por profissional habilitado; e autodefesa, defesa material ou genérica, que nada mais é do que a defesa realizada pelo próprio imputado. No primeiro momento ela é deveras obrigatória, já a segunda irá observar se será conveniente ao acusado, sempre sendo-lhe reservado o direito de permanência em silêncio. (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Por conseqüência, o objetivo do princípio da ampla defesa é certificar ao imputado o direito de atribuir-se de todos os meios capazes de consolidar e fortalecer sua defesa, sendo, dessa forma, uma obrigação do Estado assegurar tão prerrogativa, concedendo assistência jurídica de forma integral e gratuita aos que provarem que são insuficientes de recursos.

1.2 Do trânsito em julgado

A expressão trânsito em julgado é utilizada no direito para exprimir que uma decisão ou uma sentença que se tornou definitiva e não podendo mais sofrer

qualquer tipo de alteração, circunstancia pelo qual transcorreu o prazo de interposição de eventual recurso ou por não cabimento do mesmo sobre ela.

Utilizando do pensamento de Távora (2015):

Coisa julgada, a rigor, ocorre para situações onde há sentença propriamente dita, com julgamento da pretensão punitiva em seu mérito. A coisa julgada se agrega à parte dispositiva de um julgado, tornando-o imutável. É fenômeno que se dá com o decurso do prazo recursal "em branco" (*In albis*), sem que as partes interponham o recurso cabível, ou, em tendo havido recurso, após a apreciação definitiva deste. (TÁVORA. 2015. Pág.1037).

Em complementação, Pacelli (2003. P. 590) argumenta que coisa julgada "não é um efeito, mas uma qualidade da" sentença "da qual não caiba mais recurso", dessa forma, "é a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida".

Nessa perspectiva, o termo indica que não caberão mais recursos contra alguma decisão judicial dentro de um processo em específico, uma vez que as partes não apresentaram o recurso dentro do prazo estabelecido mediante a legislação ou por que a suposição jurídica não admite mais interposição de pedido de reavaliação dessa mesma matéria.

Ao transcorrer o trânsito em julgado todas as partes processuais deverão ser cientificadas nos autos processuais, pois tal decisão é tanto definitiva quanto irretratável, e o próprio ordenamento define que "A lei não prejudicará a coisa julgada." (BRASIL, 2018).

A letra da Lei é clara, pois a par do que pontifica o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"; e art. 283 do Código de Processo Penal:

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, 1941)

Dessa forma, podemos averiguar que não existe margem para múltiplas interpretações, a única possível era pela possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Porém no decorrer do trabalho serão apresentados alguns entendimentos pelo qual

o Supremo Tribunal Federal optou por seguir sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade, após a formação de culpa no segundo grau de jurisdição.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ART. 283 DO CPP

O princípio a ser explicado, da presunção de inocência é um dos essenciais para o direito, tendo estabelecido em seu fulcro assim com a Constituição de 1988 estabelece que presumir-se inocente é um pilar e em uma leitura simples no ordenamento se retira que seja qual for a pessoa ela não poderá ser culpada de forma previa ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em termos mais específicos o artigo 5º, inciso LVII da CF/88 exprime: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Portanto é vedado, mediante a Constituição, de qualquer forma de julgamento judiciário, estatal ou pela sociedade, anterior a sentença que condenatória.

Nesse diapasão, tem-se que o princípio da presunção de inocência resguarda juntamente com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os direitos e garantias. Assim nos ensina Paulo Mascarenhas:

Da presunção da inocência se infere que não pode haver a inversão do ônus da prova. Ao estado, a quem compete a formalização da denúncia, cabe a produção das provas necessárias para tanto, asseguradas ao acusado a ampla defesa e o estabelecimento do contraditório. Para haver condenação é necessário que o juízo esteja realmente convencido da culpabilidade do autor, caso contrário, se infirma a presunção da inocência, corolário do *in dubio pro reo*. O nome do acusado somente pode ser lançado no rol dos culpados após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vale dizer, quando da sentença não cabe mais nenhum recurso. (MASCARENHAS, 2010, p.78).

Como esse princípio é de ordem constitucional possui estreita relação com a dignidade da pessoa humana encontrando previsão em documentos como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 cujo art.11.1 estabelece “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”; e a Convenção Americana de Direitos Humanos – São José da Costa Rica, art. 8º § 2ª “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

O princípio da não-culpabilidade pode ser conceituado como:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da presunção, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõem ao Poder Público a

observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do interpersecutória, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. (OLIVEIRA, 2016, p. 48)

De acordo com a doutrina majoritária, o princípio apresentado nesse capítulo possui alguns aspectos e objetivos para proteger o acusado em processo: primeiramente visa indicar garantias perante o poder punitivo do Estado ante ao acusado; 2) defesa do acusado no decurso do processo, ou seja, assegurar que não seja apontado como culpado ao longo do processo, não podendo, portanto, receber medidas restritivas no decurso deste direito; e por fim 3) orientado pelo aplicador do direito, no qual o juízo do caso da esfera jurídica penal deverá na hipótese de ocorrer dúvida quanto à culpabilidade do acusado, deverá promover a absolvição, considerando que cabe a acusação a comprovação de culpa do imputado (NUCCI, 2017).

Assim, é destacado pela Constituição Federal de 1988 que não se usa como expressão a palavra em si “inocência” para referir a tal princípio e sim “culpado”, sendo a primeira denominação prevista pelos Tratados Internacionais.

Neste espeque, é dever do Estado a comprovação de culpa do indivíduo a quem é imputado uma conduta tida como criminosa. É dizer, é atributo do Estado a comprovação de culpabilidade e não do indivíduo provar sua inocência, assim diz Moraes:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado. . (MORAES, 2014, p.123).

Pela jurisprudência brasileira inexistente diferenciação por tais nomeclaturas, mesmo que aqui no país tenha ficado conhecido como princípio de não-culpabilidade (FERNANDES, 2017).

De acordo com Fernando Capez (2006, p. 17) a pena é uma condenação imposta pela autoridade estatal na execução de uma sentença, ou quando se é responsável pela prática de um delito ou infração penal, o qual compreenderá na

abstenção de um bem jurídico, para retribuir ao ato delituoso do condenado, da mesma forma que para proporcionar sua readaptação em sociedade e precaver futuras transgressões por parte da sociedade.

O ordenamento jurídico pátrio penal apresentou algumas teorias sobre penas. Dessa maneira, a primeira delas seria denominada teoria retributiva ou absoluta, assim, sua função é a punição do acusado, sendo usada como compensação de todo o mal imputado. (CARMO COTA; ALBURQUERQUE, 2018). Uma segunda teoria retratada é a finalista ou relativa, conforme o qual pena tem a característica de finalidade social, ou seja é uma forma de proteção da sociedade, de modo que o direito penal venha ser eficaz ao mostrar o condenado uma nova perspectiva para que não venha praticar novos delitos. (CARMO COTA; ALBURQUERQUE, 2018). Por último, a teoria adotada no ordenamento Brasileiro é a teoria mista, correspondendo à harmonia das duas teorias demonstradas, dessa forma a destinação da pena é tanto para coibir que o acusado venha a cometer novos delitos, como a reparação de danos provocados pelo seu comportamento errado. (CARMO COTA; ALBURQUERQUE, 2018).

Destaca-se que no sistema jurídico brasileiro o objetivo da pena no direito penal ter o seguinte conceito:

Pena é uma retribuição proveniente do Estado como consequência da prática de uma infração penal e consiste na restrição ou privação de bens jurídicos, previstas na lei, cujo objetivo é a ressocialização do condenado e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 423).

Um breve destaque sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, este que determina que as decisões ou sentenças de juízes de primeiro grau devem ser obrigatoriamente revisadas por um juiz ou órgão colegiado de grau hierárquico superior.

Esse princípio não tem previsão expressa na Constituição, sendo assim, é grande parte da doutrina o considera um princípio Constitucional implícito (NUCCI, 2015). Possui fundamento em normas de competência do tribunais o que acarreta de maneira implícita às decisões, em via de regra, que devam ser verificadas àquelas por se entender se tratar de um princípio constitucional usado como norma de extensão, prevista pelo art. 5º, § 2º, CF/88 “§ 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República

Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, CF/1988) com associação o art. 8º, 2, H, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (NUCCI, 2017).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal compreende que tal princípio tem natureza supralegal e infraconstitucional, e por essa razão, para essa corte nosso ordenamento jurídico não possui garantia de duplo grau de jurisdição em todas as decisões, tendo como exemplo, os processos com origem nos Tribunais (BRASIL, STF, 2008).

Conforme foi exposto, o princípio brevemente comentado da uma garantia ao acusado de que suas decisões serão revisadas, porém não impossibilita o início da execução da pena após a constatação da prisão em segunda instância.

Dessa forma, o princípio do duplo grau jurisdicional não transforma em absoluto o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que este apenas dará a prerrogativa de que sejam respeitadas todas as garantias processuais a uma dupla verificação em instância superior.

2.1 *In dubio pro reo* e imunidade da jurisdição

Dois tópicos que devem ser mencionados em conjunto com a presunção de inocência é o *in dubio pro reo* e a imunidade de jurisdição.

O primeiro leva em consideração a prevalência em caso de dúvida à inocência do acusado, sendo o mesmo absolvido de qualquer que seja a imputação (NUCCI, 2017).

Dessa forma, o entrelace processual, caso ainda se tenha dúvidas razoáveis sobre a inocência do céu - ou seja, sua liberdade – e o dever punitivo estatal, triunfará o primeiro, esta determinação encontra fundamento no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal (CPP) in verbis: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça (...) não existir prova suficiente para a condenação” (BRASIL, 1941).

O princípio do *in dubio pro reo* retrata um princípio subentendido na presunção de inocência sendo considerado princípio constitucional processual do acusados em processo penal, tal conexão se dá por meio da interpretação do art. 5ª, inc. LVII, da CF, por meio do qual é uma consequência de que todos os seres humanos nascem livres e presumidamente inocentes, e para que esse estado se

altere é necessária uma prova substancial, constituída por um órgão acusatório e por meio de um processo legal (NUCCI, 2017).

Nos dizeres de Renato Brasileiro de Lima:

O art.283, CPP é categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção no processo penal: a) prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva; são as únicas espécies de prisões cautelares possíveis de decretação no curso da investigação ou do processo; b) prisão penal que só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Há, portanto, um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal, qual seja, a formação de coisa julgada, que é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, seja ele dotado de efeito suspensivo ou não. (LIMA. 2017, pág. 49).

Quando se refere à imunidade de jurisdição é prevalecte à autoacusação, quando o inquirido não produzirá provas contra si *nemo tenetur se detegere*. De acordo com a doutrina, Nucci (2017), revela que premissa de proteção individual ao acusado é em decorrência da reunião do princípio da de inocência (art. 5ª, inc. LVII, da CF) e da ampla defesa (art. 5ª, LXIII). Sendo dessa forma, o réu será capaz de permanecer em silêncio sem que isso o prejudique ou o leve à condenação por mera suposição (NUCCI, 2017).

Em derradeiro, a doutrina de Maria Elizabeth Queijo acolhe o princípio do *nemo tenetur se detegere* no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tendo em vista que é incorporado mediante o Decreto nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992 (QUEIJO, 2012).

Deve salientar que Maria Elizabeth Queijo extrai tal constatação do artigo 5º parágrafo segundo, da CF/1988, que expõe:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, possuindo hierarquia constitucional. (BRASIL, 1988).

E, por simples dedução, o texto constitucional não permite a imputação de culpa ao acusado pelo simples fato de contra ele ter sido ofertado uma denúncia, isto é, uma imputação de culpabilidade que, necessariamente, está sujeita ao crivo do contraditório de ampla defesa.

3 REVIRAVOLTAS JURISPRUDENCIAIS DO STF

Quanto à análise jurisprudencial que mudou a perspectiva do princípio de não-culpabilidade, têm-se o julgamento do HC nº 84.078/MG proferido em 2009, no qual o plenário sob o relatório do Eminentíssimo Ministro Eros Grau compreendeu que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória fere o princípio da inocência (não-culpabilidade), previsto no art. 5ª, LVII (BRASIL, STF, 2009).

Conquanto, salienta-se que há a possibilidade de decretação de prisão preventiva, desde que esta tenha natureza cautelar, e apresente todos os pressupostos e requisitos para deliberação, bem como a decorrência de prisão em flagrante.

Diante desse tema, o advogado criminalista Lenio Luiz Streck afirma e que a decisão prolatada nesse remédio não desvirtuou as hipóteses para determinar as cautelares de prisão, se presentes os requisitos (STRECK, 2018).

Sendo assim, naquele momento, ficou definido que enquanto existisse recurso pendente de julgamento da defesa ou da acusação, existiria a chance de o réu ser inocente.

Por consequência, no julgamento do HC nº 84.078/MG ficou estabelecido que ao passo da existência de recursos pendentes da defesa ou acusação, permaneceria a probabilidade do réu ser inocente.

Dessa forma, a decisão referida do remédio constitucional comprovava que no ordenamento brasileiro inexistia a possibilidade de execução de sentença de forma provisória, salvo nos casos supramencionados.

De mesma maneira, quando houvesse interposição de recurso pela defesa contra a decisão condenatória, era recebida com o duplo efeito, sendo estes o efeito devolutivo e efeito suspensivo, e o acórdão que foi prolatado em instância de 2º grau aguardaria o julgamento do Recurso Especial ou Extraordinário acarretar efeitos. Assim, observa-se parte da ementa retirada do acórdão do HC nº 84.078/MG:

(...) 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa (...) 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da

conveniência dos magistrados --- não do processo penal. (...) 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. (BRASIL, STF, 2009).

Sete anos após essa decisão, com uma deliberação posterior, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do HC nº 126.292/SP com data em 17/02/2016 mudou a perspectiva e estabeleceu um novo entendimento pelo qual no seria violado o princípio constitucional da presunção de inocência a prisão antes de esgotar os recursos.

De forma cristalina, o STF fixou que o recurso especial (REsp) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o recurso extraordinário (RE) ao Superior Tribunal Federal (STF) não teriam efeito suspensivo. Consequentemente o Acórdão proferido em segundo grau produziria efeitos, sendo possível o cumprimento provisório da pena.

Em uma sentença de primeiro grau é superado a presunção de inocência por meio do juízo de culpa, sendo este um dos requisitos para a condenação do réu, contudo não definitivo, tendo em vista que poderá ser revista por um Tribunal de hierarquia superior na hipótese de interposição de recurso de apelação.

Após o julgamento desse recurso, sucumbem todas as discussões pertinentes à matéria de fato e autorias bem como das provas (BRASIL, STF, 2016).

Nesse momento processual será definido o duplo grau de jurisdição autêntico, então ali se examinará novamente toda a matéria percebida na ação penal, mesmo que ainda não apreciada pelo juízo *a quo*, sendo, usualmente assegurado ao acusado o direito de perscrutar em liberdade, exceto quando comprovado e existentes os requisitos de prisão cautelar (BRASIL, STF, 2016).

No julgamento do HC nº 126.292/SP é ressaltado que até ser prolatada a sentença penal, ou seja, até a confirmação em 2º instância, é dever a presunção de inocência do réu.

Ainda assim, após este momento, é exaurido o princípio de não culpabilidade e tal acontecimento ocorre, pois, a fase instrutória se findou. Dessa forma, não há mais possibilidade, por meio de via recursal, de discutir autoria e materialidade da conduta, sendo analisado no Resp e RE apenas matéria de índole processual e ofensa à constituição ou a lei (BRASIL, STF, 2016).

Em complementação, o professor Luiz Flávio Gomes (1999) exprime:

O princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante ao banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc. (GOMES, 1999, p. 114).

Pela circunstancia o julgamento do HC 126/292 SP consolidou entendimento até o ano de 2019 para diversos outros julgamentos, quando novamente o Supremo Tribunal Federal retornou o artigo 283 do Código de Processo Penal para pauta e questionou o entendimento que estava sendo aplicado a ele, deste modo:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

Nesse intermédio foram ajuizadas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, e de forma respectiva, as ADC's 43, 44 e 54, do ano de 2016, tinham como autores o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo PCdoB, Partido Comunista do Brasil.

A Ação Direta de Constitucionalidade é o instrumento jurídico que tanto revisa como averigua e examina a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, com o intuito de declará-lo constitucional.

A ADC foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 3/93 com a alteração da redação do artigo 102, inciso I alínea a, e acréscimo do § 2º ao referido artigo, bem como o § 4º ao artigo 103, todos da Constituição Federal, tendo sua disciplina processual sido regulamentada pela Lei 9.868/1999.

No contexto das ADC's apresentadas, a finalidade era a obtenção da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, o que compreende um desacato à execução provisória da pena ao referido artigo.

Em análise da das ADC'S tiveram indeferimento da liminar, como pode ser observado:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE MEDIDA CAUTELAR. 1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos

tutelados pelo direito penal muito caro à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal. (BRASIL. STF. Ações Declaratórias De Constitucionalidade 43 E 44. RELATOR: MIN. Marco Aurélio. Data de julgamento: 06-03-2018).

Para um melhor entendimento do acórdão proferido pelo relator Ministro Marco Aurélio Melo, ele será dividido em partes, nessa primeira foi evidenciada na visão do relator a prisão antes do esgotamento de todos os recursos, ou seja, do fim da segunda instância não seria inconstitucional, tendo em vista o intervalo temporal que há em muitos casos, contando desde o acontecimento do fato até a devida condenação.

Continuando para o segundo ponto do acórdão da mediana liminar:

2. O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal. 3. Como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado 2 nessas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas. 4. O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp. Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. (BRASIL. STF. Ações Declaratórias De Constitucionalidade 43 E 44. RELATOR: MIN. Marco Aurélio. Data de julgamento: 06-03-2018).

Nessa segunda parte são apresentados dados além de demonstrar que na visão do Ministro e do ordenamento, com fulcro no art. 637 CPP, dessa forma,

segundo o relator “Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal”. (MELO, 2018)

Finalizando o acórdão:

5. Em relação aos pedidos subsidiários, entendo que: (i) não é o caso de excepcionar o STJ da aplicação do entendimento ora manifestado, pois, embora as funções exercidas por um e outro tribunal nas causas criminais não sejam idênticas, ambas as instâncias são consideradas extraordinárias e não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição; e (ii) não é cabível a pretendida modulação dos efeitos temporais do entendimento do STF no HC 126.292, uma vez que a alteração jurisprudencial, além de versar sobre matéria processual penal (sem configurar norma de natureza mista), não cria novo crime ou nova sanção penal, nem gera qualquer prejuízo à segurança jurídica, à boa-fé ou à confiança dos réus. 6. Interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Indeferimento dos pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica. (BRASIL. STF. Ações Declaratórias De Constitucionalidade 43 E 44. RELATOR: MIN. Marco Aurélio. Data de julgamento: 06-03-2018).

Os votos contabilizados a favor da execução provisória e pelo indeferimento da liminar, ao todo sete, foram dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmén Lúcia e Gilmar Mendes. Já os votos contra a execução provisória da pena contabilizaram quatro, sendo dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski.

3.1 Alegações favoráveis à prisão em segunda instância

Um dos argumentos mais utilizados para se defender a prisão da segunda instância é a correlação entre a impunidade e a prescrição de inúmeros crimes, o que causa o excesso de recursos impetrados, bem como há aqueles defendem a prisão como um elemento que diminui o uso de recursos protelatórios.

Dessa forma, os Ministros que votaram em favor da prisão após a condenação em segunda instância no ano de 2016, sendo seis dos onze magistrados, admitiram que o recurso a instâncias supremas se tornou forma de protelar ao máximo a decisão final. Dessa maneira, foi com o intuito de evitar que esse tipo de conduta permanecesse perpetuando no ordenamento que os Ministros votaram favoráveis à prisão logo após o fim da segunda instância.

Utilizando das palavras do voto do Ministro Luiz Fux, o mesmo afirma que as decisões são postergadas por “recursos aventureiros” e que o direito da sociedade de ver aplicada a ordem penal está sendo esquecido.

Perante a oportunidade de interpor inúmeros recursos, sendo alguns deles de característica protelatória, recorrer em liberdade, torna ao réu, muitas das vezes um benefício, sendo assim uma manobra para se esquivar e de certo modo auferir a impunidade mediante da prescrição e não em função da obtenção da decisão reformatória que visa à absolvição, ainda mais porque a manutenção das decisões de 1º grau tem prevalecido.

Por outro lado, é admitido para o tema, e mesmo que distante da discussão da maioria dos juristas o qual discutem somente a ofensa/não ofensa ao princípio da presunção de inocência, foi entregue pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no HC 126.292/2016, pelo qual fundamenta que a ordem de prisão, independente de quando ela ocorre, é ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não se levando em conta a discussão da presunção da inocência em si.

As argumentações que são apresentadas para esse tema, o qual sustenta a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação e relembram que: a) o duplo grau de jurisdição se extingue com a possibilidade do acusado de revisar sua decisão no segundo grau de jurisdição, sendo este pelo Tribunal, assim, serão analisadas todas as questões quanto a forma e o direito que forem envolvidas ao processo; b) já no contexto do efeito devolutivo dos recursos ao Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça e com o impedimento destes no reexame de questões materiais, assim como a carência de prova da repercussão geral do recurso extraordinário para sua aceitação; c) que o pressuposto para a decretação da prisão no Direito Brasileiro é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI da Carta de 1988; d) que há a relativização do princípio da presunção de inocência quando colocado para ser analisado com demais princípios que estão elencados no Código de Processo Penal; e) necessidade de uma justiça mais efetiva.

Consoante, ainda antes de ser julgado o HC 126.292 em 2016, Batisti (2012) afirma seu posicionamento o qual era postula sobre a admissão do trânsito em julgado com a confirmação de sentença pelos tribunais:

Reafirmamos o entendimento de que tendo havido confirmação de condenação por Tribunal (de Justiça do Estado ou Regional Federal ou equivalente) já terá havido o trânsito em julgado, porque os recursos de natureza ordinária se esgotam aí. (...) recursos de natureza extraordinária e habeas corpus, substitutivos ou complementares a eles não deveriam sustar a execução. (BATISTI, 2012, p. 36-37)

Dessa maneira, a indubitabilidade da Justiça como uma premissa de Ordem Pública partiria ao desdobramento da sensação e impunidade pelo qual as condenações já confirmadas deixam para a sociedade ao passo que os réus condenados continuam em liberdade, provocando um distanciamento temporal entre o ato delituoso e punição aplicada ao mesmo, o que reduz e afasta de forma temporária a prática de um delito e sua punição, reduzindo a sensação geral de inefetividade do sistema e descrença no Judiciário.

3.2 Alegações contrárias à prisão em segunda instância

Como foi apresentado no tópico acima, no ano de 2016, cinco dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal foram contrários à prisão em segunda instância, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 verbera a presunção de inocência ao trânsito em julgado.

Nesse seguimento, o princípio da presunção de inocência que possui previsão no art. 5º “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF/88), representa, portanto que o processo judicial deve esgotar todos os meios de recurso antes de efetuar a prisão do inquirido.

Por essa perspectiva, de acordo com alguns Ministros é um direito constitucional a ser tutelado e respeitado pelo novo entendimento do STF.

Entretanto, ressalta Ricardo Alves Bento (2007, p. 77), que na Constituição “a presunção de inocência, não está descrita de forma expressa, demonstrando uma lacuna quanto à verdadeira amplitude da presunção de inocência”. Continuando sua argumentação revela que “se tal observância tivesse sido privilegiada na CRFB/1988, seriam atingidas as seguintes garantias: primeiro, como regra de tratamento ao acusado; segundo, como regra de interpretação e valoração de provas e por último, como razoabilidade quanto a utilização das prisões provisórias”.

Já segundo Fernando Capez, o autor afirma que o princípio da presunção de inocência está intimamente relacionado a questão da culpabilidade, desta forma possuem três perspectivas:

a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-se em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. (CAPEZ, 2018, p. 79)

Mais um raciocínio apresentado pelos juristas é a forma como estes entendem a necessidade que seja inserida na esfera penal medidas mais efetivas, desta maneira, poderão combater a crescente linha de impunidade e criminalidade. Todavia, tal carência de efetividade não pode vir a sobressair e ferir o texto constitucional, devendo sempre respeitar o ordenamento ao qual é submisso.

Por conseguinte, ainda que em concordância sobre a prisão sobre ser solução para combate à impressão de impunidade, argumentando os juristas que a mudança deveria surgir do texto constitucional e não perante nova interpretação mediante o Supremo Tribunal Federal, de um princípio constitucional de interpretação literal.

A interpretação do professor Lopes Júnior (2016) esclarece que a postura contrária da decisão do STF comparando duas formas de preceito de culpabilidade.

Sob a visão da norma e sob a visão fática, esclarece que, em nosso ordenamento jurídico, o princípio de presunção de inocência como fundamentação do processo penal está intimamente ligado ao aspecto da culpa, de modo adverso ao adotado nos EUA, onde o princípio da inocência rege o processo penal estabelecido no paradigma do controle social do delito, o qual se condiciona num conceito de culpabilidade fática.

Assim, na norma penal brasileira, a presunção de inocência exerce a função de princípio orientador da persecução penal em aspectos de defesa ao ônus e produção da prova bem como diretriz de tratamento relacionada à dignidade do acusado como pessoa humana com direitos, determinando uma proteção contra a publicidade imprópria e a estigmatização do réu, havendo que ser vista como real limite democrático ao abuso e exploração do processo judicial.

3.3 Jurisprudência atual

Após serem ajuizadas as Ações Diretas de Constitucionalidades 43, 44 e 54 pelo Partido Ecológico Nacional, conhecido atualmente como Patriota, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo PCdoB, Partido

Comunista do Brasil, o intuito era o exame da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

O artigo citado acima corresponde às condições para a prisão, o artigo diz que deve aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O impasse jurídico por detrás do artigo é sobre o princípio de culpabilidade implícito tanto na constituição quanto no artigo, pois esse princípio apenas se concretiza após o trânsito em julgado, além da previsão legal de que ninguém poderá ser preso sem que tenha sido considerado culpado, por meio da sentença penal condenatória, que é quando será determinada não só a pena, mas será fixado o regime de cumprimento desta e uma eventual prescrição.

Dessa maneira, diante da argumentação contrária à prisão em segunda instância, ao se realizar de forma antecipada a pena, poderia ser imputada uma pena de regime fechado a quem não lhe compete, sendo mais específico, poderia se prender uma pessoa inocente.

Por meio dessas novas informações, em um novo julgamento, no ano de 2019, especificamente no dia 24 de outubro foi iniciado, através de cinco sessões, obteve o resultado de seis votos a cinco.

Dessa maneira, no dia 07 de novembro de 2019 um novo entendimento começou a valer pelo Supremo Tribunal Federal, pelo qual contraria o que foi abordado em 2016, e condiciona o início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, excetuando, claro, os casos de antecipação de pena.

Essa parte final é uma derrota para Operação Lava Jato que obteve da prisão antes do trânsito em julgado uma peça chave para impossibilitar qualquer impasse nas investigações e vangloriar-se contra a impunidade.

Cabe salientar, que a decisão do Supremo Tribunal Federal não leva a soltura automática de todos os detentos, desta forma caberá a todos os juízes de execução dos casos avaliarem as manifestações de cada defesa e do Ministério Público.

Também é importante admitir que tal decisão aliviará as prisões superlotadas que segundo dados do CNJ muitas das vezes é ocupada por presos condenados em segunda instância que ainda tem possibilidade de recurso.

4 A RECONSIDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO FORMA DE EVITAR O ABUSO DE RECURSO PROTETATÓRIOS

É importante explicar no último momento deste trabalho que visão do Supremo Tribunal Federal mudou durante os anos porque levaram em consideração diversos fatores, entre os requisitos, temos a decretação da prisão preventiva como uma “garantia de ordem pública”.

Apesar de considerada um emblema doutrinário sobre a conceituação de ordem pública, a credibilidade e a honradez da justiça completam seu conceito.

A dilação na aplicabilidade de sanções proporcionais provenientes de sentença ou acórdão de condenação, decorrente de práticas de atos delituosos coloca em temor o sentimento de justiça e abala de certo modo a compreensão que a sociedade tem de suas instituições sociais (BRASIL, STF, 2018).

A partir do julgamento do recurso de apelação da segunda instância, confirmando a condenação de primeiro grau ou postulando para a condenação do réu, esgotam-se as instâncias ordinárias e o cumprimento da sentença via de regra, da segurança e integridade das pessoas e da própria lógica processual criminal perante a sociedade, que é verificar que aquele que cometeu um ato criminoso teve uma resposta efetiva do Estado (BARROSO, 2016).

Há de se entender que a partir da leitura do voto ministerial de Luís Roberto Barroso referente às ADC's 43 e 44, que um dos efeitos para reexame do entendimento anterior sobre o momento de execução da pena representaria uma resposta do poder judiciária frente a sociedade sobre todos os casos de corrupção e impunidade que vem cada dia se tornando mais comum no cotidiano Brasileiro, para o Ministro representaria um retrocesso a todo o avanço contra o crime organizado no país (BRASIL, STF, 2018).

Nesse intento é relevante a palavra de Barroso no HC nº 152.752/PR:

Voltaremos ao modelo antigo, cheio de incentivos à corrupção. O fenômeno vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas. Tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política no país (BRASIL, STF, 2018 p. 9)

Dessa maneira é quebrado o protótipo de impunidade do sistema criminal transcorrido até o trânsito em julgado, assim impedindo que o cumprimento da pena prescreva ou se tenha distancia entre a condenação e o começo do cumprimento da mesma (BRASIL, STF, 2016).

Para Barroso, o sistema penal brasileiro "é feito para prender menino pobre" e deixar impunes aqueles que cometem corrupção. Segundo ele houve a depreciação da Justiça Penal junto à sociedade pela demora quase inextinguível nas punições, "Não é sensação de impunidade. É impunidade mesmo. Nós prendemos muito, e prendemos mal. (...) Nós não prendemos os verdadeiros bandidos do Brasil." (BRASIL, STF, 2018, p. 9).

Em sentido oposto o Ministro Dias Toffoli compreende que aguardar o julgamento do Recurso Especial (REsp) ou do Agravo em Recurso Especial (ARESP) não se decepcionaria a efetividade do sistema processual penal, uma vez que não poderia ser obtida por meio da supressão de direitos fundamentais (BRASIL, STF, 2018).

Defende o Ministro que o sistema persecutório penal no STF possui meios jurisprudenciais suficientes para conter o recebimento de recursos meramente protelatórios, ou seja, para conter a abusividade do direito de recorrer.

A jurisprudência recente e dominante do Supremo é que seja quando haja o risco de prescrição, ou para repelir a utilização de recursos abusivos, cujo objetivo seja obstar o trânsito em julgado de condenação, poderá o STF baixar os autos independentemente da publicação de seus julgados (BRASIL, STF, 2018).

Ainda em sentido contrário, mas com argumentação distinta, o Ministro Gilmar Mendes, completa que a relativização do princípio da inocência ocasiona no sistema o encarceramento precoce erroneamente. Situações em que iniciado o início do cumprimento da pena com o julgamento do Recurso Especial ou HC reduzida com a mudança de regime ou extinção de punibilidade (BRASIL, STF, 2018).

Na linha do raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Lewandowski no HC 136.720 fez críticas à mudança de compreensão da Suprema Corte quanto à autorização da prisão após condenação em segunda instância, para o mesmo trata-se de retrocesso jurisprudencial que pode vir a ser repudiado pelos especialistas na seara penal, no qual consequências serão encarceramentos injustos sem qualquer fundamentação inidônea (BRASIL, 2017).

Em sentido semelhante aos demais críticos a relativização da presunção Aury Lopes Júnior defende que “Deve-se ter muito cuidado com o ‘efeito suspensivo’, ou melhor, sua ausência, no caso de recurso contra decisão condenatória. (...) o que está em jogo é a eficácia da garantia constitucional da presunção de inocência. E aqui reside nossa crítica” (JÚNIOR, 2016, p. 841). Celso de Melo, crítico severo a antecipação do cumprimento da prisão provisória, ressalta no HC nº 126.292/SP:

A mim me parece que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma antecipação ficta, arbitrária e artificial do trânsito em julgado, com gravíssimas consequências. (...) Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Lamento, Senhores Ministros registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado (BRASIL, 2016, p. 8.).

Para finalizar, o pensamento do constitucionalista Lenio Luiz Streck compartilha que a relativização da presunção de inocência provaria um colapso no sistema carcerário brasileiro “além de sufragar prisões de pessoas sem antecedentes e/ou que foram condenados por prova ilícita ou probabilismos e teses exóticas que começam a vicejar nesse neopunitivismo” (CONJUR, 2018).

CONCLUSÃO

Ao desenvolver o presente trabalho foi possível analisar o instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade a partir da percepção constatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/SP, fundado na relativização do princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao examinar o mencionado entendimento a partir dos princípios constitucionais que regem o processo penal, verificou-se que não existe razão para sua manutenção, notadamente por ferir de morte o disposto no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, o qual obsta a execução da pena privativa de liberdade sem que se verifique o seu trânsito em julgado.

Igualmente, a posição que foi proferida pelo STF também não guarda compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, tampouco com as normas legais, especialmente com o disposto nos artigos 283 do Código de Processo Penal.

A opinião da maioria dos doutrinadores não poderia ser diferente, o qual nega a execução provisória da pena privativa de liberdade, tendo em vista que esse entendimento altera substancialmente a proteção fundamental ao autorizar o cumprimento da pena de prisão do réu presumidamente inocente, é dizer, se encaminha ao cárcere o cidadão ainda não culpado, aquele que tem o direito fundamental de ser protegido e tutelado pelo Estado, aquele que pode ser absolvido em instâncias superiores com a reforma de sua condenação.

Alem domais, a jurisprudência altera de forma negativa uma garantia fundamental do indivíduo, que não pode ser instrumento de alteração sequer pelo Poder Legislativo, pois versa sobre uma cláusula pétrea, além de inovar no ordenamento ao criar uma nova espécie prisão, em total usurpação de função típica de outro Poder do Estado, causando insegurança jurídica na sociedade.

A força estatal ao fazer adentrar no sistema penitenciário uma pessoa inocente desconsidera os seus direitos mais elementares, como por exemplo, a vida, a saúde, a integridade física e psíquica, e a liberdade, corrompendo a sua função primordial, é dizer, passa da condição de protetor do indivíduo para a de supressor de direitos e garantias fundamentais.

Isso quer dizer, que o cumprimento provisório de uma pena privativa de liberdade, ou seja, antes mesmo de transitar em julgado, significa contrariar uma

garantia fundamental do indivíduo, é pôr termo ao princípio da presunção de inocência, que consta não apenas do texto constitucional, mas de tantas outras normas garantidoras de direitos fundamentais, e não resta outra elucidação para a questão senão a reforma do referido entendimento, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, fundante do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S.l.], 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07/07/2020.

BRASIL. **Código Penal**: lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. <http://www2.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 398.781/SP**, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516378304/habeas-corpus-hc-398781-sp-2017-0104337-5/relatorio-e-voto-516378333>>. Acesso em: 07/07/2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. HC nº 434.766/PR. Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 15/03/2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/3/art20180307-07.pdf>>. Acesso em: 07/07/2020.

_____. **HC nº 126.292/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. DJE: 17/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 07/07/2020.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 12ª edição. São Paulo, Damásio de Jesus, 2006. p. 17. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36796/prevencao-punicao-e-ressocializacao-aspectos-do-sistema-prisional-brasileiro>> . Acesso em: 07/07/2020.

CARMO COTA, Maria; ALBURQUERQUE, Izabella Custódio. **A (in)constitucionalidade na decisão do STF do HC nº 126292 no que tange ao cumprimento da pena quando do julgamento da apelação em 2º grau**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4082/a-inconstitucionalidade-decisao-stf-hc-n-126292-tange-ao-cumprimento-pena-quando-julgamento-apelacao-2-grau>> . Acesso em: 07/07/2020.

FERRARI, Rafael. **O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3249, 24 maio 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21862>. Acesso em: 07/07/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico->. Acesso em: 07/07/2020.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **O Princípio da Colegialidade**. Carta Forense, publicado em 10/03/2008. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/o-principioda-colegialidade/1148>> Acesso em: 07/07/2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de produzir provas contra si mesmo**. O princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrência no processo penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.

STRECK, Linio Luiz. **Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo**. Revista Consultor Jurídico, 2016-A. Disponível em: Acesso em: 07/07/2020.

TÁVORA, Nestor e ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª Edição, Revista, ampliada e atualizada, JusPodivm 2009.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.