

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LUCCA FINARDI DO PATROCINIO

A VIABILIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA DIANTE DO SISTEMA
CONSTITUCIONAL

São Paulo

2022

LUCCA FINARDI DO PATROCINIO

A VIABILIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA DIANTE DO SISTEMA
CONSTITUCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Presbiteriana
Mackenzie – campus Higienópolis como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fabiano Augusto Petean

São Paulo
2022

LUCCA FINARDI DO PATROCINIO

A VIABILIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA DIANTE DO SISTEMA
CONSTITUCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus
Higienópolis, como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Augusto Petean
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof.
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof.
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dedico meu trabalho ao meu avô, Jacy Amancio do Patrocínio, que faleceu no ano de 2019, e foi único membro de minha família que infelizmente não pôde me ver concluindo o curso de Direito

AGRADECIMENTOS

Primeiramente tenho que agradecer a Deus por tudo que me proporcionou. Agradecer principalmente pelos anos de 2021 e 2022, períodos de imensos desafios e mudanças, onde precisei de muita força de vontade e, principalmente, fé.

Gostaria de agradecer também à minha família por sempre me apoiar em minhas decisões, e sempre ser compreensiva com as mais diversas situações. Tenho de agradecer principalmente meu pai Wladimir, que não mediu esforços e sempre fez o possível e impossível para garantir a melhor qualidade de vida possível para minha família; e a minha mãe Simone que dedicou integralmente sua vida a mim, desde o meu nascimento.

Gostaria também de agradecer aos meus amigos Ricardo, Vinicius, Giovanni e Luiz, por terem dividido comigo essa experiência de crescimento que o curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie nos proporcionou, a nossa amizade perdurará pelo resto de nossas vidas, disso eu tenho certeza.

“Seja você quem for, seja qual for a posição social que você tenha na vida, a mais alta ou a mais baixa, tenha sempre como meta muita força, muita determinação e sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus, que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá”

Ayrton Senna

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar a prisão em segunda instância do ponto de vista constitucional, principalmente à luz do princípio da presunção de inocência. Foi feito também um panorama sobre os princípios que fundamentam que se relacionam ao direito de liberdade, do ponto de vista constitucional e sua relação com o processo penal. Também foi objeto de análise os diferentes tipos de prisão, os conceitos, aspectos constitucionais e os eventuais contornos constitucionais das prisões cautelares. Posteriormente, foi desenvolvido o estudo propriamente dito da prisão em segunda instância, sua natureza jurídica e o histórico de decisões que mudaram o entendimento a seu respeito e afetaram diretamente a sua admissibilidade. Por fim, foram apresentados os principais motivos para que se admitir a prisão antes do trânsito em julgado, e como isso afeta diretamente a impunidade, segurança jurídica e efetividade da justiça.

Palavras-chave: Prisão em segunda instância. Presunção de inocência. Princípio da não culpabilidade. Execução provisória da pena. Trânsito em julgado da sentença condenatória. Direito Penal. Direito Constitucional. Processo Penal.

ABSTRACT

The present work sought to analyze the arrest in second instance from the constitutional point of view, mainly according to the principle of presumption of innocence. An overview was also made of the fundamental principles that relate to the right to freedom, from the constitutional point of view and its relationship with the criminal procedure. The different types of prison, the concepts, constitutional aspects and the eventual constitutional contours of precautionary prisons were also analyzed. Subsequently, the study itself of the second instance prison was developed, its legal nature and the history of decisions that changed the understanding about it and directly affected its admissibility. Finally, the main reasons for admitting prison before the final decision were presented, and how this directly affects impunity, legal certainty and the effectiveness of justice.

Keywords: Second-instance arrest. Presumption of innocence. Principle of non-guilty. Provisional execution of the sentence. Final judgment of the conviction. Criminal law. Constitutional law. Criminal procedure.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO CONSTITUCIONAL QUANTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE	12
2.1	DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO DIREITO DE LIBERDADE E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO PENAL	14
2.1.1	O Princípio do Devido Processo Legal	16
2.1.2	O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	17
2.1.3	O Princípio da Presunção de Inocência	17
2.1.4	Direito de Ir e Vir e <i>Habeas corpus</i>	21
3	PRISÕES, CONCEITOS E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS	24
3.1	A PRISÃO ESPECIAL	26
3.2	PRISÃO EM FLAGRANTE	26
3.3	PRISÃO PREVENTIVA	27
3.4	PRISÃO TEMPORÁRIA	30
4	AS PRISÕES CAUTELARES E SEU CONTORNO CONSTITUCIONAL	32
5	A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E SUA NATUREZA JURÍDICA	35
5.1	O HISTÓRICO DAS MUDANÇAS NO ENTENDIMENTO DA VIABILIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	35
5.1.1	O <i>Habeas corpus</i> 84.078/MG	35
5.1.2	O <i>Habeas corpus</i> 126.292/SP	37
5.1.3	O <i>Habeas corpus</i> 152.752/PR	39
5.1.4	As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54	40
6	A EFICÁCIA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA CONTRA O SENSO DE IMPUNIDADE	43
6.1	A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA	49
6.2	A NECESSIDADE E A EFICÁCIA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA DIANTE DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL	51
7	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que sempre foi considerado atrasado nas mais diversas áreas. No mundo jurídico, não é diferente. Temos vários problemas a serem resolvidos: leis mal redigidas, um sistema carcerário sucateado e não menos importante um problema de ativismo judicial.

Ocorre que, ao longo dos últimos anos, a população Brasileira pôde acompanhar o processo de denúncia, investigação e processamento dos maiores esquemas de corrupção já vistos no Brasil.

Tais fatos trouxeram à tona problemas principalmente em relação à impunidade, o que acabou por tornar o assunto corriqueiro no cotidiano do brasileiro, que agora acompanha atentamente as ocorrências pelos noticiários, muitas vezes por canais independentes alheios a interesses políticos de determinados grupos. A mídia independente e as redes sociais inauguraram uma nova era de pensamento crítico e livre, destruindo a velha política predatória.

É nesse cenário de vida recente que surge a discussão sobre a prisão em segunda instância, ou seja, a possibilidade da execução de pena de um indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem que todos os recursos possíveis tenham sido interpostos e julgados.

Assim, ocorreram diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ora permitindo a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, ora proibindo, gerando uma imensa insegurança jurídica e levantando as mais diversas teses sobre o tema.

Junto com o estudo da possibilidade da prisão em segunda instância, surgem outros temas indissociáveis à matéria, como a presunção de inocência ou culpabilidade – distinção essa que será abordada –, as prisões cautelares e a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, objeto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, julgadas no ano de 2019.

O tema ainda se relaciona com a necessidade do funcionamento efetivo do *jus puniendi*, ou seja, direito de punir do Estado, que demonstrou-se muito mais efetivo e assertivo após a retomada do entendimento da legalidade da prisão em segunda instância com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, em 2016. A decisão foi

um marco, pois pessoas de alta envergadura política foram investigadas, condenadas e cumpriram pena por crimes de corrupção, por exemplo.

Em que pese eventuais críticas em relação a uma suposta atuação desmedida do Supremo Tribunal Federal, que segundo alguns doutrinadores de renome, tivesse agido em favor de interesses políticos favorecendo pessoas específicas com objetivos que transcendem a mera prestação da justiça, o presente trabalho se absteve de adentrar nessa discussão de forma direta, por entender que é possível analisar o tema de forma completa sem adentrar o assunto, que por sua vez, no ano de 2022, ainda não teve um desfecho conclusivo, e levaria a discussão para outro sentido que não o objeto do trabalho.

2 O SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO CONSTITUCIONAL QUANTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE

A Constituição forma o Estado Democrático de Direito. Nesse regime, as normas, direitos e garantias fundamentais são definidos, estruturados e garantidos no texto constitucional, cuja posição é de maior hierarquia dentro do corpo jurídico do Estado por ela criado. Portanto, aquilo que disposto na Constituição é alçado a um *status* de grande importância.

Para Barroso (2010, p. 75), a Constituição representa uma “norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo”.

Dessa forma, a Constituição de um determinado país deve resguardar os bens jurídicos mais relevantes, visto a autoridade hierárquica do texto constitucional. Por isso, é de se esperar que as constituições de estados democráticos possuam uma parte destinada aos direitos e garantias fundamentais, tais como a liberdade.

A liberdade, como importantíssimo direito fundamental que é, teve seu reconhecimento formal com a Revolução Francesa (1789), movimento este que se demonstrou como uma vontade do povo de combater o absolutismo real, representado pela monarquia, frente ao descaso do Estado para com a população.

Com ideais iluministas e motivados por grandes crises vividas no período mencionado, a Revolução Francesa foi a disseminadora de diversos direitos fundamentais para todo o mundo e que continuam vigorando no período contemporâneo.

Pertencente ao chamado grupo dos direitos de primeira geração, demonstram-se como aqueles direitos pertencentes ao indivíduo e oponíveis ao Estado. Para Carvalho (2009, p. 26), os direitos da primeira geração “têm como princípios cardiais os consagrados na Revolução Francesa - Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Dessa maneira os direitos fundamentais como o direito à liberdade surge formalmente como uma resposta ao Estado.

Mill (2019) ensina que o conflito entre a liberdade e a autoridade é um aspecto marcante da História, principalmente quando falamos no caso da Grécia, Roma e Inglaterra. A disputa se dava entre indivíduos, ou mesmo entre grupos, e o governo. A liberdade significava proteção contra a tirania dos governantes, haja vista que estavam em posição hierárquica superior ao povo.

Posteriormente, mais precisamente após todos os horrores que foram vividos durante a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), como forma de uma resposta às graves ações violadoras e degradantes aos seres humanos que foram massacrados durante o conflito, e em resposta aquele sistema jurídico onde se confundiam a figura do acusador e do julgador, surgiu um movimento de proporções globais de enfrentamento ao que tinha ocorrido durante a guerra para que se formalizem normas de Direito Humanos. Esses direitos surgiram com um objetivo claro e principal de evitar a repetição dos gravíssimos eventos vividos durante a guerra. Nesse contexto, a Declaração das Nações Unidas de 1948, em seu art. IX: "Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado".

Sobre os direitos fundamentais, diz Bittencourt (2007, p. 57): "Direitos fundamentais consistem em preceitos jurídicos necessários para que a pessoa humana se realize de forma plena, num ambiente de liberdade, dignidade e igualdade". Essenciais em um Estado Democrático de Direito, portanto.

Os princípios constitucionais são verdadeiros norteadores do sistema jurídico de um país, é por meio deles que os outros ramos do direito serão interpretados e a leis que serão criadas deverão observá-los. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 230) afirma que os princípios se demonstram verdadeiros alicerces de um sistema normativo, na medida que influenciam diferentes normas. Uma vez que diferentes leis observam os mesmos princípios, pode-se dizer que estas, em tese, estarão em harmonia.

A Constituição Federal de 1988 trouxe de forma expressa o princípio da liberdade, quando trata sobre a liberdade de locomoção, em seu artigo 5º inciso XV, onde dispõe que "É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens" (BRASIL, 1988). Dessa maneira, é subtendido que todo cidadão tem o direito de ir e vir ao seu bem querer, podendo circular em qualquer espaço público, respeitados os limites legais. Trouxe também o princípio da presunção de inocência no artigo 5º, inciso LVII, protegendo, assim, a liberdade pessoal contra arbitrariedades que poderiam ser cometidas pelo Estado quando nos referimos a culpabilidade de um determinado cidadão.

Entretanto, o direito fundamental da liberdade, assim como todos os outros direitos fundamentais, não é absoluto, de forma que em determinadas situações o direito poderá ser limitado. Nesse caso, o motivo limitador pertinente ao presente

estudo, é a prisão, que por sua vez deverá respeitar outro importante princípio: o devido processo legal. Nesse sentido Mendes (2018, p. 934) dispõe que:

A regra geral que a nossa Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) 'é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz' (inciso XV); b) 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (inciso LIV).

Sarlet (2021) diz que, no cenário das liberdades fundamentais, o direito à liberdade, no caso a de locomoção, sempre possuiu um papel protagonista, podendo ser verificada em textos muito mais antigos, como na Magna Carta de 1215, onde já previa a figura do *Habeas Corpus* na Inglaterra.

A constituição coloca, portanto, a liberdade como estado natural, ou seja, a regra é a liberdade, e a exceção, a não liberdade. Assim, é uma das formas que o constituinte buscou garantir a liberdade dando a merecida importância, razão pela qual está inserido no artigo 5º da Constituição Federal, como garantia fundamental, sendo dessa forma uma cláusula pétrea, dispostas no artigo 60, §4º, da Constituição Federal, não podem ser alteradas nem mesmo por meio de Emendas à Constituição.

O constituinte estabeleceu como cláusulas pétreas aquelas disposições que entendeu serem merecedoras de maior proteção, assim a única forma destas serem alteradas seria pela convocação de uma nova assembleia constituinte, e por meio do poder constituinte originário, ou seja, aquele que dá origem a uma nova constituição, sem vinculação com a ordem constitucional anterior. Portanto, o direito fundamental à liberdade está resguardado pela Lei Maior brasileira.

Entretanto, essa discussão não envolve a supressão de princípio fundamental, mas sim uma mera questão de interpretação, que será objeto mais a frente.

2.1 DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO DIREITO DE LIBERDADE E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO PENAL

O direito de liberdade se faz presente por meio de outros princípios, que corroboram para que a liberdade seja protegida contra ações arbitrárias. Podemos falar de princípios que conferem legalidade e ordem ao procedimento que tem o

condão de cercear a liberdade de um indivíduo, ou seja, o processo penal, e, em caso de condenação, o corolário será a prisão. Dessa maneira, uma série de princípios possuem relação direta com o direito de liberdade, por meio de um processo penal que siga as normas previamente estabelecidas, como é o caso dos princípios do devido processo legal, princípio do duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, bem como o da presunção de inocência e “*in dubio pro reo*”.

Na explicação de Greco filho (1988, p. 60 apud MOUGENOT, 2019, p. 54):

O processo desempenha dupla garantia: garantia, ativa (porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade). Nesse sentido existe a garantia do habeas corpus, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa; o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por habeas corpus; a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc., configurando-se, igualmente, em garantia passiva, porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições à liberdade sem o competente e devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão.

Dessa forma, como observada a explicação de Greco Filho, o Processo Penal é a ferramenta que, quando observados e cumpridos os princípios e garantias, legitima uma sanção como a prisão. Lado outro, quando se percebe que foram violadas as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico, está à disposição dos cidadão ferramentas como o *Habeas Corpus* que permitem que a liberdade seja reestabelecida.

O Processo Penal, portanto, busca um equilíbrio difícil entre a proteção da liberdade e dos direitos dos cidadãos, ao mesmo tempo que, do lado oposto, busca construir instrumentos legais para que o próprio Estado seja capaz de cumprir seu dever, ou seja, o de prestação jurisdicional, para atender o interesse geral coletivo e, por consequência, o bem estar social, individualizando condutas de caráter antissocial por meio de tipificação, para que assim possam ser coibidas por meio da lei (*nulla poena sine iudicio*), com a finalidade de criar previsibilidade para a sociedade por meio de expectativa fundada ao respeito das leis (DELMANTO, 2019).

Vale dizer que a Constituição previu indenização para quem tivesse sua liberdade cerceada por erro judiciário, como explica Tavares (2022, p. 231):

O art. 5º, em seu inciso LXXV, da Constituição de 1988 consagra o direito fundamental de obter indenização por erro judiciário, ou por excesso ilegal de tempo de prisão, fixado por sentença. Não é caso de erro judiciário a prisão processual de cunho cautelar, baseada nas circunstâncias legais e constitucionais autorizadoras, presentes no momento de sua decretação, quando o réu venha a ser posteriormente absolvido. É caso de erro judiciário a prisão, inclusive cautelar, de pessoa diversa daquela que praticou o fato criminoso, por equívoco e confusão das autoridades envolvidas.

Na prática, esse tipo de indenização é raramente aplicada, mas, em que pese a sua aplicação prática, o presente inciso demonstra uma preocupação do constituinte e preservar a liberdade, e buscar de forma pecuniária retribuir eventual erro que tenha prejudicado determinado cidadão por erro judiciário.

2.1.1 O Princípio do Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, apregoa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), tem o objetivo de trazer uma garantia constitucional para os cidadãos de que, caso este venha a figurar como parte em um processo, este seguirá a rigor o caminho que foi estabelecido pela lei, respeitando as demais garantias e dogmáticas procedimentais. Dessa forma, evitando que sejam cometidas arbitrariedades e ilegalidades. Portanto, o Princípio do Devido Processo Legal pode ser visto como um princípio garantidor, na medida em que existe para assegurar que os outros princípios serão apreciados durante o processo, impedindo que estes sejam suprimidos.

É o que ensina Fernando Capez (2009, p. 37): “o devido processo legal, consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei”.

2.1.2 O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, diz que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Portanto, se refere ao reexame obrigatório da sentença, que será realizado por outro órgão de posição hierárquica superior – apesar de não ser dito expressamente que será por órgão hierarquicamente superior, é o que observamos ocorrer na prática no caso da interposição de um recurso de apelação previsto no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição tem seu fundamento na humanidade do magistrado, ou seja, na falibilidade, na possibilidade de que este cometa algum erro, que por sua vez deverá ser corrigido ao ser submetido ao reexame. É de se dizer, no entanto, que é natural a parte perdedora sempre achar que a decisão foi incorreta por não atender as suas pretensões. Nesse sentido, afirma Nery Junior (1997, p. 37) que:

De outra parte, nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo-o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão.

Assim, deve-se ficar atento com relação aos recursos que podem ser meramente protelatórios, ou seja, a junção de diversas possibilidades de recursos, e uma decisão definitiva apenas quando findos esses recursos, naturalmente faz com que todo o sistema processual se torne mais moroso.

Entretanto, o que se observa quando se fala em duplo grau de jurisdição como um direito do cidadão, é que este não se demonstra como um impedimento para a prisão em segunda instância, uma vez que após ser apreciado em sede do recurso de apelação, o indivíduo já passou por mais de um grau de jurisdição.

2.1.3 O Princípio da Presunção de Inocência

Dentre os diversos princípios que poderiam ser abordados aqui, existe um que se sobressai quando o assunto é prisão em segunda instância, este é o Princípio da

Presunção de Inocência, que está positivado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Portanto, somos inocentes como estado natural, podendo passar para um novo *status* de culpado em caso de uma sentença penal condenatória.

A Princípio da Presunção de Inocência pode ser classificado como um dos mais importantes princípios, refere-se à liberdade pessoal, possui origem na Declaração Universal dos Direitos Humano da ONU, mais precisamente em se artigo 11.1, que diz:

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 (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Assim, podemos constatar que a regra é a inocência até que o processo transite em julgado de forma definitiva. Portanto, o Estado deverá tratar o réu como inocente e permitir que seja realizada a sua defesa durante todo o curso do processo penal com direito a todas as garantas legalmente asseguradas.

Por conta de uma cautela, a ideia é sempre presumir o indivíduo inocente até que se prove o contrário. Nesse contexto, há uma discussão sobre a nomenclatura entre presunção de inocência contra a não culpabilidade, sendo que alguns doutrinadores alegam que essa diferença de nomenclatura pode acarretar em uma diferença de resultado. A origem dessa diferença terminológica está nos diplomas internacionais. Enquanto Constituição Federal fala em presunção de não culpabilidade, alguns tratados internacionais falam em presunção de inocência, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

Quanto ao momento da presunção de inocência, é interessante um paralelo entre a Constituição Federal e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois essa dispõe em seu artigo 11.1 que:

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

(DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)
(grifo nosso) .

Em relação ao Brasil, Constituição Federal brasileira, em artigo 5º, inciso LVII, afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Portanto, realizando uma comparação do mesmo princípio na Constituição Federal e na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (DUDH), é possível chegar à conclusão de que, enquanto a constituição brasileira estabelece o marco temporal do trânsito em julgado para a alteração do *status* de inocência do indivíduo, a DUDH, estabelece que a presunção de inocência se aplica até que seja comprovada a culpa.

Nesse sentido Paulo Rangel (2010, p. 24), busca explicar a diferença terminológica e expõe sua interpretação:

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

Em uma visão de contraponto, partindo do pensamento de que em nosso sistema jurídico, o momento em que se deve discutir provas é na primeira e segunda instâncias judiciais. Portanto, esgotadas as matérias de fato, enquanto nos tribunais superiores em teoria não se deveria mais discutir essas questões probatórias, assim, seria possível afirmar que, a partir da condenação em segunda instância, a culpa já estaria definida, seja ela positiva ou negativa, restando para o processo na esfera recursal nos tribunais superiores questões que não envolvessem mais aspectos relacionados com culpabilidade, e portanto já poderiam ser presos os condenados em segunda instância.

É, assim, o posicionamento de parte da doutrina cujo entendimento defende que a presunção de inocência deve ser lida de outra forma, ao realizar a interpretação do texto constitucional. Para essa parcela, para que a prisão em segunda instância fosse de fato vedada, o texto constitucional deveria trazer a expressão “ninguém será

preso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” ao invés de “não será considerado culpado”. Existe a discussão e divisão na doutrina quanto a necessidade de que fosse posto dessa forma para impossibilitar a prisão em segunda instância.

Com base na comparação entre o disposto na Constituição Federal de 1988 com a previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é possível tecer uma breve conclusão a respeito desse princípio em nosso ordenamento jurídico, isto é, de que o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência é mais protetor em nosso ordenamento jurídico do que na declaração das Nações Unidas, seguida por dezenas de países que, por consequência, executarão a pena de forma provisória, garantindo, ainda, o direito ao recurso aos órgãos superiores, mas já em execução de pena.

Portanto, existem doutrinadores com diferentes opiniões quanto ao momento da aplicação do princípio da presunção de inocência. Fernando Capez (2007, p. 44), por exemplo, afirma que deveria ser apenas no momento da apreciação das provas.

Com base nesse pensamento, é possível observar o seguinte: uma vez que o Estado é o único detentor do direito de punir, o princípio da presunção de inocência deveria ser aplicado até o momento probatório, uma vez que, após finalizado, em teoria não se tem mais inocência, como diz texto do artigo 11.1 da DUDH, a culpa já estaria demonstrada e uma prisão poderia ser realizada.

Decorrente do princípio da presunção de inocência temos o princípio do “*Favor rei*” (*in dubio pro reo* ou *favor libertatis*), relacionado à ideia de que, caso exista dúvida em relação a condenar ou não por parte do julgador, deve-se favorecer o réu com a liberdade, ou seja, se não existir convicção na condenação por dúvida ou incerteza, deverá o réu ser liberado. (MOUGENTOT, 2019)

Nesse sentido, Mougnot (2019, p. 103) ensina que:

Esse princípio tem por fundamento a presunção de inocência. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação (art. 386, VII, do CPP). Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido.

Posteriormente, neste trabalho, serão analisados os pontos positivo e negativos quanto aos diferentes pensamentos doutrinários acerca da aplicação do princípio da

presunção de inocência, visto ser um dos pontos fundamentais para a conformidade constitucional da prisão em segunda instância.

Como bem salienta Luiz Fux durante seu voto no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF:

Deveras, é importante considerar que o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade – tem como raiz histórica a superação dos abusos do processo inquisitorial, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência.

Com efeito, durante a Idade Média, sempre que não houvesse provas da prática criminosa, procedia-se ao uso da “ordália” como prova judicial: submetia-se o acusado a testes extremos, aos quais somente triunfaria mediante intervenção divina, que era então interpretada como um sinal de sua inocência. Caso sucumbisse ao teste, estava selada.

Atualmente, o quadro é absolutamente diverso.

A garantia de um processo justo, em que o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação, é resguardada por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII).(BRASIL, 2019)

Passa-se, a diante, para a análise da relação umbilical entre o direito de ir e vir – ou liberdade ambulatorial – e o remédio constitucional do *Habeas corpus*, em caso de sua violação.

2.1.4 Direito de Ir e Vir e *Habeas corpus*

A prisão é uma forma de violência estatal legalizada, isto é, compreende basicamente uma forma de sanção, aplicada em consequência da consumação de um crime – composto por fato típico, ilícito e culpável.

Em relação à origem e função do Habeas Corpus, ensina Tavares (2022, p. 320):

Sendo um dos instrumentos jurídicos mais antigos, cuja origem está na Inglaterra do século XIII, o habeas corpus, previsto em 1988, é ação constitucional que pretende acesso prioritário e célere ao Poder Judiciário na busca de medidas que corrijam atos que violem ou pretendam violar o direito fundamental à liberdade de locomoção.

A Constituição de 1988 previu um instrumento, um remédio constitucional, para que a restrição do direito de ir e vir não fosse imposto de forma ilegal. O *Habeas corpus* está previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, *ipsis litteris*: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

É, portanto, de se esperar que diante da desproporção de forças entre o Estado e o indivíduo que a legislação buscasse mecanismos que tratem de impedir ações arbitrárias.

Nesse sentido, afirma Bastos (1989, p. 312):

O habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de locomover-se em razão de violência ou coação ilegal.

De acordo com o artigo 654 do Código de Processo Penal “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público” (BRASIL, 1941).

Portanto o *Habeas Corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, ao seu próprio favor ou de outrem em qualquer instância do poder judiciário, desde que esteja sofrendo com violação ou coação em sua liberdade de locomoção, como no caso de uma prisão.

Dessa forma, é possível observar que o *Habeas Corpus* é uma ferramenta importantíssima ao combate de arbitrariedades, razão esta que corrobora para o entendimento favorável a prisão em segunda instância, uma vez que prisões manifestamente ilegais e ou arbitrárias poderiam ser desfeitas por meio do acionamento das instâncias superiores por meio da impetração do *Habeas Corpus*.

Sobre o esse remédio constitucional, Carvalhosa (2021, p. 4) tece uma crítica ao desvio de finalidade:

O veículo utilizado para esses trancamentos no STF dos processos dos grandes criminosos é o habeas corpus, que, deixando de ser um instrumento excepcional de garantia de liberdade individual,

transformou-se num meio de impunidade de múltiplo uso, inclusive para anular processos já julgados em uma, duas ou três instâncias ou para declarar a suspeição de juiz natural. Ao grande criminoso o STF atribui a presunção absoluta de inocência, em qualquer fase dos procedimentos investigatórios ou processuais que poderiam levar à sua condenação e à execução de suas penas.

Apesar das críticas proferidas por Carvalhosa, no sentido do desvio de função, o Habeas Corpus, continua a ser um instrumento de proteção contra o cerceamento ilegal da liberdade de locomoção, e é indispensável em um Estado Democrático de Direito e para a liberdade individual.

Mas como bem ressaltado por Modesto Carvalhosa, é preciso cautela para que a função de instrumentos jurídicos de extrema importância não sejam deturpadas daquela originalmente pensada pelo constituinte. Como ressaltado por ele, o Habeas Corpus foi transformado em um instrumento para anular processos que já foram julgados por diversos tribunais, ou mesmo para que seja declarada a suspeição de um juiz natural. Na história recente do país, foi o que, de fato, ocorreu.

3 PRISÕES, CONCEITOS E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A prisão, quando tratada em sentido genérico, pode ser definida como a limitação da liberdade de ir e vir ocasionada por diversas razões, como, por exemplo, pela ação de um particular, no caso de um crime como o de sequestro; ou, na hipótese legal e institucionalizada, a prisão realizada de forma coercitiva pelo Estado, detentor do *jus puniendi*.

Segundo Fernando Capez (2008, p. 246), a prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

Távora (2021, p. 929) conceitua prisão como

[...] o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada **prisão pena**, regulada pelo código penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva. (grifo do autor)

Dada a definição genérica de prisão, é importante destacar o inciso LXI do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, onde preceitua que:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

Com base na análise do inciso LXI, podemos extrair os tipos de prisões presentes em nosso sistema penal, sendo, portanto, as prisões cautelares, a prisão após condenação definitiva e prisão militar. Ressalvada a hipótese do artigo 5º, inciso LXVII, que trata sobre a hipótese de prisão civil no caso do inadimplemento da obrigação alimentícia e o artigo 139, inciso II, da Lei Maior brasileira, referente ao Estado de Sítio.

Quando se fala em prisão, não se pode olvidar o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, previsto no artigos 5º, inciso XI, da Constituição Federal, e artigo 283 do Código de Processo Penal:

a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. (BRASIL, 1988)

Assim, de acordo com a Constituição Federal, a depender do tipo de prisão, o princípio da inviolabilidade do domicílio pode ser relativizado, como é o caso da prisão em flagrante, podendo a autoridade policial adentrar ao domicílio em qualquer circunstância ou, no caso da prisão por determinação judicial, nesse caso em qualquer hora do dia, com exceção do repouso noturno.

Nesse contexto podemos diferenciar dois tipos de prisão em um conceito doutrinário: a primeira chamada “prisão-pena” e a segunda “prisão sem pena”.

A prisão-pena, como o próprio nome diz, refere-se a uma prisão que possui caráter de cumprimento de sentença condenatória transitada em jugado. É, portanto, uma forma de sanção, com prazo determinado e administrada pelos juízes das varas execuções penais, seguindo a Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/1984. Távora (2021, p. 929) afirma que a prisão-pena é a verdadeira prisão satisfativa, ou seja, é a prisão que se demonstra a resposta estatal ao delito ocorrido.

A prisão sem pena, por outro lado, em oposição à anterior, não advém de uma sentença condenatória transitada em julgado. É o caso da prisão cautelar ou também chamada de prisão processual.

Nesse sentido, afirma Távora (2021, p. 929):

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado.

Portanto, com base no atual ordenamento jurídico brasileiro no que concerne às prisões, conclui-se que as prisões realizadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não devem ser consideradas penas, mas sim medidas cautelares processuais.

Entretanto, como será tratado posteriormente, as prisões cautelares estão sendo contornadas de forma a constituírem verdadeiras penas, no que se refere ao

seu tempo ser inflacionado, ocasionando grande número de presos provisórios no sistema carcerário pátrio.

3.1 A PRISÃO ESPECIAL

A prisão especial, prevista no artigo 295 do Código de Processo penal, é a privação de liberdade onde basicamente é reservado um local diverso do tradicional para determinados presos, por razões ligadas ao seu respectivo cargo ou função, de forma que estes fiquem em espaço diverso até que ocorra o transito em julgado da sentença penal condenatória.

Um caso em que ocorreu a prisão especial e que servirá também de exemplo posteriormente neste trabalho é o da prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que, em razão do cargo que exerceu como chefe do poder Executivo, quando teve sua prisão decretada, ficou preso em uma sala especial na Superintendência da Polícia Federal na cidade de Curitiba, no Estado do Paraná.

Nessa senda, Nucci (2005, p. 526 apud TÁVORA, 2021, p. 936) tece uma crítica ao instituto:

A prisão especial é, em nosso sentir, afrontosa ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal. Criou-se uma categoria diferenciada de brasileiros, aqueles que, presos, devem dispor de um tratamento especial, ao menos até o transito em julgado da sentença condenatória.

Assim, existe um certo desconforto por parte da doutrina por considerar a prisão especial uma espécie de favorecimento que perpetua um tratamento “elitista”, uma vez que o critério para que o indivíduo tenha direito ao instituto é marcado, em sua maioria, por cargos de importância política e títulos.

3.2 PRISÃO EM FLAGRANTE

Trata-se de uma exceção constitucionalmente prevista no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal. Sendo assim, não necessita de uma ordem escrita e fundamentada pelo poder judiciário para que ocorra. Nem mesmo faria sentido, visto o caráter dinâmico dessa modalidade de prisão.

Sobre a prisão em flagrante, Nestor Távora (2021, p. 943) dispõe que

Flagrante é o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento em a evidência do crime ainda arde. É uma medida restritiva de liberdade, de caráter eminentemente administrativo que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre inopio (art. 5º, inciso LXI da CF).

O artigo 301 do Código de Processo Penal prevê que “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941).

Já o artigo o artigo 302 do Código de Processo Penal define o que se entende por flagrante de delito, definindo e delimitando quatro situações em que entende ocorrer flagrância. A primeira, se o indivíduo está cometendo o crime naquele momento, ou seja, se é flagrado no ato criminoso. A segunda, se acabou de cometê-la, instantes após. E a terceira, quando é perseguido logo após cometer o ilícito, por quem quer que seja, podendo ser a vítima, a autoridade policial ou terceiro; A quarta, se for encontrado logo após a infração com instrumentos ou elementos que indiquem que foi o autor do crime.

3.3 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão provisória, assim como a prisão em flagrante e a prisão temporária, de maneira que o principal objetivo nessas restrições à liberdade é garantir a efetividade e utilidade do processo, já que a demora pode comprometê-lo de tal forma a inutilizá-lo (CAPEZ, 2022, p. 129).

Prevista entre os artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, diferentemente da prisão em flagrante, necessita de uma ordem judicial, que deverá ser provocada via requerimento por um dos citados no artigo 311 do Código de Processo Penal:

Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial (BRASIL, 1941).

Assim, com base no artigo 311 do Código de Processo Penal, observa-se os legitimados para requerer a prisão preventiva perante o órgão judicial: o Ministério Público, por meio do Promotor de Justiça; pelo querelante, nos casos de ação penal privada; pelo assistente de acusação; ou por representação da autoridade policial, na figura do Delegado de polícia durante a fase do inquérito policial.

Capez (2022, p. 129) diz que “Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP”.

Vale ressaltar que o referido artigo sofreu recente alteração com o advento do “Pacote Anticrime”, e teve sua redação modificada, de forma que antes era possível a decretação da prisão preventiva pelo juiz de ofício, no entanto, com a vigência da nova redação, não é mais possível.

Távora (2021, p. 971) explica que a prisão preventiva

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante a investigação preliminar (inquérito policial e demais procedimento investigativos) e na fase processual.

Percebida como uma forma de encarceramento, ou seja, uma maneira de se restringir a liberdade de locomoção do indivíduo por meio de uma ação estatal, o artigo 312 do Código de Processo Penal trouxe as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, para que assim fosse estabelecido uma delimitação:

A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública**, da **ordem econômica**, por **conveniência da instrução criminal** ou para **assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver **prova da existência do crime e indício suficiente de autoria** e de **perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado**. (BRASIL, 1941) (grifo nosso).

Ao analisarmos o artigo 312 do Código de Processo Penal, podemos observar uma série de requisitos.

A garantia da ordem pública pode ser facilmente interpretada como paz pública, na medida em que a liberdade desse determinado indivíduo acarrete interferência na sociedade em geral, significando na prática um problema social, uma vez que o artigo 144, *caput*, da Constituição Federal, define a segurança pública como dever do

Estado, para preservação da ordem pública, sendo o caso do chamado “*periculum libertatis*”.

A garantia da ordem econômica, presente principalmente nos casos dos crimes contra a ordem econômica e relações econômicas.

A conveniência da instrução criminal são as hipóteses onde o acusado está agindo de forma ativa para prejudicar o bom andamento ou mesmo integridade do processo. A título de exemplo, seria a destruição de provas ou mesmo coação de testemunhas por parte do acusado. Ademais, o cabimento da prisão preventiva pode ser justificado para assegurar a aplicação da lei penal, no sentido de que, havendo a condenação, seja possível a imposição do que fora decidido em julgamento ao acusado, servindo a prisão preventiva para evitar o desaparecimento por meio de fuga do processado.

A prisão preventiva também poderá ser decretada nas situações previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 312 do Código de Processo Penal. Em relação ao artigo 312, §1º, do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). Quanto ao parágrafo segundo do mesmo artigo: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” – esse incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, conhecido como “Pacote Anticrime”.

Ainda no mesmo sentido de previsões e hipóteses de aplicação, o artigo 313 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941).

Feito um panorama geral sobre a prisão preventiva, interessante focar em relação a antecipação do cumprimento de pena, sobretudo em razão do objeto de análise do presente trabalho. Por isso, vale trazer o §2º do artigo 313 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (BRASIL, 1941).

O “Pacote Anticrime”, como foi alcunhado, introduzido ao Direito brasileiro por meio da Lei nº 13.964, de 2019, incluiu o parágrafo segundo ao artigo 313 do Código de Processo Penal com a finalidade de reafirmar o entendimento de que a prisão preventiva não tem a finalidade de cumprimento de pena de forma antecipada.

3.4 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária, por sua vez, é disciplinada pela lei 7.960/1989. Assim como as outras prisões acima citadas, possui caráter cautelar e prazo preestabelecido de duração, tendo como objetivo encarcerar em decorrência da prática de crimes selecionados pela lei 7.960/1989 (TÁVORA, 2021, p. 987).

Sobre a prisão temporária Greco Filho (1991, p. 240-241 apud Delmanto 2019, p.258) tem a seguinte opinião:

A prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva, tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela” e que, apesar de os seus requisitos “instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário.

Na visão de Júnior (2019, p. 258), a prisão temporária pode ser vista como uma forma de “drible do legislador” para se superar o rigor dos requisitos cautelares da prisão preventiva.

Como foi assinalado, a prisão temporária possui prazo de vigência determinado, conforme o art. 2º da lei 7.960/1989, que diz:

A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

A medida a ser tomada contra esse tipo de prisão caso seja realizada de forma arbitrária é via *Habeas corpus*, como em todas as outras prisões cautelares.

4 AS PRISÕES CAUTELARES E SEU CONTORNO CONTITUCIONAL

Quando o assunto é prisão, praticamente de forma indissociável está o Princípio da Presunção de Inocência, já trabalhado nesse estudo. Não seria diferente quanto às prisões cautelares, uma vez que, por meio desse instrumento jurídico, um indivíduo pode ser levado ao cárcere sem sequer a ele ter sido imposta uma sentença penal condenatória, e como já visto, podendo inclusive ocorrer no próprio momento da ação do agente como nos casos da prisão em flagrante.

A prisão cautelar tem por finalidade resguardar a sociedade ao afastar o indivíduo que oferece perigo, no que pode ser chamado de cautelaridade social. Além disso, há a cautelaridade processual, para que o procedimento penal seja resguardado de possíveis situações que possam atingir sua integridade ou bom andamento processual. Além disso, para que a prisão cautelar não seja considerada ilegal, devem estar presentes os seguintes fundamentos: o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis* (MOUGENOT, 2019).

Sobre o contorno das prisões cautelares, o Ministro Celso de Mello dispõe em seu voto no julgamento do HC 89.501/GO:

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente - não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade (BRASIL, 2006).

Trançando um paralelo com a possibilidade de prisão em segunda instância condenatória, por mais que a doutrina e jurisprudência alegue que a prisão cautelar não possui natureza de pena antecipada, e sim uma mera medida cautelar processual, é na prática uma ação que encarcera o indivíduo que nem mesmo tem sentença condenatória proferida contra ele, e, mesmo assim, o princípio da presunção de inocência não é violado.

Dessa forma, a prisão cautelar está submetendo à prisão um indivíduo que não teve sua culpa confirmada em juízo. Em que pese a função da prisão ser diferente, é no mínimo uma incoerência permitir a prisão em caráter cautelar e não permitir a prisão após a condenação em segundo grau, uma vez que em segunda instância

judicial já está esgotada a matéria fática, ou seja, o fato criminoso já se demonstra consolidado ou não.

O princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, um argumento que favorece a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, é que só se estaria vedada a prisão pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, se o texto trouxesse que ninguém será *preso* antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O argumento faz sentido, pois é exatamente o que se faz com a prisão cautelar, independentemente do sentido da prisão, qual seja o de preservar o processo e a sociedade, prender continua tendo a mesma força estatal, o mesmo estigma social e impõe praticamente as mesmas condições do cárcere com função de pena convencional.

Vale ressaltar que aqui não se faz um juízo contra a prisão cautelar, apenas uma comparação entre a admissibilidade das cautelares em comparação com a atual inadmissibilidade da prisão em segunda instância, demonstrando uma incoerência presente no ordenamento jurídico no que se refere a prisão e presunção de inocência.

Assim, as prisões cautelares no Brasil adquiriram uma forma de prisão antecipada, na medida em que são comuns os casos de indivíduos levados à prisão de forma cautelar e que acabam permanecendo nessa condição por tempo que ultrapassa em muitas vezes ao que é permitido por uma prisão preventiva, por exemplo.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019 a população carcerária já ultrapassava os 800 mil presos, e o dado que mais chama atenção é o de que 41,5% são presos provisórios, ou seja, ainda aguardam julgamento (BARBIÉRI, 2019).

Assim, é possível dizer que milhares de pessoas, e em sua maioria de classes sociais mais baixas, estão presas de forma preventiva, e, na prática, por mais que não seja a função desse tipo de prisão, estão cumprindo pena sem ao menos serem condenadas por sentença final. Enquanto, por outro lado, composto em parte de pessoas mais favorecidas, da elite econômica e política, estão em liberdade mesmo após terem sido condenados por duas instâncias judiciais.

Chegando à conclusão de que, no atual cenário, os mais ricos são favorecidos, já que possuem os meios necessários para se manterem em liberdade até o trânsito

em julgado da sentença condenatória, enquanto os mais pobres são prejudicados, passando tempo demasiado presos de forma cautelar, o que, na prática, está constituindo uma verdadeira antecipação de pena, dado o descumprimento do que é estabelecido em relação às prisões cautelares.

5 A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E SUA NATUREZA JURÍDICA

A prisão em segunda instância é um tema que foi amplamente discutido nos últimos anos, principalmente em razão dos desdobramentos que sua autorização poderia desencadear até mesmo no cenário político do país. Além disso, outra característica marcante na trajetória das decisões judiciais que envolviam a prisão em segunda instância, foram os diferentes entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao ser acionado, em algumas situações e em quatro principais momentos, ocasionaram mudanças substanciais, por meio de votações extremamente acirradas entre os Ministros, amplamente divulgadas pela imprensa, e que repercutiram de forma polemica.

Primeiramente, é necessário entender o que seria a prisão em segunda instância. Como já mencionado anteriormente, existem diferentes modalidades de prisões, tais como as prisões cautelares e a prisão após condenação definitiva, ou seja, o trânsito em julgado da sentença condenatória e esgotamento dos recursos.

A prisão em segunda instância, manifesta-se na possibilidade de um indivíduo ser recolhido ao cárcere após ser julgado e condenado na segunda instância judicial, sobretudo por entender que nessa avançada etapa processual já é possível aferir a culpabilidade do agente e, por consequência, levá-lo ao cumprimento da pena antes de se esgotarem todos os recursos possíveis.

5.1 O HISTÓRICO DAS MUDANÇAS NO ENTENDIMENTO DA VIABILIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Houve quatro principais momentos que envolvem a definição de entendimentos no que se refere a prisão em segunda instância. O primeiro deles é o HC84.078/MG, que muda o entendimento em sentido favorável. Depois, o HC126.292/SP e HC152.752/PR. E, por último, o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, julgadas em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1.1 O *Habeas corpus* 84.078/MG

É admissível dizer que toda a situação que envolve a prisão em segunda instância inicia-se no ano de 2009, uma vez que, antes disso, no Brasil, era admitido a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ocorre que, em 5 de fevereiro de 2009, é julgado um *Habeas corpus* 84.078/MG, cujo relator foi o ex-ministro Eros Roberto Grau. O paciente Omar Coelho Vitor, foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, I e IV, cumulado com o artigo 14, II, ambos do Código Penal, e posteriormente pronunciado e julgado no tribunal do júri, foi condenado a três anos e seis meses de reclusão pela tese de homicídio privilegiado votada pelos jurados.

Após a condenação, a pena sofreu alteração em razão de recurso imposto pelo Ministério público, e posteriormente pelo réu foi interposto recursos extraordinário e especial.

O *Habeas corpus* foi julgado procedente, vide acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o habeas corpus, nos termos do voto do Relator. (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 fev. 2009).

Tendo a seguinte ementa:

Habeas corpus. Penal. Acórdão confirmatório de condenação de primeiro grau. Expedição de mandado de prisão, legitimidade. Inocorrência de ofensa ao princípio da presunção de inocência, dada a inexistência em regra, de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 fev. 2009).

Julgado o *Habeas corpus*, o Ministro Eros Grau confirmou a impossibilidade da aplicação da prisão antecipada:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a

execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas (BRASIL, 2009, p. 10).

Assim, com o julgamento procedente do HC 84.078/MG, em 2009 fica consignado que a não é possível a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, entendimento esse que viria a mudar no ano de 2016 com o julgamento do HC126.292/SP.

5.1.2 O Habeas corpus 126.292/SP

O *Habeas Corpus* foi impetrado em favor de Márcio Dantas, pela prática do crime previsto no artigo 157 §º incisos I e II, do Código Penal, onde veio a ser condenado a uma pena de cinco anos e quatro meses a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

O relatório dispõe o que foi pedido liminarmente:

Neste habeas corpus, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade (BRASIL, 2016).

Dessa forma, no julgamento do HC126.292/SP, cujo relator foi o ex-ministro Teori Zavascki, a maioria do Supremo Tribunal Federal concluiu que:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR

TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 fev. 2016)

Votaram de forma favorável, os ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Dias Toffoli. Enquanto os votos vencidos foram os dos Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, em um placar de votação de 7 votos a 4, conforme a decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República (BRASIL. 2016).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, com esse julgamento, altera a entendimento jurisprudencial vigente até então, pois entendeu que, para a execução de uma pena, não é necessário aguardar o trânsito em julgado, bastando que já exista um acórdão condenatório proferido por um órgão colegiado, ou seja, decisão condenatória proferida por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal.

Não se faz necessário os requisitos das prisões cautelares, uma vez que a prisão autorizada com o julgamento do *Habeas corpus*, é prisão penal, ou seja, aquela cujo objetivo é o cumprimento definitivo das penas, não possuindo caráter cautelar. Trata-se da autorização provisória da pena, ainda que estejam tramitando recursos extraordinários perante os Tribunais Superiores.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal altera seu entendimento no que concerne a prisão em segunda instância, entendimento este que estava consolidado em sentido oposto desde o ano de 2009, com o julgamento do HC 84.078/MG, que

por sua vez alterou o entendimento original em sentido favorável que perdurava por décadas.

O ex-ministro e relator Teori Zavascki teve como principal meio argumentativo em seu voto o fato de que o exame da materialidade fática do delito, ou seja, o que enseja na culpa *lato senso*, é analisada nas instâncias ordinárias. Desse modo, no âmbito dos Tribunais Superiores, verifica-se a preclusão para se discutir provas e fatos, uma vez que estas se exaurem nas instâncias ordinárias, sendo o objetivo nas instâncias superiores apenas a análise de matérias referentes ao direito.

5.1.3 O *Habeas corpus* 152.752/PR

Talvez um dos *Habeas Corpus* mais delicados já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da pessoa do paciente e as repercussões que poderiam acarretar politicamente o Brasil, caso fosse denegado ou deferido.

Com alta cobertura midiática e pressão popular, o HC 152.752/PR, julgado no ano de 2018, refere-se a um *Habeas Corpus* preventivo, impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, onde argumenta contra a pronta execução da pena após a condenação em segunda instância, conforme relatório:

Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Narra o impetrante que: a) o paciente foi **condenado em primeiro grau pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, provimento confirmado em segundo grau**; b) o Tribunal Regional Federal da 4ª Região assentou o **início da execução da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária**, provimento que representa ameaça iminente ao direito de locomoção do paciente; c) a execução da pena na pendência de recursos excepcionais compromete a presunção da inocência; d) a compreensão do Plenário desta Corte Constitucional assentou a possibilidade de execução provisória da pena, mas não a proclamou obrigatória; e) não há motivação concreta a evidenciar a necessidade da custódia. Ao contrário, na medida em que os elementos concretos do caso demonstrariam sua dispensabilidade [...] (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal analisou o caso com base na jurisprudência consolidada pelos próprios ministros no ano de 2016 com o julgamento do HC126.292/SP, em sentido que permitia a execução da pena assim que findada as instâncias ordinárias.

Assim, a Suprema Corte manteve a coerência e aplicou seu entendimento firmado no ano de 2016, que, apesar de ter sido alterado por breve momento em 2009, sempre foi o posicionamento tradicional por muitos anos, antes do julgamento do HC84.078/MG. Logo, é possível dizer que o entendimento permissivo da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória foi um entendimento tradicional que perpetuou no Supremo Tribunal Federal por muito mais tempo do que o entendimento que proíbe a prisão em segunda instância.

Entendimento este que viria a ser alterado pela última vez, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, julgadas no ano de 2019 pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1.4 As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54

Por fim, no ano de 2019, ocorreu a última alteração em relação ao entendimento da possibilidade da prisão após a condenação em segunda instância, sendo esse entendimento vigente até o momento.

O objetivo maior das Ações Declaratórias de Constitucionalidade foi o de alterar o entendimento firmado no ano de 2016 pelo julgamento do HC126.292/SP, e como parte integrante o Supremo Tribunal Federal foi provocado para harmonizar o artigo 283 do Código de Processo Penal ao texto constitucional de 1988.

A atual redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, após o “Pacote Anticrime”:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (BRASIL, 1941).

O objetivo, portanto, era o de declarar que o texto do artigo 283 do Código de Processo Penal teria força constitucional, e assim se contrapor ao movimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de permitir a prisão em segunda instância para início de cumprimento de pena.

No julgamento do mérito da ação, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, alterou sua posição anterior e firmou novo entendimento em sentido favorável a manutenção da liberdade e a vedação da execução provisória da pena após a condenação em segundo grau.

O julgamento foi marcado por muita pressão externa, uma vez que caso fosse mudado o entendimento, todos que estavam presos por decisão fundamentada no antigo entendimento de 2016 teriam, invariavelmente, suas prisões relaxadas. Foi o que ocorreu no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A tese firmada foi idêntica em nas três ações, até porque foram julgadas na mesma sessão, conforme ementa:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, **a qual não admite forma provisória** (Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, Data de Julgamento: 07 nov. 2019) (grifo nosso).

Dessa maneira, foi alterado o entendimento que foi majoritário por anos e, assim, impedindo a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, permitida a prisão apenas nos casos previstos na redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, alterada pelo “Pacote Anticrime”. Desde então, é o entendimento vigente, sendo a resposta mais recente em relação ao tema a propositura de uma Emenda à Constituição, como forma de garantir maior estabilidade.

Entretanto, houve discordância entre os ministros da Corte, e em sentido oposto se manifestaram por meio de seus votos. Um deles foi o ministro Luiz Fux, que fundamentou seu voto da seguinte forma:

Sustenta-se que o legislador, na nova interpretação conferida ao art. 283, teria reproduzido o teor da norma constitucional.

Pois bem.

De plano, afasto a alegação de que a norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, tenha sido meramente reproduzido pelo legislador ordinário.

O art. 5º, LVII, da Lei Maior, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Como se observa, o princípio da presunção de inocência, tal como previsto na Constituição, não estabelece proibição de prisão para fins de execução da condenação, antes do trânsito em julgado.

A redação do art. 283 do Código de Processo Penal, portanto, expandiu o teor do art. 5º, LVII, contradizendo outra norma da Constituição Federal, também prevista no art. 5º, insculpida no inciso LXI, *in verbis*: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Portanto, esta é a pergunta que se coloca no presente julgamento: o art. 283 do Código de Processo Penal é mera reprodução da Constituição? Ele infringe o sistema constitucional, no que a Lei Maior autoriza a prisão antes do trânsito em julgado? (BRASIL, 2019).

Posteriormente, o ministro passou a citar os casos citados anteriormente, na totalidade dos *Habeas corpus* julgados, finalizando seu voto, que não foi vencedor, o Ministro Luiz Fux:

Procedo à fundamentação do meu voto, que é no sentido de manter os precedentes firmados nesta Corte e conferir, ao art. 283 do CPP, interpretação conforme a Constituição, para restringir o âmbito de sua incidência, de modo a que não impeça o início da execução da condenação antes do trânsito em julgado (BRASIL, 2019).

Desse modo, finalizado o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, rapidamente os comentários jurídicos e técnicos espalharam-se, principalmente pelos desdobramentos que o novo entendimento acarretaria, em especial no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Foi levantado inclusive o tem do ativismo judicial, que por mais importante que seja, e sua possível influencia, não caberá analisar neste trabalho.

6 A EFICÁCIA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA CONTRA O SENSO DE IMPUNIDADE

A impunidade sempre foi uma característica atribuída à justiça brasileira pelos cidadãos em geral, a realidade é país sofre com graves problemas nas mais diversas esferas, sobretudo na seara jurídica.

Os cidadãos, mesmo aqueles que não possuem formação técnica ou familiaridade com o mundo jurídico, possuem subjetivamente um senso de justiça – a opinião do que é justo ou injusto, assim como a sensação de impunidade –, que veio ao longo dos anos se tornando um senso comum, no sentido de que, por mais que existam variações entre o que é justiça de indivíduo para indivíduos, existem situações em que o posicionamento é quase uma unanimidade. Dessa forma, a população transforma opinião em anseios políticos.

Nesse sentido, quanto a expectativa da sociedade em relação à justiça brasileira, o Ministro Luiz Fux em seu voto no HC126.292/SP, traduz exatamente como parte população enxerga a impunidade com relação a proibição da prisão em segunda instância, baseada em uma eventual violação do princípio da presunção de inocência:

Senhor Presidente, aqui, em muitas ocasiões, nós aduzimos ao silêncio eloquente do constituinte originário em determinadas matérias. Mas, no meu modo de ver, aqui houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade. A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.” Não há necessidade do trânsito em julgado” (BRASIL, 2016)

Como bem ressalta o ministro Luiz Fux: “a jurisdição é uma função popular”. Para um cidadão médio, não existe sentido ou lógica em um indivíduo que foi condenado por duas instâncias judiciais, em um processo que seguiu todas as regras procedimentais estabelecidas pela lei e em total acordo com o devido processo legal e contraditório, continuar gozando do *status* de inocência e não poder ser recolhido ao cárcere.

Um argumento levantado pelos partidários da vedação da prisão a partir da condenação em segunda instância, é o da falibilidade dos magistrados, no sentido de que as decisões podem ser tomadas de forma equivocadas e, por isso, um indivíduo só poderia ser preso após esgotados seus recursos. Nesse sentido o Ministro Edson Fachin em seu voto no HC126.292/SP, utiliza-se das Palavras de um *justice* da Suprema Corte Americana, Robert Jackson:

Senhor Presidente, eminentes pares, "não há dúvida de que se houvesse uma Super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra". Essas palavras de Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, as quais cito em tradução livre (BRASIL, 2016).

Assim, o Ministro Edson Fachin buscou ressaltar que caso existissem instâncias que superassem o Supremo Tribunal Federal, provavelmente em algumas das decisões seriam encontrados erros e assim por diante. A justiça em todas as suas instâncias, do primeiro grau ao último, está sujeita a cometer erros, que por sua vez devem ser reduzidos ao mínimo possível por meio de rigor procedimental.

Entretanto, o argumento da falibilidade humana não é um argumento plausível para que seja atribuída a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que todas as instâncias estão sujeitas ao cometimento de equívocos, e ficar aguardando a revisão de diversos recursos na esperança de uma alteração na decisão conduz a outro problema diretamente relacionado com a questão da impunidade: a lentidão.

A morosidade no processo penal é mais problemática, diferentemente do que ocorre no processo civil, já que trata de pretensões individuais e privadas. No processo penal, ocorre uma ameaça às pretensões da sociedade, na mais pura forma de injustiça pela falta de efetividade jurídica.

Os chamados recursos protelatórios, que são os recursos interpostos majoritariamente pela defesa, constituem uma ação premeditada no sentido de interpor um recurso mesmo sabendo que será negado o provimento, com o único objetivo de prolongar o tempo processual e assim postergar determinado resultado praticamente já definido, mas que não é o desejado, no caso do processo penal, por exemplo, seria a prisão do indivíduo.

Ministro Edson Fachin ressalta em seu voto:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte, em recursos criminais, firmou-se no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios.

Essa jurisprudência já configura um limite imposto por essa Corte à estrita literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF. Defendo, na linha das razões muito bem articuladas pelo eminente Relator, que o limite deva ser maior.

Não depreendo da regra do art. 5º, LVII, da CF o caráter de presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias (BRASIL, 2016).

Ainda no tocante ao sentimento de impunidade no Brasil, relacionado à prisão em segunda instância e presunção de inocência, é interessante observar como outros países, alguns com o sistema jurídico muito semelhante ao brasileiro, tratam a matéria, com a ressalva, evidentemente, de que é muito difícil comparar aspectos isolados desses sistemas.

Entretanto, é interessante observar que uma boa parcela de países não aguarda o trânsito em julgado da sentença condenatória para prender o indivíduo processado e condenado, e em muitos deles a prisão ocorre já em primeira instância condenatória, devendo os recursos serem interpostos com o indivíduo preso.

Nesse sentido, o ex-ministro Teori Zavascki, ao votar em sede de julgamento do HC126.292/SP, citou diferentes países e analisou como se procede a prisão em relação ao esgotamento dos recursos. Países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Alemanha possuem entendimento similar ao que foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016.

Ainda que comparar “direitos” diferentes seja algo complexo, é importante analisar como é encarada a presunção de inocência nesses países.

Na Inglaterra, por exemplo, o ex-ministro Teori Zavascki, citando estudo abrange dos autores Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, destaca que:

‘Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)’

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à High Court versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da Crown Court’ (...)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança. (...)’ (BRASIL, 2016).

Nos Estados Unidos da América:

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso ‘Coffin versus Estados Unidos’ em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que ‘se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo’.

(...)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão

condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”. (BRASIL, 2016).

No Canadá:

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso R. v. Pearson(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, “é claro”, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense (BRASIL, 2016).

Na Alemanha:

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas. (BRASIL, 2016).

Dessa forma, observando os diversos países do mundo, por mais complicada que seja a comparação de sistemas jurídicos, fica claro que o Brasil, com a vigência do atual entendimento, é uma absoluta minoria, no sentido em que ao mesmo tempo que exige o exaurimento dos recursos, possui mais recurso do que outros países.

Por isso, reforça-se o sentimento de que o Brasil é um país onde a impunidade ainda assola a justiça, principalmente se comparado com os outros países do mundo.

Ainda no que se refere a impunidade, os recursos protelatórios, principalmente aqueles direcionados ao Supremo Tribunal Federal, adquirem, de certa forma, caráter elitista, uma vez que, na prática, a prisão após o trânsito em julgado favorece em grande parte pessoas de alta condição financeira e poderosos, que dispõem dos melhores advogados e escritórios do país para retardar o resultado da decisão final e, conseqüentemente, a prisão.

Mostra-se, portanto, mais um lado da incoerente que desperta o sentimento de impunidade para com os ricos e poderosos.

Além disso, uma das principais operações, que se tornou símbolo do combate à corrupção, sofreu um forte impacto com a mudança no entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal em 2019, uma vez que, com base no entendimento de 2016, prendeu diversos condenados pelo crime de corrupção, por exemplo, após a condenação pelo órgão colegiado. Em razão da mudança de entendimento, caberá a defesa técnica individual de cada condenado realizar o pedido ao juiz da execução penal para que o novo entendimento firmado em 2019 seja aplicado e a prisão revogada.

Tal mudança demonstrou estar em direção totalmente oposta às expectativas da sociedade e o que ela espera da prestação jurisdicional. Nesse sentido, o jurista Modesto Carvalhosa, na Comissão Especial, para se discutir a PEC n. 199/2019, em Audiência Pública na Câmara dos Deputados, diz de forma crítica:

O STF, ao proclamar a inocência do réu condenado como uma presunção *jure et de jure*, visou estabelecer um regime penal de absoluta impunidade que pode ser usufruída pelos poderosos, que se valem dos infinitos recursos e suas tecnicidades para manterem-se fora das prisões e ainda obterem a nulidade de suas condenações ou então a prescrição de sua punibilidade (CARVALHOSA, 2021, p. 3).

Essa é uma realidade que facilmente pode ser constatada na prática, não é de hoje que é possível perceber práticas que favorecem os poderosos na justiça brasileira.

6.1 A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Primeiramente, após a análise dos diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade da prisão após condenação em segunda instância, é possível definir que o entendimento “clássico” por parte do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema é o permissivo, ou seja, no sentido de admitir a prisão antes do trânsito em julgado.

Dessa forma, já se pode dizer que as várias mudanças de posicionamento em relação ao tema, por si só, trazem insegurança Jurídica, uma vez que, com base nas decisões proferidas, pessoas foram presas ou soltas de forma inesperada.

Essas mudanças de entendimentos em relação à prisão em segunda instância – três vezes no período compreendido entre 2009 e 2019 – gera uma perigosa descrença no Supremo Tribunal Federal por certa parte da população, que alegou que as decisões estariam sendo tomadas baseadas em interesses políticos e motivados por alianças políticas passadas.

Além disso, os diversos escândalos de corrupção que se apresentaram ao longo dos últimos 15 anos, e a dificuldade para que os condenados fossem presos, também demonstrou o gigantesco problema de insegurança jurídica no país, qual seja, o de diferença de tratamento da justiça.

Por um período, sobretudo durante o processo de investigação dos principais escândalos de corrupção, os cidadãos brasileiros estavam descrentes no Poder Judiciário, os envolvidos pareciam intocáveis pela justiça, surgiu o sentimento de que os ricos, poderosos, políticos e pessoas influentes eram imunes às prisões no Brasil, demonstrando-se um grave problema de impunidade e insegurança jurídica, que fez por criar terreno fértil para contestações das instituições democráticas como um todo.

A mudança de entendimento em relação prisão em segunda instância no ano de 2016 cumpriu o papel de desamarrar as mãos do Estado, e poder fazer valer o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir do Estado, de forma mais efetiva, ao possibilitar que os indivíduos que estavam propositalmente atrasando o processo por meio de recursos pudessem ser presos, e administrassem seus recursos durante a execução provisória da pena.

Nesse sentido, é que diz o ex-ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC126.292/SP, em 2016:

Cumpra ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016).

A segurança jurídica proporcionada pela possibilidade de prisão em segunda instância, revela-se eficaz, principalmente quando tratamos dos chamados "*white-collar crimes*", os crimes do colarinho branco, como dizia Edwin Sutherland.

Uma vez que os indivíduos que praticam crimes dessa natureza não possuem o mesmo estigma social de quem praticou um crime "comuns". Assim, esses indivíduos de grande poder político e financeiro, são os mais beneficiados quando se fala em prisão somente após o trânsito em julgado, em detrimento daquelas menos afortunados.

No contexto de privilégios e insegurança jurídica, Carvalhosa (2021, p. 3) afirma que:

O STF, ao assim agir, contra todos os princípios da ordem jurídica universalmente aceita e em desfavor da Justiça e da sociedade brasileira, cria um regime judiciário antiisonômico, na medida em que beneficia com os infundáveis recursos na 3ª e 4ª instâncias os criminosos poderosos e o gozo pleno do produto de seus crimes de corrupção, tráfico de drogas, de armas e de pessoas. Esses criminosos de colarinho branco, com os recursos financeiros amealhados na prática dos seus grandes delitos, podem usufruir das técnicas para anular os seus processos ou procrastiná-los até a sua prescrição. Por sua vez, os réus desprovidos de recursos devem desde logo cumprir as suas penas, por serem, para eles, inalcançáveis as 3ª e 4ª instâncias.

Essa diferença de tratamento, isto é, não isonômico, claramente se reflete em um problema de acesso à justiça e em insegurança jurídica, que seriam corrigidos pela aplicação da possibilidade da prisão após condenação em segunda instância.

É possível, com base no que compreende Modesto Carvalhosa sobre o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, uma clara distinção entre

sujeitos em detrimento do acesso à justiça, favorecendo principalmente os mais poderosos de forma a causar uma total dissonância como o princípio da segurança jurídica previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

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 seguintes (BRASIL, 1988).

Diante desse quadro, será analisado a necessidade e a eficácia da prisão após a condenação em segunda instância.

6.2 A NECESSIDADE E A EFICÁCIA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA DIANTE DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL.

A prisão após condenação em segunda instância se faz necessária para a prestação de uma justiça penal efetiva e célere, e para que isso ocorra o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, deve ser interpretado da mesma maneira que o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo 11.1, ou seja, assim que demonstrada a culpabilidade

Da mesma maneira, o Pacto de San José da Costa Rica, que o Brasil por sua vez é signatário, dispõe em seu artigo 8.2 que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto **não se comprove legalmente sua culpa**” (BRASIL, 1992) (grifo nosso).

Ora, se no processo penal a culpa se discute somente até o julgamento na segunda instância, o indivíduo condenado pelo órgão colegiado não deve mais gozar do *status* de presumidamente inocente, e, portanto, poderá executar a pena de forma provisória até que se atinja o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Como observado, o Supremo Tribunal Federal alterou várias vezes seu entendimento, ou seja, atualmente é possível afirmar que a prisão só é permitida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entretanto, não é possível afirmar por quanto tempo esse entendimento perdurará em decorrência do histórico de mudanças ou com uma futura modificação/composição de ministros do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, uma das soluções para se garantir a prisão após condenação em segunda instância, seria por meio de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), ou seja, uma emenda constitucional, a última e mais atual proposta que buscou reestabelecer a prisão em segunda instância é a PEC n. 199/2019, mas que, até o momento, demonstrou-se frustrada.

Entretanto, dada situação em que se encontra a criminalidade no país, a possibilidade da prisão após decisão condenatória em segunda instância, faz-se um grande aliado como política de segurança pública, uma vez que contribui diretamente para o encarceramento de indivíduos com a sua culpabilidade já confirmada em segundo grau, e que eventualmente serão presos, mas que, em razão do atual entendimento da Suprema Corte brasileira, passam-se anos aguardando que seus respectivos recursos sejam julgados nas instâncias superiores.

Portanto a necessidade da prisão em segunda instância calca-se principalmente na morosidade das prisões e garantia da eficácia jurisdicional, fundamentais no combate à criminalidade, seja ela violenta ou não. Nesse sentido, dispõe o ministro Edson Fachin, em seu respectivo voto no HC126.292/SP:

Não me refiro apenas ao princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores, deles fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias, para que a sanção criminal assentada nas instâncias ordinárias possa ter eficácia.

Também não me refiro ao caso específico dos crimes dolosos contra a vida e à constitucionalmente proclamada soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF) que, a meu ver, opõe-se frontalmente à concepção segundo a qual as decisões condenatórias dos jurados – adjetivadas pela Constituição de soberanas - só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Tudo, desconsiderados eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que lhes são próprios (BRASIL, 2016)

Assim, é possível observar que o a prisão em segunda instância possui total compatibilidade com o texto constitucional, e em certa medida resolve algumas

situações que envolvem o texto como é o caso do princípio da duração razoável do processo, previsto no artigo art. 5º, LXXVIII, que, apesar de ser um princípio subjetivo, constitui um dos maiores problemas jurídicos do Brasil, e que por sua vez, se liga de forma íntima com a sensação de impunidade quando não observada a duração que se espera como razoável, principalmente no caso de crimes violentos.

Por isso, a prisão em segunda instância está a benefício do cidadão na medida em que garante efetividade da tutela jurisdicional, cujo destinatário é o povo. Garante, também, que o *jus puniendi* seja efetivado, na medida em que dessa forma é possível punir o condenado de forma efetiva em prazo aceitável, desde o cometimento do crime, e como já mencionado a efetividade quando falamos em prisão, principalmente no combate aos crimes violentos e crimes contra a administração pública, como os crimes de corrupção ativa ou passiva, que foram o foco nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Além do mais, quando se fala em prisão em segunda instância, podemos ainda evocar o princípio constitucional da isonomia previsto no artigo 5º, *caput*, na medida em que, com a admissibilidade do instituto, a justiça punitiva restritiva de liberdade alcança os condenados da mesma forma, não restando mais a diferença em relação ao poder financeiro por parte dos mais ricos em interpor repetidos recursos nos Tribunais Superiores com o objetivo de protelar o trânsito em julgado e, assim, a consequente prisão.

Portanto, a possibilidade da prisão em segunda instância, além de efetivamente fazer com que tenhamos mais segurança, pois encarcera a criminalidade condenada, ainda colabora para a redução da impunidade, pensamento esse que é extremamente degradante para a justiça já que contribui para sua desmoralização.

Como pode ser visto na opinião popular, e por membros do próprio Supremo Tribunal Federal, como afirmou em entrevista o ministro Luís Roberto Barroso:

Ministro do Supremo Tribunal Federal há quase um ano, Luís Roberto Barroso acredita que o Brasil ainda é um país excessivamente hierarquizado e dividido em classes, o que tem reflexos na justiça. “A justiça, e sobretudo a justiça penal brasileira, é dura com os pobres e mansa com os ricos, embora ache que temos feito um esforço civilizatório relevante para sair deste atraso. Temos andado na direção certa, embora não na velocidade desejada (G1, 2014)¹.

¹ C.f. <https://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/05/justica-e-dura-com-pobres-e-mansa-com-ricos-afirma-ministro-do-stf.html>.

Desse modo, com o reestabelecimento da permissão para execução da pena a partir da condenação por órgão colegiado, seria uma das formas de garantir o princípio constitucional da isonomia.

7 CONCLUSÃO

A alta taxa de criminalidade não é uma exclusividade brasileira, assim como os grandes escândalos de corrupção. Entretanto, na medida em que os casos ganharam grande repercussão, percebeu-se como o país sofre por conta desse fenômeno, que corrói o Estado Democrático de Direito e as instituições democráticas.

Dessa forma, a justiça se popularizou. A publicidade e a transparência da justiça foram fundamentais para que o destinatário da prestação jurisdicional, ou seja, os cidadãos brasileiros, tomassem consciência e fossem capazes de formar juízos de valor sobre determinados assuntos e, a partir disso, exigir do Poder Legislativo que deliberasse em prol de seus anseios.

A prisão em segunda instância, apesar de todas as decisões, repercussão, grandes nomes envolvidos e julgamentos de ampla divulgação, tomou uma complexidade em relação a sua real dificuldade de entendimento e discussão.

É notório que o Brasil, com atual entendimento firmado em 2019 pelo julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, pelo Supremo Tribunal Federal, está em total dissonância com o entendimento de grande parte dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Mesmo que a comparação entre sistemas diferentes seja complexa, é de fácil percepção que o Brasil adotou um entendimento que vai na contramão do que é adotado no mundo, e isso por si só já demonstra que, talvez, não foi a decisão mais acertada.

Assim, um entendimento equivocado, em vários aspectos, tornou-se fundamento para proibir a prisão após a condenação em segunda instância. O principal deles é a suposta violação ao princípio da presunção de inocência, que, por sua vez, foi inserido em nossa Constituição Federal de modo a não extrair o real significado e compatibilidade com o texto que lhe serviu de base teórica: a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, que prevê a presunção de inocência até que provada a culpabilidade, e não o trânsito em julgado.

Dessa forma, o Princípio da Presunção de Inocência não dever ser interpretado em sua literalidade, mas sim sob o ponto de vista teleológico, na medida que, ao interpretá-lo, é necessário pensar no real objetivo de sua existência.

Observando por esse prisma, é natural compreender a permissibilidade da prisão em segunda instância, pois é dificultoso aceitar que o objetivo da presunção de inocência na Constituição Federal teria como objetivo evitar a prisão até que todas as

hipóteses de recursos tenham se esgotado, mesmo em agudo prejuízo à duração razoável do processo. Não é de se esperar que a Constituição Federal tenha a intenção de gerar impunidade, sentimento de injustiça e insegurança jurídica.

Assim, o Princípio da Presunção de Inocência deve ser interpretado não como um impeditivo à prisão em segunda instância, mas como um aliado na defesa do Estado Democrático de Direito, pois, além de continuar a ser um garantidor, de acordo com que se estabeleceu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e bloqueador de autoritarismo, presumindo inocente aquele que ainda não teve a sua culpa confirmada por órgão colegiado, permite o gozo de todas as garantias do devido processo legal, mas não impede a proteção para a sociedade, garantida pela consonância com a prisão em segunda instância. Dessa forma, seria cumprido o papel de efetivar a tutela do Estado, de reduzir a impunidade, uma vez que as punições alcançarão a todos e restaurar o sentimento de confiança da população nas instituições, sobretudo em relação ao Poder Judiciário.

A arbitrariedade é protegida por vários mecanismos jurídicos, dentre eles está toda a base principiológica constitucional que tutela o processo penal do começo ao fim, assim como os remédios constitucionais, como o *Habeas corpus*, que, nesse contexto, funciona como mais um impedimento a prática de arbitrariedades, e apesar de ter sido utilizado nos últimos anos de forma diversa ao que foi idealizado, continua constituído indispensável instrumento de liberdade.

É, portanto, com base nas pesquisas realizados no presente trabalho que fica evidenciado a assertividade da decisão proferida em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir a prisão antes do trânsito em julgado, observado que o Princípio da Presunção de Inocência não se demonstra como um impedimento para tal, retomando, assim, a interpretação clássica que vigente até o ano de 2009.

O assunto, atualmente, é revestido de polêmica, mas nem sempre foi assim. Como observou o ministro Alexandre de Moraes em seu voto no Julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, durante toda a existência da Constituição de 1988, o posicionamento que previa a admissibilidade de execução provisória após condenação sem segundo grau foi o que mais perdurou em sua existência, por 24 anos, e chancelado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, em relação aos que buscam desqualificar o assunto, na maioria dos casos não é possível encontrar em seu discurso um argumento honesto sequer que possa impedir a discussão para novamente admitir esse entendimento, isso

porque ter assuntos como “intocáveis” ou “indiscutíveis” não passa de desonestidade intelectual, que parte de indivíduos que servem à interesses muito maiores, e por vezes obscuros, mesmo que sem saber.

Além disso, vale ressaltar que todos os três poderes, mas em especial os que são representativos da vontade popular, possuem um dever para com os cidadãos no combate à impunidade, que é integrante da tão abandonada pauta da segurança pública, tema recorrente, mas que foi deixado ao esquecimento até a alguns anos atrás.

Em um país tão polarizado, tudo no cenário político acaba sendo estigmatizado e colocado em “caixas”, os argumentos e a ciência jurídica são colocados em segundo plano, os indivíduos são dominados pelo sentimentalismo. No fim, quem sofre com os efeitos das más decisões são os próprios jurisdicionados.

Por fim, prisão em segunda instância é um importante instrumento e já se demonstrou eficiente durante o tempo em que foi aplicada, sendo forte aliada no combate à criminalidade, violenta ou não.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, apesar das repedidas mudanças de entendimento, não parece disposto a alterar novamente o que foi decidido em 2019. Desse modo, a matéria foi deixada para a seara política, recaindo sobre o Poder Legislativo a decisão de implementá-la por meio de uma Emenda à Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

'**A justiça é dura com pobres e mansa com ricos**', afirma ministro do STF. Globo News, Brasília, DF, 23 mai. 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/05/justica-e-dura-com-pobres-e-mansa-com-ricos-afirma-ministro-do-stf.html>. Acesso em: 05 nov. 2022.

Barbiéri, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. Globo News, Brasília, DF, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional. 2. ed.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. vol 2**, São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTENCOURT, M. V. C. **Curso de direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal. 13 ed.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75435734>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598#:~:text=Surge%20constitucional%20o%20artigo%20283,a%20culpa%20em%20virtude%20de>. Acesso em 05 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75435788>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752/PR**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de abril de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 89.501/GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12. Dez. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409786>. Acesso em: 06 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo penal. 15ª edição**. São Paulo Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal. 16ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 29ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

CARVALHO, J. M. S. M. de. **Colisão de Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

CARVALHOSA, Modesto. Audiência Pública na Câmara dos Deputados 03 de maio de 2021. Comissão Especial PEC n. 199/2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pec-199-19-prisao-em-2a-instancia/apresentacoes-em-eventos/ModestoCarvalhosaAP030521.pdf>

DELMANTO, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Grupo Almedina (Portugal), 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 nov. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

TAVORA, Nestor; Rosmar Rodrigues Alencar/ **Curso de processo penal e Execução penal**, 16 ed. Reestrut., revis. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Lucca Finardi do Patrocínio
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o TCC com o título: “A viabilidade da prisão em segunda instância diante do sistema constitucional”,
sob a orientação do(a) Professor(a) Fabiano Augusto Petean
declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 09 de novembro de 2022 .



Assinatura do discente