

ISABELA CRISTINA ABREU MARCON

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: resposta adequada no caso do
cumprimento provisório da pena**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2019

ISABELA CRISTINA ABREU MARCON

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: resposta adequada no caso do
cumprimento provisório de pena**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora Me. Karla de Souza Oliveira.

ISABELA CRISTINA ABREU MARCON

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: resposta adequada no caso do
cumprimento provisório da pena**

Anápolis, ____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

RESUMO

A ideia dessa monografia é analisar a prisão em segunda instância e a presunção de inocência em relação ao cumprimento provisório da pena, no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, se fez necessário levantar indagações, as quais foram abordadas no decorrer da pesquisa. Ao longo do estudo foi verificada a prisão no Brasil, e feita a definição de cárcere e suas espécies. Houve a explicação das consequências da prisão decorrente de sentença penal condenatória e foi relatada a constitucionalidade da prisão decorrente desta decisão final. Em sequência foi apresentado histórico da presunção de inocência no Estado Brasileiro, e foi analisada a presunção de inocência com a garantia de direitos fundamentais. Explicou-se a diferença entre presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade e em seguida foi realizada a definição da supremacia das normas constitucionais, e descrito o conceito de execução provisória da pena. Por fim, foi feita a interpretação categórica dos *Habeas Corpus* nº 84078/MG e nº 152.752/PR, bem como conceituada a Supremo Tribunal Federal. Portanto, é necessário salientar sobre a importância do tema tratado, tendo em vista o momento político nacional e a instabilidade do povo brasileiro em relação aos três poderes constitucionais: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Palavras-chave: Presunção de Inocência, Prisão, Execução em Segunda Instância.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I –PRISÃO	03
1.1 Histórico	03
1.2 Conceito	05
1.3 Espécies de prisão (flagrante, preventiva e temporária)	06
1.4 Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível	08
1.5 Sentença penal condenatória em 2ª instância	09
CAPÍTULO II –PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X CULPABILIDADE	12
2.1 Histórico	12
2.2 Presunção de inocência e a garantia de direitos fundamentais	14
2.3 Princípio da presunção de inocência x princípio da não culpabilidade.....	15
2.4 Supremacia das normas constitucionais	17
2.5 Da execução provisória da pena	19
CAPÍTULO III –RESPOSTA ADEQUADA NO CASO DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA	22
3.1 Supremo Tribunal Federal.....	22
3.2 <i>Habeas corpus</i> nº 84.078/MG	24
3.3 <i>Habeas Corpus</i> nº 152.752/PR e a resposta adequada ao cumprimento provisório da pena.....	27
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIA	32

INTRODUÇÃO

A ideia deste trabalho monográfico é analisar a prisão em segunda instância e a presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. A presunção de inocência sempre foi um *tabu* para a sociedade, sendo um direito fundamental e um princípio constitucional implicando em discórdias nos Tribunais Superiores a respeito de tal conceito. É diversas vezes aplicado a casos concretos de julgados relacionados à prisão em segunda instância no Brasil. Dessa forma, há dois conceitos para conseguir um melhor entendimento acerca do tema proposto. Nesta linha de raciocínio, associa-se diretamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aos assuntos descritos, como forma de se conseguir uma certa precisão e atualidade neste trabalho.

Sendo assim, o método a ser utilizado na elaboração da monografia será o de compilação ou o bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolver-se-á uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros periódicos.

Diante dos argumentos acima expostos, o princípio da presunção de inocência está expressamente afirmado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, onde está proclamado que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, todos serão presumidos inocentes até que ocorra o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Observe-se, aliás, de que se trata de uma temática que vai muito além das especulações de natureza teórica, mas é de interesse de todas as pessoas por sua influência na vida prática.

Assim sendo, destaca-se dentre os diversos aspectos que envolvem o princípio da presunção de inocência, a prisão, pois esta afeta um dos principais, quiçá o principal direito fundamental da nossa constituição: a liberdade. Tema complexo, o qual obteve um aprofundamento intenso nos últimos anos. A execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado é um tema que vem sendo abordado com frequência no Brasil, à luz dos Tribunais Superiores com ministros e seus entendimentos diversos a respeito do assunto.

A princípio, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, ainda que ausentes os requisitos da prisão cautelar, a Suprema Corte autorizava a execução provisória da pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instância. Posteriormente, veio à tona a discussão de que talvez esse entendimento fosse inconstitucional, ou seja, contrário a Carta Magna do Brasil, levando o Superior Tribunal Federal a reconsiderar seu entendimento. A partir daí, o tema passou a ser abordado com frequência nos tribunais brasileiros, sendo alvo de várias reviravoltas ao longo dos anos.

Percebe-se atualmente, a importância de um entendimento mais esclarecido a respeito deste tema, tendo alcançado recentemente um líder político nacional que, após ter sido condenado por duas instâncias do Judiciário, impetrou *Habeas Corpus* nº 152.752, de relatoria do ministro Edson Fachin, o qual pleiteiou a concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, em atenção ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Brasileira, e, subsidiariamente, a concessão da ordem para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça.

Julgado, por maioria, de 6 votos a 5, a Suprema Corte entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu o HC impetrado pelo ex-presidente. Evidente que esse *habeas corpus* definiu a posição de todo o sistema de justiça do país acerca do momento de cumprimento da pena pela condenação criminal, tendo tido uma enorme repercussão nacional, alcançando a população brasileira em sentido amplo.

CAPÍTULO I – PRISÃO

Apresente pesquisa trata sobre o surgimento da prisão, bem como seu conceito. Em seguida, aborda as espécies de prisão, quais sejam: em flagrante, preventiva e temporária. Por fim, analisa sobre a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e da constitucionalidade da prisão decorrente de sentença penal condenatória.

1.1 Histórico

Desde o início da história humana a pena de prisão sempre esteve presente, direta ou indiretamente. A prática de tirar o direito de ir e vir de quem agisse contra as normas estabelecidas sempre aconteceu, se acordo com os critérios cada modelo de sociedade. Neste capítulo serão abordados aspectos gerais sobre a prisão e seus derivados.

Desde a Idade Antiga, com o estabelecimento das regras de convivência, o sentimento de punir aqueles que transgrediam as regras tomou conta da coletividade. As penas eram executas com tamanha desproporcionalidade, pois o conceito de justiça estava atrelado ao conceito de vingança, não existindo um detentor do poder de punir, uma vez que o ofendido que impunha e executava as penas. Assim, com o transcorrer do tempo, as penas aplicadas às pessoas que agiam em desconformidade com as condutas operantes de cada época evoluíram significativamente (CHIAVERINI, 2009).

O significado da expressão pena, em um contexto público, depende de cada sistema de civilização, considerando que a pena depende de leis e de uma

autoridade pública que a imponha e a julgue. Assim, de acordo com Abbagnano[...] “pena é a privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração. O conceito de pena varia conforme as justificações que lhe forem dadas” (1998, p. 749).

A evolução da sociedade trouxe diversas mudanças ao comportamento do homem primitivo. Um exemplo bastante significativo, foi o surgimento da Lei do Talião. Este dispositivo jurídico instituiu uma maneira de punir violenta e constituiu um tipo de vingança pública, baseando-se no tema “Olho por olho, dente por dente”, ou seja, dá direito ao ofendido de reagir de modo igual à ofensa que sofreu. “Adotado no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tabuas (Roma), foi ele um grande avanço na história do Código Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva” (MIRABETE, 2003, p. 36).

Com o surgimento da filosofia e sociologia de civilizações como a grega e a romana, as penas começaram a se moldar em uma ideia mais prática de Justiça como se tem nos dias atuais. Porém, a pena de reclusão ainda não tinha o mesmo significado que tem atualmente. Seu objetivo consistia em que o acusado aguardasse julgamento e não como uma forma de punição. As punições mais comuns nesse período eram a de morte, exílio ou multa.

Foi a Igreja Católica que delineou a pena de prisão como cárcere e como uma maneira de restringir a convivência do réu para com o restante da sociedade. A autora CHIAVERINI, aduz que “A privação da liberdade assumiu características de penitência quando a doutrina da Igreja dos últimos tempos do século XVI registrou o movimento que mais tarde iria fecundar as bases da ciência penitenciária” (2009, p. 7). Assim, começaram construções baseadas no estabelecimento-modelo impulsionado pela Igreja por todo o mundo (DOTTI, 1998).

Portanto, a prisão como privação da liberdade é fruto da evolução de várias sociedades antigas que, juntas, moldaram o sistema atual. Hoje, a pena de prisão é consequência prevista em lei, para aquele que desonra alguma norma contida nos Códigos de Direito das sociedades distribuídas pelo Globo. Assim, o

Estado, como portador *jus puniendi*, tem a prerrogativa e o dever de punir àqueles que lesem direitos alheios e contribuam para o caos social.

1.2 – Conceito

O conceito de prisão é um tema muito abrangente na doutrina brasileira pois cada doutrinador a conceitua de acordo com suas classificações. De acordo com Renato Brasileiro de Lima, a prisão precisa ser entendida como a privação do direito à liberdade e à locomoção. O recolhimento ao cárcere, seja por ocasião de flagrante, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária à quem compete o ato, seja em face de transgressão militar ou por ocasião de crime propriamente militar, definidos todos em lei, segundo o princípio da legalidade (2012, p. 1168).

A prisão, então, seria a pena de privação da liberdade cumprida, ou a ser cumprida, por agente que cometeu um fato típico, ilícito e condenável, sendo sua culpabilidade e autoria provados com o devido processo legal. Segundo o artigo 285, parágrafo único, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941). Atualmente, a pena de prisão é consequência de um ato ilegal praticado por um agente em um determinado intervalo de tempo. Sua durabilidade sugere uma proporcionalidade, instituída em lei, ao ato ilícito praticado. Mesmo com a existência de medidas diversas da prisão, esta ainda possui uma estrutura firme e forte como forma de punição.

A forma de se retirar o agente do convívio da sociedade, colocando-o em um espaço fechado e quase sem contato com o mundo exterior, remete ao talião “olho por olho; dente por dente”.

Assim como diz Messuti: Também se poderia considerar de um de vista simbólico que a pena de prisão é um talião. O delinquente interrompeu a comunicação social própria da comunidade de pessoas; em consequência, isto é, como retribuição, será privado dessa comunicação social que ele interrompeu. (2003, p.32). Deste modo, de acordo com a bibliografia utilizada, conclui-se que a prisão possui um caráter simbólico de uma retribuição estatal. Uma espécie de vingança do Estado, que possui o *jus puniendi*, para com o infrator.

1.3 – Espécies de prisão (flagrante, preventiva e temporária)

Atualmente, de acordo com levantamento do INFOPEN (2017), o Brasil é o terceiro país no ranking das maiores populações carcerárias, tendo em 2015 o número de 698.618 mil presos e em 2016, 726.712. Nesse mesmo rumo, analisando-se o sistema prisional brasileiro, percebe-se o alto índice de prisões cautelares, que são aquelas decretadas antes do fim do processo, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É providência excepcional, na qual não é analisada a culpabilidade do acusado, mas, sim, a sua periculosidade.

Um exemplo de medida cautelar, é a prisão preventiva, descrita no artigo 312 do Código de Processo Penal: CPP: “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”. (BRASIL, 1941)

Por não ter previsão legal a respeito de sua duração, esse tipo de cautelar gera muita controvérsia entre os legisladores, pois o acusado não tem seu direito de liberdade líquido e certo, estando a mercê do juízo ao qual está detido. Para a decretação da prisão preventiva, deve-se existir prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus boni iuris*), além do denominado *periculum in mora*, que decorre do fato de que a prisão é medida necessária para que se evite que o mal iminente aconteça.

O artigo 313 do Código de Processo Penal traz o rol taxativo das hipóteses em que a prisão preventiva pode ser aplicada: nos crimes dolosos contra a vida com pena máxima superior a 4 anos; se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica contra mulheres e inimputáveis; quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (BRASIL, 1941).

No mesmo sentido, de acordo com o artigo 23 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), jamais haverá a decretação de preventiva

se demonstrado que o crime se deu em hipótese de exclusão da ilicitude. Assim, nos casos de estado de necessidade, legítima defesa e quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, a medida cautelar descrita não é cabível, pois trata-se de uma causa impeditiva à decretação da medida prisional (BRASIL, 1941).

Outro exemplo de medida cautelar é a prisão temporária, que tem como objetivo manter em segurança as investigações policiais, no passo que o acusado solto demonstra perigo irrefutável ao andamento pacífico desta. É admitida também nos casos de o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. É medida decretada pela representação de autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, não podendo ser promulgada de ofício.

No mesmo sentido, não é possível sua deliberação durante o curso da ação penal, pois é voltada às apurações dos agentes de segurança. Em regra, possui prazo de 5 (cinco) dias, sendo prorrogada por igual período. Tratando-se de crimes hediondos, esse prazo é de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, em casos de extrema e comprovada necessidade (CASTRO, 2015).

Será cabível a prisão temporária quando houver indícios de autoria ou participação nos crimes definidos no rol taxativo da lei 7.960/1989, quais sejam: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão ou extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia ou envenenamento de água ou alimento, quadrilha, genocídio, tráfico de entorpecentes ou crime contra o sistema financeiro. Também estão inclusos os crimes hediondos da Lei 8.072/1990 e nos casos de crimes como tortura e terrorismo.

Este tipo de medida cautelar é tratado com bastante seriedade, pois se trata de providência tomada somente nos casos previstos em lei, na medida em que pode ferir a segurança jurídica e lesar direitos e princípios constitucionais, como o direito de liberdade e o princípio da presunção de inocência. Para a decretação da prisão temporária, de acordo com entendimento jurisprudencial, o fato imputado deve ser enquadrado em pelo menos duas das hipóteses previstas em lei, além de ter-se demonstrado de forma inequívoca o *periculum in morae* o *fumus boni iuris*.

A prisão em flagrante, é prisão sem pena e tida como medida pré-cautelares, por se tratar de providência administrativa. É descrita no artigo 302 do Código de Processo Penal, sendo o ato de captura do agente no momento da realização do crime ou logo após a sua execução. Pode ser decretada por qualquer pessoa, não requerendo ordem escrita de juiz. Sua concretização visa “evitar, quando possível, a consumação do crime, evitar a fuga do criminoso e para comprovação do fato” (CASTRO, 2015).

Por ter caráter pré-cautelares, não tem objetivo de acompanhar o processo ou seu resultado, se destinando a alocar o preso à disposição da autoridade competente logo após a ocorrência do fato criminoso. Diante de tal situação, o juiz, ao tomar conhecimento do flagrante, deve tomar as seguintes decisões: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que estejam presentes os requisitos do artigo 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas à prisão; ou, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941).

1.4- Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível

A Constituição Federal do Brasil de 1988 contempla em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, dando margem a divergências de interpretações que associam não-culpabilidade e/ou presunção de inocência. O condenado, após uma sentença penal condenatória recorrível, já deve começar a cumprir a pena após o veredicto ou pode, se decidir recorrer da decisão, fazê-lo em liberdade?

O artigo constitucional trata que, toda pessoa acusada e julgada terá *status* de inocente e poderá usar de todas as ferramentas necessárias à sua defesa, até que sejam esgotados todos os graus de jurisdição, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, tal dispositivo não traz entendimento claro a respeito do tema, podendo-se defender que a adoção de medidas cautelares no curso do processo penal é medida lícita e constitucional, tratando, assim, de execução penal provisória.

O assunto é tratado na legislação nos artigos 393, inciso I e 594, ambos do Código de Processo Penal. A controvérsia cai sobre a matéria no aspecto de que

parte da doutrina sustenta que este tipo de prisão apresenta-se como um efeito jurídico natural e consequente da sentença penal condenatória que é sujeito à suspensão nas hipóteses em que o condenado puder e vier a prestar fiança ou quando se tratar de crime possa responder livremente ou se primário e de bons antecedentes (PRADO, 2015).

Destarte, a prisão após sentença penal condenatória seria totalmente legal e constitucional, na medida em que, durante a instrução foram sanadas todas as dúvidas a respeito da autoria e materialidade do crime, sendo apenas o resultado dos fatos que se pretendia chegar ao fim do processo. No mais, este tipo de prisão, como já citado anteriormente, estaria subordinada alguns aspectos legais para sua aplicação, tornando-se uma medida cautelar, carecendo, para sua permanência, do trânsito em julgado da decisão em questão.

Por fim, existe outra parte da doutrina que entende que a sistemática brasileira de privação da liberdade é antiquada e muito conservadora, priorizando a prisão ao assegurar o cumprimento da pena imposta em 1ª instância. “A prisão processual tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira” (DOTTI, 1998, p. 15). Esses doutrinadores entendem ser inconstitucional a aplicação da pena privativa de liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, violando, assim, o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Dando seguimento, será abordada mais sobre a constitucionalidade da prisão decorrente de sentença penal condenatória no próximo tópico.

1.5 Sentença penal condenatória em 2ª instância

Vários entendimentos pairam sobre o tema exposto. Grande parte da doutrina acredita ser a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível inconstitucional, por violar o princípio da não culpabilidade/presunção de inocência implícito no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Entendem esses juristas que, privando a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da ação penal, a constituição estaria sendo desrespeitada e, por

ser a liberdade individual um direito líquido e certo, deveria ser garantido a todos os brasileiros por força constitucional. Da mesma maneira afirma Lutero de Paiva Pereira “à luz do inciso LIV do art. 5º da CF/88, quem autoriza a perda da liberdade é o devido processo legal, e não a culpa confirmada por sentença transitada em julgado”(2018, *online*).

Com igualdade de tema trata o artigo 5º, inciso LIV da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Assim, é defendida a tese de que os princípios constitucionais citados recaem sobre o direito de liberdade, sendo esse direito norteado pelo devido processo legal e não pela culpabilidade do agente. Isto posto, o contraditório e a ampla defesa são conceitos que devem estar presentes em todo o processo, até mesmo aqueles que estão em fase recursal, tendo como acabados apenas quando houver o trânsito em julgado da ação penal correspondente (BRASIL, 1988).

Contrariosensu, outra parte da doutrina defende que a prisão após sentença condenatória em 2ª instância é constitucional, pois assim é garantida a efetividade do direito penal e dos bens que ele tutela. Do mesmo modo, seria uma resposta mais rápida à sociedade que clama por justiça e a espera receber em um prazo de tempo razoável, já que nenhum princípio constitucional é absoluto em si mesmo.

Por conseguinte, tendo o *periculum in mora* e o *fumos boni iuris* provados em duas instâncias, assim como a culpabilidade do agente, a prisão não é arbitrária, sendo imposta após exaustiva condição probatória contra o réu. No mais, este tipo de prisão tem natureza cautelar, pois se houver sido cometido algum erro durante os julgamentos, que só foram capturados pela Suprema Corte, o réu deve ser imediatamente posto em liberdade e o Estado responsável por qualquer dano sofrido.

Ademais, como diz Gilmar Mendes “(...)há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau” (ORTEGA, 2017, *online*). Há países muito rígidos no respeito aos direitos fundamentais que aceitam a prisão após decisão de segundo grau. No mais, existem medidas que podem ser tomadas

caso a decisão em 2ª instância se mostrar ilegal/inconstitucional, como: *Habeas Corpus* e recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo. Assim, o legislador constituinte não tinha intenção de impossibilitar a prisão após decisão de segunda instância, pois se o quisesse teria feito, dando margem para a jurisprudência majoritária ser aceita em todos os tribunais do país.

Não seria a sociedade o conceito mais importante para o Direito? E a justiça o conceito mais importante para a sociedade? O processo penal não teria como objetivo principal satisfazer a pacificação social? No caso de as respostas serem afirmativas, então é clara a afirmação de que o réu sendo declarado culpado, com sua inocência derrubada por provas válidas e contundentes produzidas no processo, a imposição imediata da pena deve ser cumprida com perigo de que, se não ocorrer, o caos social seja instalado e a segurança jurídica abalada.

Em suma, o debate sobre a natureza da prisão decorrente de sentença penal condenatória em 2ª instância está longe de ter um desfecho. O tema já foi pauta de discussão de muitos plenários do Supremo, onde nunca houveram decisões unânimes, com cada Ministro possuindo um ponto de vista e um voto diferente. O resultado mais recente a respeito da discussão, foi de que este tipo de prisão é sim constitucional e pode ser aplicada, se cabível. Será abordado mais a respeito das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal no capítulo 3.

CAPÍTULO II – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X NÃO CULPABILIDADE

Essa pesquisa trata como foi à evolução histórica do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a relação deste princípio com a garantia dos direitos fundamentais. Em seguida, se fala da diferença entre os conceitos de presunção de inocência e não culpabilidade. Depois, explica-se o conceito da supremacia das normas constitucionais. Por fim, aborda sobre a execução provisória da pena no direito brasileiro.

2.1 Histórico

Atualmente o debate sobre a presunção de inocência vem sendo bastante discutido nos tribunais superiores brasileiros. Doutrinadores divergem imensamente a respeito de sua eficácia e validade nos casos concretos julgados todos os dias pelo judiciário, tendo, ao fim, jurisprudência pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que, apenas apresenta uma resposta provisória, não colocando fim a essa discussão importantíssima para o Poder Judiciário e, principalmente, para a sociedade brasileira.

Voltando no tempo, com o surgimento da igreja católica e da santa inquisição, a presunção de inocência ou não culpabilidade eram conceitos inexistentes, uma vez que, se não existissem provas concretas a respeito da inocência do acusado, este poderia ser condenado tão somente por dedução. Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2008, p. 187), “No *Directorium Inquisitorum*,

Eymerich orientava que o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem juntos, uma semi prova e isso eram suficientes para uma condenação”.

Com o movimento Iluminista e as revoluções liberais, o conceito da presunção de inocência nasce, trazendo a euforia dos sentimentos de liberdade, igualdade e fraternidade, que se tornaram o *slogan* do grito da população por uma democracia liberal e igualitária. Assim, ainda àquela época, dizia o filósofo CésareBeccaria: “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tirar-lhe a pública proteção, a menos que ele tenha violado os pactos estabelecidos” (2006, p. 71).

Partindo da mesma premissa, em 1789 foi criada a Declaração dos Direitos do Homem, onde foi estabelecido em seu artigo 9º que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (DIREITOS HUMANOS, 1789).

Porém, essa época eufórica e importante para a história mundial teve seu caminho interrompido pelos anos anteriores à Segunda Guerra Mundial, com a ascensão de governos totalitários ao poder, como o Nazismo na Alemanha, e o Fascismo na Itália. Assim, a presunção de inocência era tida como um ideal fantasioso, pois se o cidadão não estivesse ao lado do governo, era tido como mau (criminoso, rebelde, perigoso) e imediatamente punido pela visão estatal autoritária, sem exercer qualquer defesa perante o julgador.

Por conseguinte, o fim da segunda grande guerra foi o marco histórico mais importante para a efetivação imortal do princípio da presunção de inocência em caráter mundial. As atrocidades cometidas por Hitler e Mussolini chocaram o mundo, provocando assim, a necessidade da discussão de como os direitos fundamentais poderiam ser facilmente violados sem um órgão que os disciplinasse e tutelasse.

Assim, em meados de 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU), proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz, em seu artigo

11, §1º: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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” (DIREITOSHUMANOS, 1948).

A Constituição Federal pelo seu artigo 5º, inciso LVII, consagra que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Para muitos doutrinadores, este trecho da Carta Magna consagra o real princípio da presunção de inocência, sendo assim, sendo um princípio positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, existem divergências sobre tal entendimento. Doutrinadores divergem quanto ao objeto real defendido pelo inciso LVII de modo que, o texto constitucional não teria recepcionado a presunção de inocência, e sim, a presunção de não-culpabilidade. Assim sendo, o tópico merece importância, sendo alvo de diversas pesquisas e trabalhos, tendo como entendimento majoritário de que são conceitos sinônimos e complementares.

2.2 – Presunção de inocência e a garantia de direitos fundamentais

O princípio da presunção de inocência é uma norma positivada em vários atos normativos internacionais e na legislação infraconstitucional brasileira. Significa um avanço excepcional para o devido processo legal em ordem mundial, trazendo o *status* do réu como inocente durante todo o processo, até que se tenha uma decisão válida para a lide, vinda de um julgador competente para tal.

Assim, o poder punitivo do Estado não é soberano e inalcançável, sendo a parte mais fraca do processo, o réu, protegido por normas que vedam qualquer forma de tratamento rude e ostensivo, garantindo assim, a pacífica transição da lide para ambos os lados. Portanto, este princípio age em todos os casos em que a culpabilidade do acusado é incerta, impondo ao réu o *status* de inocente até que se prove o contrário.

Os direitos fundamentais, além dos descritos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, englobam também direitos políticos, direitos sociais, direitos à

nacionalidade, direitos advindos de tratados e acordos internacionais, entre outros. O Poder Constituinte Originário é absoluto e universal, rígido e de aplicabilidade imediata. Assim sendo, a aplicabilidade dos direitos fundamentais não depende da atuação do legislador ordinário, pelo fato de serem normas consagradoras que preservam, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2018).

Nesses lindes, o Poder Judiciário possui a prerrogativa de ser o “elemento integrador” das normas aos casos concretos que chegarem a sua apreciação. Não se abstém o Poder Executivo, que é provocado a realizar políticas públicas que visam estabelecer as diretrizes dos direitos fundamentais. Assim, como explica o Ministro da Justiça, Sergio Moro

O desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vagas que sejam, estarão legitimados caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade. Se assim o fizer, não se coloca em questão o argumento democrático. Este exige, apenas, conforme visto, a reserva de consistência (MORO, 2000, p. 60).

Assim sendo, buscam-se respostas “*hit et nunc*” para que o sistema de pesos e contra-pesos seja utilizado de maneira a não usurpar competência constitucional, mas atender o dever funcional do estado enquanto fiscalizador da ordem pública. Por isso, cabe ao Executivo a administração do Estado, observando as leis atuais do país, executando-as de modo a observar o sistema legal vigente e trazendo uma independência harmônica nas relações de governança.

2.3 – Princípio da Presunção de Inocência X Princípio da Não Culpabilidade

O debate sobre as duas matérias vem sendo tópico de discussão nos tribunais brasileiros. Seriam conceitos intrínsecos? Ou conceitos diversos que deveriam ser tratados como únicos e divergentes? A jurisprudência e a maioria dos doutrinadores afirmam ser conceitos iguais, um completando o outro e que possuem seus fundamentos no artigo 5º, inciso LVII, sendo tratados como conceitos constitucionais e de extrema importância.

De acordo com a Corte Suprema brasileira e grande parte da doutrina jurídica, a presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade são conceitos

sinônimos e complementares, sendo ambos garantias fundamentais, decorrentes das expressões jurídicas *nulla injuria sine actione* e *nulla actio sine culpa*, que significam respectivamente, “não há lesão sem ação” e “não há conduta sem dolo e sem culpa”. Assim, sob o ponto de vista do professor Gustavo Badaró:

(...) as expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 11).

Com base nesse entendimento, expresso no artigo dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, que preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2018), os princípios da não culpabilidade ou presunção de inocência enquadram-se no garantismo negativo, sendo limitadores do direito de punir do Estado. Assim, o acusado só pode ser punido se tiver cometido um fato típico antijurídico e culpável, não devendo ser condenado unicamente por sua índole ou vida progressa.

Em suma, esse entendimento defende que, sendo princípios sinônimos e garantias fundamentais, não precisam estar positivados em leis pois são pressupostos da própria condição humana. Discorrendo sobre o tema, Marcelo Novelino afirma que a presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), enquanto instrumento de proteção da liberdade, “tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas” (CUNHA; NOVELINO, 2015, p. 110).

Contrario sensu, uma outra parte da doutrina entende que os princípios da presunção de inocência e não culpabilidade são distintos e independentes entre si, e que a Constituição brasileira não reconheceu expressamente uma presunção de inocência, mas sim uma presunção de não culpabilidade. Assim, para Rangela terminologia “presunção de inocência” não é adequada, sugerindo que “se o réu não

pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente” (2010, p.24).

Assim, defendem que o legislador constituinte optou por colocar como marco da culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com base nesse tema, a Suprema Corte decidiu, por interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que a decisão condenatória mantida em segundo grau já autorizaria a execução da pena ali contida, ainda que não esgotados recursos Especial e Extraordinário.

Nesses lindes, o que se quer realmente realçar com essa discussão é a ligação existente entre a presunção de inocência e o devido processo legal. Teria este princípio caráter absoluto sem margens para interpretações ambíguas, ou pode-se retirar da Carta Magna brasileira apenas a não culpabilidade descrita no seu artigo 5º inciso LVII? Ponderações conflitantes na jurisprudência brasileira, sendo alvos de várias pesquisas e projetos no âmbito penal.

2.4 Supremacia das normas constitucionais

Impossível é se falar desse tema sem a discussão sobre o controle de constitucionalidade. Este é definido como uma ferramenta de correção presente no ordenamento jurídico brasileiro, que consiste em uma esfera de afirmação da conformidade de um ato (lei, decreto) em relação à Constituição.

Assim sendo, o que se busca com esse mecanismo é verificar a constitucionalidade das normas supralegais, buscando o equilíbrio necessário que o estado de Direito exige. Mas quem teria o papel de controlar a constitucionalidade das normas? O poder Judiciário, com dispositivos como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Estes dispositivos aceleram a solução de controvérsias constitucionais. Tendo o efeito *ex tunc* e *erga omnes*, (respectivamente anulando o ato desde sua

criação e tendo efeito para todos) vinculam a Administração Pública e o Poder Judiciário a todos os seus resultados. Isto posto, como afirma sobre o tema o grande Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2005, p. 627).

Dando continuidade ao tema proposto, a Constituição se encontra no topo do sistema jurídico de qualquer país, sendo responsável pela estrutura das normas fundamentais da sociedade sobre a qual ela atua. Dessa forma, pode-se dizer que ela é condicionada à realidade política-social de cada Estado soberano, tendo sua eficácia realizada plenamente apenas se levar em conta essa realidade.

Assim, do princípio da supremacia das normas constitucionais decorre a rigidez constitucional que confere uma dificuldade maior ao se fazer alterações na Carta Magna, A respeito da rigidez constitucional, anota Luís Roberto Barroso o seguinte: “Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem *quorum* e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais” (1998, p. 152).

Destarte, contata-se que a Supremacia da Constituição é dependente do princípio da rigidez constitucional. Entretanto, para assegurar essa supremacia é importantíssimo o papel de controlador do judiciário. Assim, para Hesse, em casos de Direito Constitucional controvertido ou violado, consiste em “se decidir autoritariamente sob recurso, seja na relação entre órgãos da federação, entre estados, entre federação e estados ou na relação entre estado e cidadão; jurisdição constitucional serve exclusivamente à conservação da Constituição (1998, p. 420).

As garantias constitucionais penais possuem grande importância no meio jurídico, não podendo, em quase cem por cento dos casos serem limitadas por normas infraconstitucionais. Por terem eficácia plena, são auto aplicáveis tendo tanto eficácia jurídica quanto eficácia social. A primeira significa que são normas

aptas para produzir efeitos nos casos concretos e a segunda que foram apresentadas e aceitas pela sociedade que as são sujeitadas.

Assim, o respeito à essas normas é o que permite à essas normas é o que permite a legitima aplicação das sanções penais, e a sua observância condiciona a própria imposição da pena. Ferrajolli trata da seguinte maneira sobre o tema: “A função específica das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva” (FERRAJOLLI, 2014).

Outrossim, pela inteligência do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, a respeito da aplicabilidade urgente das garantias individuais, elas podem ser aplicadas *incontenti*, por não precisarem de outra norma para serem competentes e oportunas. Com isso, elas podem, inclusive, suprir lacunas da legislação infraconstitucional, pela sua importância no direito brasileiro. A observância desse artigo é importantíssima para se evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que permaneçam letra morta no texto da Constituição.

Portanto, é visível a importância das normas constitucionais no direito brasileiro e por que não, na jurisdição mundial. A interpretação *prohumanae* (pro humano) está presente em todos os caracteres do cotidiano do povo brasileiro, sendo cada vez mais compreendida e usada nas relações, tanto jurídicas quanto pessoais.

2.5 Da execução provisória da pena

A favor da execução provisória da pena, é a procrastinação do sistema judiciário e a demora de ser realizada uma efetiva punição por muitos anos levando à prescrição, já que a essa altura, o agente teve plena oportunidade de se defender por meio do devido processo legal desde a primeira instância. Portanto, julgada a apelação e estabelecida a condenação (situação que gera inclusive a suspensão dos direitos políticos em virtude das disposições da LC nº 135/2010, em casos de parlamentares), não há a possibilidade de discutir o fato e a prova, motivo pelo qual a presunção se inverte (ZAPATER, 2018).

Assim sendo, após o pronunciamento do órgão colegiado, não é cabível que o princípio da presunção de inocência seja utilizado como instrumento para atrasar sobre maneira o cumprimento de uma pena estabelecida por fatos e prova incontroversos exaustivamente analisados por 2 (duas) instâncias. Ainda deve-se pensar, a respeito da possibilidade de que haja equívoco inclusive no julgamento de segunda instância, e em isso ocorrendo, que há as medidas cautelares e o habeas corpus, remédios aptos a fazer cessar eventual constrangimento ilegal (ZAPATER, 2018).

Mais um argumento de peso em favor de reforçar a tese de que a execução provisória estaria a preservar tanto a garantia plena do duplo grau de jurisdição, quanto o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, vai no sentido de que, no STF a cota de êxito dos recursos extraordinários em matéria criminal é ínfima, menos de um por cento, o que reduziria ainda mais um suposto impacto desproporcional causado pela execução provisória. E mais um ganho pela sociedade da aparente impunidade pelos recursos, vários e vários, com as mesmas razões, que atrasam nesse caso, a execução da pena. Isso tumultua e traduz litigância de má-fé.

Um grande pilar à execução provisória é que esta permite a aplicação do princípio da Isonomia entre a grande massa de pessoas que abarrota os nossos estabelecimentos carcerários em condições indignas e degradantes e os criminosos de “colarinho branco” (elite política e econômica), que, mesmo quando julgados culpados e condenados quase nunca cumprem a pena estabelecida. Principalmente quando se está a saquear os cofres públicos e retirando do Estado a sua capacidade de dar concretude aos objetivos fundamentais do artigo 3º da CF e da efetividade dos direitos fundamentais.

A luz do paradigma jurídico-constitucional-normativo o argumento mais favorável é o de que a garantia da presunção de inocência na Constituição Federal foi veiculada por norma-princípio, ou seja, que exige a ponderação axiológica da norma, ou balanceamento, com outros direitos ou bens constitucionais. Assim, como exemplo, e confirmando um e outro princípio, a determinação da execução provisória da pena não conflita com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, já

que “a constrição da liberdade, neste momento processual, fundamenta-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial” (CONJUR, 2018).

Em relação ao trânsito em julgado definido como regra no ordenamento brasileiro e da maioria dos Estados Democráticos de Direito. É a decisão da qual não cabe mais recurso, podendo-se entender que a configuração de tal instituto deve se dar quando não há mais recurso manejável com efeito suspensivo, assim agradaria mais aos garantistas, já que seria uma forma de hermenêutica.

O conceito de trânsito em julgado no processo penal não está relacionado ao esgotamento de todos os recursos, mas ao esgotamento da análise fática. Tal ocorre na maioria das cortes constitucionais mundo afora, de países democráticos como já dito, cujos recursos têm efeitos rescisórios e nos quais é inconcebível que um condenado em segunda instância aguarde o pronunciamento de cortes superiores para iniciar o cumprimento da pena.

Não fosse isso o bastante, pressupor, que o processo penal deve ser efetivo e suas decisões devem ter eficácia prática. O encerramento de todas as formas recursais tornaria inalcançável o trânsito em julgado porque a revisão criminal está elencada entre os recursos. Por fim, o garantismo não pode ser sinônimo de impunidade.

CAPÍTULO III – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RESPOSTA ADEQUADA NO CASO DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA

O presente capítulo trata da Corte Suprema do Brasil, bem como de sua composição e prerrogativas. Em seguida, fala-se do julgamento do *habeas corpus* nº 84078/MG e de suas consequências para o direito brasileiro. Por fim, aborda sobre a resposta adequada no caso do cumprimento provisório de pena.

3.1- Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é a corte de maior instância do Poder Judiciário brasileiro, possuindo a prerrogativa de defender a Constituição Federal de 1988 e suas normas. Como guardião da Constituição, este tribunal aprecia casos que envolvam lesão ou ameaça de lesão às normas constitucionais existentes, apreciando os recursos extraordinários, aplicando a lei ao caso concreto.

A Suprema Corte é formada por 11 ministros, os quais devem ser brasileiros natos (artigo 12, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988), com mais de 35 e menos de 65 anos, de reputação ilibada e notável saber jurídico (artigo 101 da Constituição Federal de 1988) nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988).

O artigo 102 da Constituição Federal de 1988 estabelece as funções da corte, quais sejam, dentre as principais, processar e julgar a ação direta de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro (BRASIL, 1988).

No mesmo artigo, no inciso I, alíneas “a” e “b”, em se tratando de matéria penal, destaca-se a competência para julgar, “nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República” (BRASIL, 1988), entre outros.

Também, em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. (BRASIL, 1988)

O Supremo Tribunal Federal, é o intérprete mais conceituado da Constituição, tendo a última palavra em indicar o sentido das normas constitucionais nos casos concretos a si apresentados. É constituído por três órgãos: o Plenário, que são os ministros, o Presidente e a Turma, composta por dois grupos de cinco ministros, sendo o mandato dos ministros vitalício. Atualmente, são os ministros do STF: Ministro Dias Toffoli (Presidente), Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente), Ministro Celso de Mello (Decano), Ministro Marco Aurélio, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Lewandowski, Ministro Edson Fachin, Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Roberto Barroso, Ministra Rosa Weber, Ministra Carmém Lúcia.

O regimento interno do Supremo dispõe que o presidente e o vice-presidente possuem mandato de 2 anos, contados a partir da posse, sem direito de reeleição imediata. São eleitos por voto secreto, na segunda sessão ordinária do mês de dezembro do ano anterior à expiração do mandato ou na sessão posterior à ocorrência da vaga por outro motivo. Será eleito o ministro que obtiver número de votos superior à metade dos membros do Tribunal.

Em matéria constitucional, o Presidente do Tribunal possui algumas atribuições, como no artigo 42, incisos I e II, parágrafo único, o qual prevê que ele deve presidir o Senado Federal quando do julgamento do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade e dos Ministros de Estados nos crimes de mesma natureza, conexos com aqueles, bem como dos Ministros do STF e do Procurador-Geral da República, também nos crimes de responsabilidade.

Dita também a Carta Magna, em seu artigo 78, que o Presidente do Supremo Tribunal Federal ocupa o quarto lugar na ordem de substituição do Presidente da República, logo após do Vice-Presidente, Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Senado Federal, sendo o segundo uma substituição definitiva e dos outros apenas uma substituição temporária até quando possa ser realizada a próxima campanha eleitoral.

A título de curiosidade, a aposentadoria dos ministros do supremo acontece compulsoriamente quando completam 70 anos de idade (regra introduzida pela Constituição Federal de 1934) ou por invalidez comprovada, e facultativamente após trinta anos de serviço público. Também a mesmo título, a primeira mulher a ser nomeada ministra do Supremo foi Ellen Gracie Northfleet, em 2000, pelo presidente Fernando Henrique Cardoso (CONJUR, 2011).

Assim, a Corte Suprema brasileira é formada por intelectuais e estudiosos que foram escolhidos para serem defensores da Constituição Federal. Muitos dizem que possuem uma prerrogativa política, por terem sido escolhidos pelo sistema legislativo e executivo e não por merecimento dentro do sistema judiciário. São cidadãos que representam todo o sistema de leis brasileiro, sempre defendendo o direito aplicável ao fato concreto.

3.2 – Habeas Corpus nº 84.078/MG

O julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG representou um marco para o Supremo Tribunal Federal. Este veredicto marcou a era do entendimento do Tribunal de que o acusado teria o direito de responder, em liberdade, ao crime a si imputado. O entendimento foi de que a prisão antes do trânsito em julgado da

sentença condenatória só poderia ser decretada a título cautelar. Assim, estaria sendo aplicado diretamente o dispositivo constitucional descrito no artigo dos direitos fundamentais da carta magna brasileira.

O processo trazido a plenário se tratava de um acusado chamado Omar Coelho Vítor, que havia sido condenado a uma pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos, Minas Gerais. O réu havia sido considerado culpado de uma tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do Código Penal).

Em prosseguimento, o Ministério Público mineiro havia pedido ao Tribunal de Justiça da região a prisão do condenado, pois de acordo com o órgão público, Omar era um grande produtor rural da região, e estaria se desfazendo de seus bens em um leilão para tentar a fuga e não ser preso ao fim do processo. O tribunal de justiça acolheu o pedido feito pelo MP e decretou a prisão do acusado.

A defesa de Omar havia interposto um Recurso Especial ao Supremo Tribunal de Justiça, mas até o momento da decretação da prisão, este não havia sido julgado. Assim, os advogados de defesa impetraram um *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal pedindo a suspensão da execução da pena e a não aplicação da norma contida no artigo 637 do Código de Processo Penal, pedindo, assim, efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

Assim, o caso passou a ser julgado pela Segunda Turma do Supremo, e foi alvo de debates intensos entre os Ministros. Indo a plenário, por sete votos a zero, este concedeu que o acusado recorresse da condenação aos tribunais superiores em liberdade. A tese que prevaleceu foi de que a execução da prisão seria contrária à norma contida no artigo constitucional da presunção de inocência.

Pela concessão do *habeas corpus*, posicionaram-se os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Eros Grau, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Com a decisão, o supremo julgou pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, defendendo como tese a

presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana. Segundo o relator Eros Grau:

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 (STF, 2008, p. 7).

Segundo o relator, a Constituição se tornaria obsoleta se não fosse seguido ao pé da letra o que foi decretado em seu artigo 5º, inciso LVII, não sendo possível que nenhuma lei ou jurisprudência antecipe o cumprimento de pena pelo acusado. Afirma ainda que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ocorrer de maneira cautelar, citando Rogério Lauria Tucci de maneira direta: “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva”(STF, 2008, p. 8).

A ampla defesa é instituto existente em todas as fases processuais, inclusive em recursos destinados a órgãos superiores, pois, se não o fosse, estaria se configurando o tão destemido desequilíbrio entre o dever de punir do estado e o acusado, pesando a balança da justiça para o lado mais fraco. Citando o ex-ministro do STF, Evandro Lins e Silva, é muito perigosa essa substituição de justiça por vingança, porque “quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente” (STF, 2008, p. 10).

Conclui o supracitado relator que os criminosos não perdem sua capacidade de “sujeitos de direitos”, sendo protegidos por leis e pela Constituição em cada parte do processo. Afirma ainda que essas pessoas não podem ser excluídas socialmente sem que sejam consideradas todas as singularidades e características do fato concreto e do direito processual, tendo sua inocência protegida até o trânsito em julgado da decisão condenatória (STF, 2009).

Um voto bastante significativo e que fechou o julgamento foi o do ministro Gilmar Mendes, na época Presidente do Supremo que, apesar de admitir a falha na justiça brasileira, seguiu o voto do relator. Gilmar defendeu a mesma tese trazida no relatório, afirmando ser a presunção de inocência/não-culpabilidade um limite finalístico da prisão provisória. Afirma que a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é um ato incompatível com os preceitos da Constituição Federal (STF, 2009).

O ministro fecha seu voto explicando que qualquer “mutação constitucional” deve ser seguida por expressa autorização legal, e não apenas por meio de jurisprudências e julgados. Afirma veemente que a Constituição não pode ser interpretada a partir da realidade jurídica pré-existente, mas sim a partir do que está realmente descrito na norma. Segundo ele

No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos (*entweder ais rechtmässiger ais rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização (*ProzessdesVerfassungswidrigwerdens*) (STF, 2009, p. 18).

Portanto, o julgamento deste *Habeas Corpus* trouxe um novo entendimento para a Justiça Brasileira. A decisão não trouxe efeitos vinculantes, ou seja, não era obrigada a ser seguida por todos os magistrados brasileiros, mas trouxe um alívio aos acusados. Para os ministros que votaram a favor, essa decisão somente seguiu os preceitos constitucionais e legais, mas para a sociedade, trouxe a certeza da impunidade.

3.3 – Habeas Corpus nº 152.752/PR e a resposta adequada ao cumprimento provisório da pena

O país inteiro estava de olho no *Habeas Corpus* julgado no dia 4 de abril de 2018. Tendo como impetrante uma importante figura nacional, os ânimos estavam exaltados. Condenado há mais de 12 anos de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, Luiz Inácio Lula da Silva tentava a suspensão da execução

provisória da pena, que aconteceria logo após sua condenação em primeira instância, por assim ser a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Após mais de 10 horas de julgamento, pelo placar próximo de 6 votos a 5, o Supremo decidiu por denegar o *Habeas Corpus*, seguindo, assim, a atual jurisprudência da Corte. O primeiro a votar, Ministro Edson Fachin, afirmou que a execução provisória da pena não significa que o Supremo Tribunal Federal tenha “sucumbido aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, comprimindo direitos humanos num ambiente de histeria” (LOPES, 2018), negando assim, todos os argumentos da defesa.

Um dos argumentos mais batido durante seu voto foi com base em jurisprudência já firmada na Corte. Afirmou que esta deve manter-se “íntegra, estável e coerente” (POMPEU, 2018), parabenizando o Superior Tribunal de Justiça por decisão acertada em manter-se adequado ao entendimento jurisprudencial de que a execução da pena após condenação em segunda instância é medida não apenas legal, como constitucional.

O relator também tratou da presunção de inocência e sua constitucionalidade, usando a hermenêutica e interpretações sistemáticas para comprovar seu voto:

O princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente. Especificamente no que diz respeito às regras para que seja decretada a prisão de alguém, temos várias previsões que devem ser compatibilizadas. Primeiramente, verifica-se que, nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente, como se nota nos dispositivos a seguir:

‘Art. 53. §2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão’.

‘Art. 86. §3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão’.

Portanto, pode-se, inicialmente, considerar que se a Constituição impedisse a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a

norma deveria estatuí-lo expressamente (“enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação, não será iniciada a execução da pena”). Resta plausível, portanto, concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado (FACHIN, 2018, p. 8).

Concluindo então seu voto, o ministro Fachin afirma veementemente que a prisão em segunda instância não fere em nenhum sentido o texto constitucional e o princípio da presunção de inocência, não podendo este último ser uma “garantia de imunidade” ao réu. Finaliza explicando que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal concede ao acusado não a liberdade até o trânsito em julgado de sentença condenatória, mas sim o direito de poder interpor recursos em liberdade, de não produzir prova contra si mesmo ou participar de técnicas que o façam e o direito de absolvição em caso de dúvidas quanto a autoria e participação, ou ausência de provas (FACHIN, 2018).

Seguiram o voto do relator os ministros Moraes, Barroso, Rosa Weber, Fux e Cármen Lúcia. Já em sentido contrário, a favor da concessão do *Habeas Corpus* votaram Marco Aurélio, Lewandowski, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Em resumo, este último grupo votou pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância e trouxeram dados sobre a situação prisional no Brasil, dando ênfase a tratados internacionais de direitos humanos.

Por fim, é realidade plausível de que o assunto em questão é bastante sensível. A realidade brasileira, o contexto político e casos isolados trazem ainda mais receio ao desfecho final do assunto. Por jurisprudência da Suprema Corte brasileira, a execução da pena após julgamento em segunda instância é legal e constitucional, não ferindo em nenhum aspecto o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Findando que, após extinta a fase de provas em duplo grau de jurisdição, o juiz pode decretar a prisão do réu automaticamente.

CONCLUSÃO

Sendo a presunção de inocência um tema tão debatido nos últimos anos, nunca se chegou a uma conclusão unânime a respeito, com reviravoltas jurisprudenciais e repercussões que estas mudanças trazem aos milhares de processos criminais em curso em todo o País. Outrossim, as concepções acerca deste princípio passam por uma revisão de conceitos, em decorrência de várias interpretações feitas ao artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 pelos Tribunais Superiores brasileiros e conseqüentemente, pela sua jurisprudência.

Agora, o enfrentamento jurídico deste princípio cinge-se à disciplina do uso do mesmo, visto que alguns doutrinadores entendem que o artigo supramencionado refere-se ao princípio da não culpabilidade, enquanto o princípio da presunção de inocência é previsto somente no Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, que haveria uma distinção entre os dois princípios, não podendo os unificar.

Partindo dessa premissa, e considerando que o constituinte originário optou por adotar o termo “não culpado” em detrimento do vocábulo “inocente”, poder-se-ia concluir que Brasil não existe presunção de inocência. No entanto, existem particularidades que permitem inferir o contrário, as quais foram debatidas neste trabalho.

Finalizando, a pesquisa desenvolvida envolve uma área problemática para o país e sua população, que dependem profundamente de uma resposta não ambígua a respeito do tema. Deste modo, este trabalho visou fazer uma análise crítica dos principais argumentos trazidos pelos ministros do Supremo Tribunal

Federal, em 2009 a 2018, para justificar seus votos: pela possibilidade, ou não, da execução provisória da pena após condenação por um colegiado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, tradução. Alfredo Bosi, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Silene Cardoso; apresentação, revisão técnica e notas de José Geraldo Poker. São Paulo: Ícone, 2006.

CASTRO, Leonardo. **Prisão em Flagrante, Prisão Preventiva e Prisão Temporária** – Distinções. 2015. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/313428773/prisao-em-flagrante-prisao-preventiva-e-prisao-temporaria-distincoes>. Acesso em: 10 out. 2018.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão. 2009**. 2009. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/8885/1/Tatiana%20Chiaverini.pdf>. Acesso em: 1 set. 2018.

CONJUR. **A trajetória da primeira mulher a integrar o Supremo**. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-11/ellen-gracie-trajetoria-primeira-mulher-integrar-supremo>. Acesso em: 15 mai. 2019.

CONJUR. **Fux valida execução provisória da pena de condenado por matar policial em blitz.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-30/fux-valida-execucao-provisoria-pena-condenado-homicidio>. Acesso em: 1 mai. 2019.

CUNHA JR., Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição para concursos.** 6ª ad. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIREITOSHUMANOS.usp.br. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** v. 13, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 17 mai. 2019.

DIREITOSHUMANOS.usp.br. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 14 mai. 2019.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** São Paulo: Revista dos Tribunais: 1998.

FACHIN, Edson. **Supremo Tribunal Federal STF – HABEAS CORPUS : HC 152.752 PR.** 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180409-03.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal).** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência:** do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Empório do Direito. Parecer

Jurídico. Nº. 19, 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em 3 abr. 2019.

LOPES, Nathan. **Notícia:Quais os argumentos dos ministros para recusar ou aceitar recurso de Lula?** 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/04/05/quais-foram-os-argumentos-dos-ministros-sobre-recurso-de-lula-no-stf.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MESSUTI, **O Tempo Como Pena**. Trad. Tadeu AntonioDix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORO, Sérgio Fernando.**Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Curitiba: UFPR, 2000. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43018/Desenvolvimento%20e%20efetivacao%20judicial%20das%20normas%20constitucionais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mai. 2019.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **STF decide**: é possível a execução de pena após condenação em segunda instância. JUSBRASIL.com, 2017. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/391916101/stf-decide-e-possivel-a-execucao-da-pena-apos-condenacao-em-segunda-instancia>. Acesso em 15 mai. 2019.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Constitucionalidade da prisão sem trânsito em julgado da sentença**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65148/constitucionalidade-da-prisao-sem-transito-em-julgado-da-sentenca>. Acesso em: 10 nov.2018.

POMPEU, Ana. **Leia o voto do ministro Luiz Edson Fachin no Habeas Corpus do ex-presidente Lula**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-voto-ministro-luiz-edson-fachin-habeas-corpus-lula>. Acesso em:18 abr. 2019.

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

STF.jus.br. **REL VOTO HC 84.078-7 PUBLICAÇÃO INTERNET**. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2019.

STF.jusbrasil.com.br. **Supremo Tribunal Federal STF – HABEAS CORPUS : HC 84078 MG – Inteiro teor.** 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpous-hc-84078-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 2 mai. 2019.

ZAPATER, Maíra. **A execução antecipada da pena: o antigo problema em “novo” debate**. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/04/a-execucao-antecipada-da-pena-o-antigo-problema-em-novo-debate/>. Acesso em: 10 nov. 2018.