

JNT-FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY JOURNAL - ISSN: 2526-4281 QUALIS B1



**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA
INOCÊNCIA: PERSPECTIVA JURIDICA DAS
ASSIMETRIAS DOS JULGADOS**

**PRISON IN SECOND INSTANCE AND THE
PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF
INNOCENCE: LEGAL PERSPECTIVE OF THE
ASSIMETRIS OF THE JUDGES**

Walter Junny SANTOS
Faculdade Católica Dom Orione (FCDO)
E-mail:
walterjunnysantos@catolicaorione.edu.br

Pollyana Medeiros CEUWTA
Faculdade Católica Dom Orione (FCDO)
E-mail: pollyanna@catolicaorione.edu.br



RESUMO

Esta pesquisa analisa a (im)possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, quando ainda pendentes recursos especiais ou extraordinários, face ao princípio da presunção de inocência, assegurado pela Constituição Federal, ao declarar em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, diante dos julgamentos contraditórios do STF. Mostra as grandes mudanças das decisões dos ministros da suprema corte em um curto período de tempo, 2009, 2016 e 2019, trazendo a instabilidade no ordenamento jurídico. O objetivo é analisar as mudanças dessas decisões e entender o posicionamento de alguns ministros do STF, o estudo foi desenvolvido com base em pesquisa metodológica, pois foram usando artigos no código de processo penal e constitucional, jurisprudências na decisão dos votos dos ministros, e sites. Portanto a presunção da inocência é a chave principal que limita o poder estatal perante o indivíduo, com sua não observância vai acabar ferindo os preceitos acatados na carta magna, violando seriamente as garantias fundamentais ali estabelecidas ao longo do tempo e o não cumprimento desse princípio acarretará o aumento de número de presos.

500

Palavras-chave: Cumprimento de sentença. Decisão em segunda instância. Princípio da presunção de inocência.

ABSTRACT

This research analyzes the (im)possibility of provisional execution of the criminal sentence, when special or extraordinary appeals are still pending, in view of the principle of presumption of innocence, guaranteed by the Federal Constitution, when declaring in its article 5, LVII, that "no one will be considered guilty until the final and unappealable sentence of the criminal sentence", given the contradictory judgments of the STF. It shows the great changes in the decisions of the Supreme Court ministers in a short period of time, 2009, 2016 and 2019, bringing instability in the legal system. The objective is to analyze the changes in these decisions and understand the position of some ministers of the STF, the study was developed based on methodological research, as they were using articles in

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Jurídica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

the code of criminal and constitutional procedure, jurisprudence in the decision of ministers' votes, and websites. Therefore, the presumption of innocence is the main key that limits state power over the individual, with its non-compliance, it will end up violating the precepts followed in the magna, seriously violating the fundamental guarantees deposited there over time and failure to comply with this principle will lead to the increase in the number of prisoners.

Keywords: Fulfillment of verdict. Decision in second instance. Principle of innocence presumption.

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, objetiva-se analisar a constitucionalidade da prisão em segunda instancia no ordenamento jurídico brasileiro, pois em 2016 com o julgamento do HC 126.292/SP o STF resolveu alterar o entendimento ao cumprimento da prisão em segunda instancia em que passou a autorizar o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, e com essa ação o princípio da presunção da inocência acabou sendo violado e será mostrado ao decorrer do trabalho.

Nesse artigo foi utilizado o método exploratório com pesquisa qualitativa, pois teve como base bibliografia: artigos científicos, livros, buscando o conhecimento científico para compreender as mudanças de entendimento jurisprudencial levado a sociedade os reflexos ocasionados.

Assim, a pesquisa estruturou textualmente no primeiro capítulo será abordado sobre a prisão no processo penal brasileiro, pois descreve o marco histórico da prisão. Em seguida é elucidado sobre o princípio da presunção de inocência e a prisão em 2ª instância, onde no primeiro momento aborda sobre o princípio da não culpabilidade sendo esse o principal fundamento que nos respalda da culpa, pois até que o Estado prove o contrário segundo o artigo 5º da CF inciso LVII, todos são considerados inocentes.

Terceiro capítulo será feito uma breve abordagem sobre a mudança de entendimento a respeito da prisão em segunda instancia dos julgamentos no STF e as posições tomadas pelo mesmo nos HC de 2009, 2016, pois isso mostra a instabilidade jurídica causada pelas mudanças de decisão dos ministros.

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Juridica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

Quarto capítulo estuda sobre o Julgamentos das ADC 43,44 e 54 de 2019. E mostra o posicionamento final do STF, sobre a prisão em segunda instancia, e a constitucionalidade do art. 283 do CPP, bem como analisa a segurança jurídica e o poder punitivo estatal.

A PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Para compreender a ideia de prisão é oportuno analisar, o enredo da evolução histórica da sociedade, que vai da: sociedade antiga até a contemporânea e nos dias atuais.

Segundo Dallari (2011) A sociedade existe mesmo que não haja Estado dessa, no contratualismo presente na Idade Média, onde mesmo em estado de natureza os indivíduos são: egoístas, luxuriosos, inclinados e agredir uns aos outros, ou seja, no amago do ser humano, todos possuem os mesmos desejos, porém uns os exteriorizam outros não, sendo que os que deixam sair podem apresentar perigo para a sociedade.

Para repelir esse perigo há o surgimento do Estado, esse que tem como principal papel a soberania ou poder diante do povo que residem em seu território. É a forma coercitiva que serve para punir aqueles que praticam condutas adversas permitidas, sendo assim a violência estatal é regulada pela lei e legitimada pela sociedade.

A prisão ocorre quando o Estado tem que reprimir uma conduta tipificada pelo código penal, porque o cidadão terá que cumprir uma pena razoável de acordo com sua conduta, onde terá que passar pelo devido processo legal, julgado e condenado pelo magistrado ao cumprimento da sua pena.

A prisão para Brasileiro (2020) começa quando há captura de um indivíduo em decorrência de mandato judicial ou flagrante delito, sendo assim ainda tem a hipótese de custódia que consiste no recolhimento de alguém ao cárcere antes de ser julgado, desde que ofereça perigo ao estado ou atrapalhe as diligências.

No ordenamento jurídico segundo Brasileiro (2020) prisão extrapenal, tem como princípios a designações à prisão do civil e do militar, pois a prisão civil é aquela decretada com o intuito de obrigar alguém ao cumprimento de um dever civil que pode ser prevista em duas hipóteses; no caso de inadimplemento voluntario e inescusável de obrigação alimentícia e no caso do depositário infiel. Nas Prisões Cautelares, que é um tipo de prisão na qual é decretada antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, onde o principal objetivo é assegurar a eficácia das investigações ou processo criminal.

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Juridica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

As cautelares são uma espécie de prisão cujo o objetivo é conservar ou preservar o suspeito, pois ainda não pode considerar acusado devido não haver o trânsito em julgado. É mais utilizado em prisões em flagrante como previsto no artigo 301 do CPP, pois o suspeito pode atrapalhar nas diligências ou até mesmo foragir pra locais desconhecidos, ou para outros países. Um exemplo é o grande número de empresários que possuem grande capital financeiro, se não for expedido uma prisão cautelar para o mesmo, poderá se evadir do país sendo assim impossível a captura posterior para o devido processo criminal. Os preceitos da Prisão penal ou condenatória é aquela que resulta de sentença condenatória, com o transito em julgado onde implica um cumprimento de pena privativa de liberdade, com todas as respectivas garantias e direitos do cidadão (BRASILEIRO, 2020, p. 973).

Dessa forma passa a resultar em processo criminal, com audiência e o réu na presença de um advogado para sua defesa, e por último a sentença condenatória expedida pelo magistrado, depois de todo esse processo o mesmo irá expedir uma sentença de acordo com o princípio da isonomia e da proporcionalidade das ações do acusado.

Na sentença condenatória, o réu vai passar pelo julgamento e chegará à decisão do magistrado que resultará na pena do crime cometido, sendo assim saberá a quantidade de tempo que o mesmo será detido, respeitando todas as etapas da dosimetria da pena que serão elaboradas pelo juiz.

Para Renato Brasileiro (2020) a sentença condenatória seria uma decisão judicial no qual declara atribuições criminais de um acusado em acordo o conhecimento competente de sua conduta típica, ilícita e culpável sendo a ele imposta na peça acusatória, dessa forma atribui a ele uma pena restritiva de direito, privativa de liberdade ou multa.

Visto a sua posição sobre a sentença condenatória que seria aquela que se dá o reconhecimento da culpa ou dolo, e a culpa será implicada apenas depois do julgamento ser considerado procedente, sendo assim será imputado uma pena pelo Estado, sendo ela restrição total do réu por tempo fixado em sua pena.

Segundo Brasileiro (2020), para ser fixado a pena o magistrado levará em consideração algumas fases sendo elas a Fixação da pena base que é a garantia de todo réu de uma pena individualizada, pessoal, onde o juiz irá analisar o seu caso concreto para tomada de decisão da penal o qual o réu irá cumprir. E para isso é levado todas as circunstâncias do art. 59 do CP, o magistrado analisa a culpabilidade do réu, que é a total reprovação do seu comportamento delituoso, logo em seguida levada em consideração os

anteriores, ou seja, todos os dados da sua vida, se já foi preso outras vezes, sofreu penas com trânsito em julgado; a conduta social é relacionada ao comportamento do agente em casa, no trabalho, em todo meio em que ele vive; a personalidade seria um resumo das qualidades morais e sociais; o motivo do crime são os princípios psicológicos da conduta delituosa, o porquê do réu levou a cometer devido crime; circunstâncias do crime é a forma ou modo de execução do crime; consequências do crime, o nível de ameaça em relação ao bem jurídico tutelado englobando terceiros, não apenas a vítima; comportamento da vítima, para tentar compreender e determinar o fator criminológico que teve resultado a cometer a prática delituosa.

A Fixação da pena provisória se dá após o magistrado analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, deverá valorar as circunstâncias agravantes previstas nos art. 61 ao 64 do CP. Já as atenuantes estão no art. 65 e 66 do CP (BRASILEIRO, 2020, p. 1627).

Fixação da pena definitiva é a última fase do cálculo da fixação da pena, sendo assim o magistrado aplicará todas as possibilidades de aumento e diminuição da pena sem a possibilidade de ser compensado. Sendo assim seguindo no dever de proferir uma sentença da pena definitiva, analisando todas as majorantes que são as causas de aumento da pena e as minorantes as quais diminuem a pena (BRASILEIRO, 2020, p. 1630).

Após a dosimetria, o magistrado irá fixar o regime penitenciário o qual irá definir a quantidade do tempo que o réu irá cumprir após ser proferida a sentença penal condenatória transitado em julgado, será estabelecido regime inicial a ser cumprido, que é definido de acordo com o tempo que é estipulado em sua pena; se a pena for superior a 08 anos, entrará inicialmente em regime fechado; superior a 04 anos, mas inferior a 08 anos, sem caso de reincidência entrará inicialmente em regime semiaberto; inferior a 04 anos, sem reincidência criminal, entrará inicialmente em regime aberto (BRASILEIRO, 2020, p. 1632).

Após ser condenado em trânsito em julgado o réu passará por alguns requisitos, que Renato Brasileiro (2020) estabelece, o qual após ser condenado ao cumprimento da pena, ela somente poderá dar início após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o nome do réu sendo incluso no rol dos culpados, que é um livro cujo está inserido o nome dos condenados, com suas devidas referências e qualificações do processo que foi expresso na sentença condenatória 483, CPP E 682, CPP.

Ainda produz outros efeitos como Induz a reincidência vide art. 63 do CP, que afirma que o réu se torna reincidente logo após a prática de um novo crime no período de 05 anos depois de cumprir pena transitada em julgado; possíveis progressões de regime carcerário, o preso terá a transferência de regime mais rigoroso, após o crime anterior, o qual a pena somada ao restante da pena em execução a torne incabível o regime, vide art. 81, I do CP; revogação do sursis, o beneficiário liberado for condenado a pena privativa de liberdade por sentença transitado em julgado por crime cometido durante a vigência do livramento ou por crime anterior, vide art. 84 do CP; revogação do livramento condicional será revogado se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade por sentença transitado em julgado por crime cometido durante a vigência do livramento ou por crime anterior.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM 2ª INSTÂNCIA

No estado democrático de direito o princípio da presunção da inocência encontra-se elencado legalmente através da constituição federal no artigo 5º inciso LVII, no pacto internacional San José da Costa Rica e declarações universais dos direitos humanos.

O princípio da presunção da inocência teve várias alterações devido aos julgados dos HC de 2009, 2016 e 2019 que acarretou grande instabilidade devido às mudanças de entendimento por parte dos ministros do STF no curto período de tempo, pois em 2009 o STF determinou que o réu só pudesse ser preso após o trânsito em julgado, ou seja, depois do recurso a todas as instâncias. Antes do esgotamento de recursos, ele poderia no máximo ter prisão preventiva decretada contra si. Já em fevereiro de 2016, o Supremo permitia que juízes determinassem a execução provisória das penas, ou seja, que condenados após a decisão da segunda instância já poderiam começar a cumprir suas penas na prisão. O entendimento em 2019 volta a mudar, pois STF decidiu que ninguém poderá ser preso para começar a cumprir pena até o julgamento de todos os recursos possíveis em processos criminais, incluindo, quando cabível, tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Antes disso, somente se a prisão for preventiva, levando em consideração os julgados o princípio da presunção da inocência foi afetado várias vezes, dessa forma ocasionando indecisão doutrinária e hermenêutica por parte do STF.

505

Segundo Avenna (2017) relata que esse princípio é também chamado de princípio da não culpabilidade, pois tem como forma basal o devido processo legal. Sendo assim é um dos mais importantes alicerces do estado de direito, no qual visa primeiramente à tutela da liberdade pessoal, afirmando que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado, ou seja, em primeiro lugar está a garantia constitucional, que não considera o indivíduo culpado quem responde ação penal em curso, pois tal ato violaria o direito fundamental, tendo em vista que deve ser levado em consideração a natureza cautelar e quando não tiver sido levado em questão, o Estado estará sendo autoritário e arbitrário executado a antecipação da pena.

De acordo com Rangel (2008) afirma que o princípio da inocência se deu na necessidade de ir contra o sistema penal inquisitorial da época, pois o acusado não possuía garantias de uma ampla defesa, e as penas rigorosas eram adotadas como forma de pagamento a sua própria vida, com isso surgiu a carência de ter uma proteção do cidadão perante a arbitrariedade do estado, no qual sua decisão sempre presumia como regra a culpa não levando em consideração a presunção da inocência.

Por meio disso teve a necessidade de colocar no ordenamento jurídico garantia ao indivíduo, em que ele tivesse a condição presumida de inocente, até o término do seu processo com a sentença transitada em julgado.

Para Rangel (2008) o princípio da presunção da inocência significa a existência do princípio de não culpabilidade, pois a Constituição presume a inocência, ao declara que nenhuma pessoa poderá ser considerada culpada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, uma coisa é ter a total certeza da culpa, bem diferente é a presunção da culpa.

O princípio da não culpabilidade tem como objetivo proteger o indivíduo dos rigores e excesso que o Estado impõe, pois quando um processo é levado e tomado ciência, no qual o Estado tem como principal papel de condenar através de seu vasto ordenamento jurídico dando alguma tipificação daquele ato delituoso praticado pelo indivíduo, dessa forma não adota como principal base na presunção da inocência, pois se faz necessário a solicitação da punição daquela conduta.

Nota-se que o reconhecimento é apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que a pessoa será considerado culpado de uma transgressão da lei penal. Sendo assim, o réu não poderá usar esse princípio para prolongar indefinitivamente a execução penal, ou seja, se houve esgotamento das provas factas no juízo de primeiro

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Jurídica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

grau e no juízo de segunda instancia, já houve a reanálise de todas as provas, pois se já teve uma sentença nos juízes superiores só irá haver a discursão do direito.

Compreende-se que o entendimento de transito em julgado precisa estar relacionado ao esgotamento da análise da materialidade e dos fatos, ou seja, se o indivíduo for realmente culpado, não partindo do pressuposto de esgotamento dos recursos, pois isso ocasiona ainda mais a mora no sistema judiciário que já é bastante lento.

Dos julgamentos no STF: posições tomadas pelo STF nos HC de 2009, 2016.

A discursão sobre prisão em segunda instancia foi levada em pauta para o Supremo Tribunal Federal quatro vezes, em que a primeira foi em fevereiro de 2009, no julgamento do HC 84078/MG.

Julgado pelo Ministro Eros Roberto Grau, de acordo com os fatos gerados a discursão em prol de Omar Coelho Vitor, que foi condenado em segunda instancia pelo crime de tentativa de homicídio qualificado, dessa forma impetraram recurso especial no TJ, porém o Ministério Público, antes que fosse analisado o recurso, requereu a sua prisão.

Na decisão constatou-se que a lei de execução penal acabou condicionando a execução da pena privativa de liberdade ao transito em julgado da sentença condenatória, dessa forma a ampla defesa não poderia ser visualizada de modo estrito, pois engloba todas as fases do processo até as recursais de natureza extraordinária, ou seja, a execução da sentença logo em seguida o julgamento do recurso de apelação fala sobre a restrição do direito de defesa, havendo o desequilíbrio entre a pretensão estatal na aplicação da pena e do direito do acusado de ocultar essa pretensão. A antecipação da execução penal poderia ser incompatível somente sobre a justificativa em nome da convivência dos magistrados, não do processo penal. Os princípios constitucionais alegam que os tribunais STJ e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, de certo modo que “ninguém mais será preso”, pois devido à alta demanda de processo, isso só atrapalha o princípio da celeridade da justiça.

Com a decisão do TJ, impetrou habeas corpus no STF, junto com o pedido de suspensão da pena, onde pedia a desconsideração do art. 637 do CPP, que tem como sua redação, o recurso extraordinário não gera efeito suspensivo, dessa forma uma vez alegados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão a primeira instancia, para ter somente a execução da sentença. Os Ministros acordaram que a prisão após a

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Jurídica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

segunda instancia seria inconstitucional, sendo sete (07) votos a quatro (04). Com fulcro no princípio da presunção da inocência, pois além de ser um princípio constitucional, tem pressupostos os quais o Brasil os segue.

Em fevereiro de 2016, o HC 126.292/ SP em que Os ministros foram contra o entendimento anterior, assim permitindo o início imediato do cumprimento da pena após a confirmação condenatória em segunda instância, sendo sete (07) votos a quatro (04).

Com esse julgado os ministros decidiram de forma contraria ao precedente, no qual gerou uma grande assimetria no sistema que se diz respeito à segurança jurídica. Pode-se perceber que o teor das discursões entre os ministros são meramente filosóficas, pois a corrente vencedora tem uma visão utilitarista na interpretação do princípio da presunção da inocência, quanto a perdedora ordena uma leitura do princípio com um jargão mais filosófico, como uma auto finalidade, ou seja, as abordagens usadas foram meramente práticas e instrumentais e não essenciais, dessa forma o interesse é apenas daquilo que é útil.

A divergência entre entendimentos sobre a prisão em segunda instância em abstrato ocorre em 2016 com voto do Ministro Barroso, com o HC 126.292/ SP. Pois ele observa o dispositivo do Art. 5º, inciso LVII da CF, onde afirma que: “Ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Ao afirmar que o sistema brasileiro no decorrer dos anos vinha funcionando de forma inadequada, pois a possibilidade do réu aguardar o trânsito em julgado dos recursos especiais e extraordinários em liberdade somente para começar a execução da pena, não traz credibilidade nem confiança da sociedade na justiça criminal, porque não possui proteção da tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal, ou seja, quando permite a que a punição seja prolongada por anos cria uma ideia de ineficácia da lei penal, permitindo que haja prescrição dos delitos por morosidade no processo.

Em novembro de 2016 na quarta votação o ministro Gilmar Mendes, por meio de assinatura eletrônica no plenário virtual do STF, manifesta-se a favor da prisão após a condenação em segunda instancia, porém em 2017 modificou seu próprio entendimento, e por fim em outubro de 2018 no julgamento do Presidente Lula com o pedido do habeas corpus, ele foi contra. Pois de acordo com o entendimento do Ministro, o Lula deveria ter o

direito de recorrer em liberdade, porém, não até o trânsito em julgado e sim até a análise do STJ, o qual funcionaria como uma terceira instância (BRASIL, 2016).

Exposto os fatos em 2009 para ser declarado culpado fazia-se necessário percorrer todas as instâncias do poder judiciário. Porém para ser dada a declaração de culpa que o indivíduo possa a ser preso, deve ser levado em consideração o princípio da presunção de inocência, com isso era necessário o processo correr todas as instâncias.

Não, não porque se muda as pessoas, mas a interpretação dos dispositivos legais que tem gerado a crise hermenêutica e alguns doutrinadores como Lenio Streck (2016), denuncia a insegurança jurídica, mas essas mudanças devem respeitar os limites impetrados na constituição no art. 5º da Constituição, inciso LVII, ou seja, o indivíduo pode cometer um crime, mas não pode ser considerado culpado após o trâmite processual e percorrer por todas as instâncias.

Teve grande divisão de opiniões no meio jurídico com a votação do HC 126.292/SP, abordando o voto de alguns ministros que retomaram a discussão acerca da interpretação do princípio da presunção de inocência. Começará com o voto do Ministro Teori Zavascki, defendendo a ideia que depois da sentença condenatória confirmada em segundo grau, o princípio da presunção da inocência deve buscar um equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional penal, no qual deverá atender os valores não apenas aos acusados, mas o da sociedade, diante da realidade do sistema de justiça criminal que é complexo (BRASIL, 2016).

O ministro salienta os prejuízos que a sociedade poderia sofrer em detrimento do princípio da presunção da inocência utilizado de forma excessiva, pois os direitos dos indivíduos poderia ocasionar prejuízo para o direito de forma coletiva. Outro ponto de vista é a análise do estilo do processo penal, pois em alguns países o cumprimento da pena ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é o caso dos Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Canadá, Inglaterra e Argentina.

E ele afirma que esse estilo de sistema funciona de forma cordial nos países citados, em relação ao fato dos recursos destinados ao STF e STJ, acabam favorecendo a prescrição da pretensão punitiva do Estado, pois apesar dos apelos não serem direcionados a resolução de questões pautadas a fatos e provas, não causa a interrupção da contagem do prazo prescricional, ou seja, invés de representar um instrumento de garantia da presunção

da não culpabilidade do preso, conclui-se no mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal (BRASIL, 2016).

Nota-se que o ministro preocupa-se com os prazos prescricionais, pois intermináveis recursos buscam apenas protelar o processo, sendo assim faz que o sistema judiciário não consiga assegurar a eficiência de uma sentença. Alguns ministros também foram signatários da mesma linha de raciocínio do relator como: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso Luiz Fux, Carmem Lúcia e Edson Fachin.

Fachin ao pronunciar o seu voto, elucidou as regras da lei de Execução penal as quais foram revogadas com o advento da lei n°. 8,038/90, o qual seria o argumento capaz de barrar a execução da pena logo após o esgotamento das instancias ordinárias, pois, no plano infraconstitucional, a lei 7.210/84 os artigos 147 e 164 para a interpretação e exigência da última manifestação dos tribunais superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal possa começar, deixam de ser o argumento suficiente a impedir a execução penal após o esgotamento das instancias ordinárias, a Lei 8.038 (BRASIL, 2016).

Com isso o ministro acabou seu voto afirmando que as medidas cautelares para conceder efeitos suspensivos a recursos especiais e extraordinários, ou seja, o habeas corpus o qual é entregue pela suprema corte de ofício, são instrumentos decisivos para resolver situações semelhantes.

O ministro Barroso teve um posicionamento rígido e crítico ao fundamentar seu voto, pois deu ênfase ao uso excessivo e prolongando do direito de recorrer, alegando que, no caso “Pimenta Neves” que foi um crime de homicídio qualificado ocorrido em 20/08/2000, cujo trânsito em julgado somente ocorreu em 17/11/2011, levando mais de 11 anos após a pratica do crime (BRASIL, 2016).

No caso de Natan Donadon, pelos fatos ocorridos em 1995 e 1998, o ex-deputado federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato no total de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, todavia a condenação transitou em julgado somente em 21/10/2014, mais de 19 anos depois. Outro caso que cita é envolvimento do superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista, no qual o ex- senador Luiz Etêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, pelo crime que ocorreu em 1992, e com a interposição de 34 recursos, a execução da pena só ocorreu em 2016, depois de ter transcorrido mais de 23 anos depois da data dos fatos (BRASIL, 2016).

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Juridica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

O ministro alega que as pessoas que possuem recursos financeiros não tem o cumprimento provisório da pena, devido à possibilidade de contratar e manter bons advogados os quais interpõem recursos sucessivos, evitando o trânsito em julgado.

Os ministros que se posicionaram contra as ideias expostas ao relator são o Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello.

Desde 2009 o ministro Marco Aurélio vem mantendo o entendimento de seu voto, repudiando a possibilidade da execução provisória da sentença, pois segundo sua opinião seria um retrocesso, se fosse admitido no início do cumprimento da pena, logo antes do trânsito em julgado (BRASIL, 2016).

Em seu voto Levandowski afirma que não tem como fazer uma análise perspectiva contraria a um regulamento taxativo, e julga uma interpretação contraria como um entendimento infraconstitucional. Ele lamentou porque o supremo está:

[...] decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, como a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo (BRASIL, 2016).

A grande preocupação dos ministros é o grande número de casos julgados os quais são reformados, sendo assim tem a chance de pessoas inocentes estarem pagando por um crime que não cometeram. O Brasil atualmente vive um momento delicado, pois defende a inconstitucionalidade da prisão, no qual descumpre o princípio constitucional, evidente e taxativo no artigo 5º inciso LVII da CF.

Várias críticas podem ser construídas de acordo com essas variadas mudanças de posicionamentos, a primeira delas sendo: a literalidade do artigo 5º da constituição, inciso LVII. Pois de acordo com o argumento de Levandowski, o princípio da presunção da inocência elencado na constituição não deixa margens para outra interpretação ou hermenêutica, sendo assim os direitos presentes não podem ser amputados, ou seja, deve-se levar em consideração a não culpabilidade do acusado, até que seja provado o contrário para somente haver o cumprimento da pena.

A segunda seria devidamente a alta taxatividade de criminalidade e violência no país, o supremo enfrenta esse problema de forma precipitada, onde tem a idealização de punir imediatamente o acusado, ou seja, ao permitir a prisão em segunda instância, só

acarretará o aumento do índice de encarcerados, passando por cima muitas vezes de um processo penal. Sendo assim deveria respeitar as garantias fundamentais do artigo 5º da constituição no ponto de vista dos direitos humanos, dessa forma acaba por abarrotar o sistema carcerário que já tem suas deficiências de precariedade de estrutura, tendo em vista que a capacidade do contingente de presos só aumentará.

Sendo assim evidencia-se pelo voto dos ministros que a execução provisória da pena foi adotada como uma solução para o problema de intervenção sucessiva de recursos nas supremas cortes, dessa forma nota-se que não há uma preocupação com a violação dos princípios fundamentais adotados perante a carta magna.

De acordo com o art. 312 do CPP que abrange sobre a prisão preventiva deve andar em harmonia com o art. 5º inciso LVII da Constituição, pois a carta Magna fala que qualquer restrição de direito deve ser entendida da maneira mais restrita e não de forma ampla, ou seja, devem estar presente todos os requisitos do 312 para haver um cárcere antes da processo condenatório, não respeitando iria ter a violação do artigo 5º inciso LVII da constituição.

Julgamentos das ADC 43,44 e 54 de 2019

No dia 17/11/2019 houve um julgamento em conjunto das Ações de declaração constitucionais (ADC), que na decisão acirrada julgou procedente a ação para ajustar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, na redação da lei 12.403/11. (STRECK, Lenio. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê? Conjur, 7 de outubro de 2016, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>, acesso: 08/10/2021).

No qual as ADC tinha como principal objetivo a discursão a respeito da hipótese de prisão após confirmação em segunda instância. Pois desde 2016 após o julgado do HC 126.292, Porque já tinha formado um precedente da possibilidade de dar-se início a execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação em segunda instancia, ou seja, alterando o entendimento do artigo 5º inciso LVII, impetrada na constituição que diz respeito sobre o princípio da presunção da inocência.

As ADC's possuíram pedidos de medidas cautelares, pois priorizava a busca da harmonia entre o artigo 283 do CPP com o art.5º inciso LVII da Constituição, e de acordo com o voto do relator das ADC's, o ministro

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Juridica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

Marco Aurélio afirmou que, a Constituição Federal cultivou-se a excepcionalidade da custódia do sistema penal brasileiro, porém ao tratar da supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, a regra é a execução de título judicial condenatório precluso na via de recorribilidade é prender (STRECK, Lenio. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê. Conjur, 7 de outubro de 2016, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>, acesso: 08/10/2021).

Sendo assim ao declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, a grande maioria dos ministros do STF, adotou uma interpretação quando se trata do trânsito em julgado, com isso violando a Constituição e o referido processo penal e com essa obstrução denominou a fraude legis (STRECK, 2016).

A decisão tomada no dia 7 de novembro de 2019 através do julgado que foi apertada, dessa forma restabeleceu a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente até que não tiver possibilidade de reverter eventual decisório condenatório, sendo assim o artigo 283 do CPP não viola o texto constitucional.

Pois antes do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade, segundo o CNJ no Brasil tinha aproximadamente 5 mil presos, ou seja, por volta de 0,6% da população carcerária brasileira, cerca de 834 mil pessoas segundo a BNMP (Banco Nacional de Monitoramento de Prisões) presas por condenação em segunda instância, no qual aguardava recursos nas instâncias superiores. Logo após o julgamento das ADC's, tiveram inúmeros casos dos pedidos de expedição de alvará de soltura, o mais conhecido é o ex-presidente Lula e do ex-governador Eduardo Azeredo.

Todavia entende-se que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após a condenação em instância, pois deferiu liminares pleiteadas nas ADC's 43 e 44, ou seja, partindo do ponto de vista técnico, o tribunal interpretou de acordo com o âmbito das ADC's para declarar a constitucionalidade do artigo, desde que esse não possa impedir o cumprimento provisório da pena.

Segundo Streck (2016) o STF agiu como poder constituinte, e com isso teve o pronunciamento para informar como deve ser o direito penal, mas isso não compete ao STF, sem relatar a tese da interpretação conforme a constituição do artigo 283, no qual foi colocado o devido artigo contra e não conforme a constituição. Pois de acordo com Lenio, o STF afirmará que o artigo 283 CPP é inconstitucional, porém nenhum dos ministros

tomou como observação e se colocaram com um posicionamento contra o determinado artigo ou argumentando o fato dele ser inconstitucional, ao deixar passar em branco acabam acatando e tendo a concordância da sua criação.

Apesar do princípio da presunção ser uma cláusula pétrea mostrou-se vulnerável quando a interpretação foi levada para estabelecer os limites da sua incidência pelos parlamentares ou STF, pois se acontecesse que estaria colocando a CF contra ela mesmo. Assim com a não declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP pelo STF, na tentativa de inserir na Constituição um dispositivo que passasse por cima do princípio da não culpabilidade, acaba sendo uma afronta, pois não seguindo esse princípio se torna uma fraude e quando a constituição passa a ser violada, o direito do indivíduo acaba sendo violado, e quando isso acontece o artigo deve ser considerado inconstitucional. Já que bate de frente com as garantias constitucionais.

DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PODER PUNITIVO ESTATAL: AS ASSIMETRIAS DAS DECISÕES DO STF

Com a Constituição Federal de 1988, o entendimento sobre a prisão em segunda instância já mudou duas vezes. Pois em 2009 o STF estabeleceu que o réu só fosse ser preso logo após o trânsito em julgado, depois do recurso a todas as instâncias. Em 2016 o entendimento foi outro, no qual o réu condenado em segunda instância já poderia começar a cumprir sua pena, ou seja, poderia ser preso mesmo recorrendo nos tribunais superiores.

Já em 2019 com o julgamento das três ADC's 43, 44 e 54, pois essas ações colocaram a prova na própria lei (art. 283 CPP), ou seja, tinha o intuito de argumentar sobre o alcance da norma constitucional da presunção de inocência, pois esse princípio além de ser cláusula pétrea é o que garante a não condenação em segunda instância.

É notório que algumas questões críticas às quais abordam a temática prisão em segunda instância que foi decidida e votada pelo STF, referem-se à relativização dos direitos fundamentais, depois que o texto de lei se sobressai ao texto constitucional, há uma violação de direitos cidadãos assegurados e respaldados ao longo do tempo, os quais lutaram para conseguir e o acusado é um cidadão com os mesmos direitos e garantias que qualquer outro.

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Jurídica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

Outra crítica que pode levar-se em questão é que seria impossível indenizar de forma justa, aqueles que foram condenados e chegaram a cumprir pena e logo após inocentados. Pois no direito civil, a execução provisória está prevista no artigo 520 do CPC, incisos I ao IV. O decreto-lei 13.105/16 que obriga o Estado a pagar caução a parte adversaria, devido a sentença impugnada ser revertida após a apreciação em segunda instancia.

A última crítica é a culpabilidade do acusado não fica comprovada após o julgamento em segunda instância, pois segundo dados considerados pelo ministro Lewandowski, um terço dos pedidos de habeas corpus de condenados em segunda instancia no qual chega ao STJ, tem sua pena revistas, porem o volume teria que ser relevado a importância dos recursos aos tribunais superiores, pois esses corrigem penas injustas.

Ao falar da culpabilidade do acusado, vale ressaltar o artigo o erro por parte do legislador no 483 CPP, que é o envolvimento do jurado para auxiliar a decisão do magistrado à condenação do acusado, porém ao tratar do quesito genérico de absolvição, se deu a denominação de “absolvição por clemencia” que é dado ao conselho de sentença o poder de absolver o réu independentemente do reconhecimento de autoria e materialidade do delito. A crítica é que o artigo não resguarda os requisitos do 386 do CPP, pois o jurado tem a decisão apenas na sua íntima convicção, ou seja, quando o legislador inseriu o quesito genérico de absolvição, acabou entregando aos jurados uma oportunidade de absolver o réu apenas utilizando de caráter humanitários deixando de lado o caráter técnico, os quais se realizam os julgamentos fora do tribunal do júri, nessa seara poderia haver divergências entre a condenação das provas dos autos com o quesito de absolvição genérico.

A solução encontrada foi com o julgado do HC 313.251/ RJ, no qual a corte compreendeu que o quesito de formulação obrigatória estaria sendo autorizada a absolvição por íntima convicção dos jurados, sendo assim permitindo o recuso de apelação fundado na adversidade a prova dos autos ante o reconhecimento da autoria e materialidade, ou seja, com a íntima convicção dos jurados respaldado no artigo 483 inciso III do CPP, que dá total soberania na decisão para absolvição do réu com base na presença da materialidade do crime e da autoria delitiva, porém se absolvição for mantida como contraria à prova dos autos, de acordo com o art. 593 inciso III e alínea “d”, condiz que o

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Juridica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.

réu será submetido ao um novo julgamento, a grande instabilidade jurídica é quando anteposto a decisão tomada baseada na convicção do jurados atrelado a prova dos autos, o MP interpõe apelação sob o fundamento daquela decisão for completamente dissociada dos elementos probatórios, a solução foi exposta com o art. 593, inciso III, alínea d, que cabe a acusação somente a alegação de eventual nulidade processual, dessa forma não pode atacar o mérito da decisão do júri.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao discorrer sobre o artigo como vista, tem um pré-julgamento diante da culpabilidade do acusado, dessa forma o princípio do in dubio pro societate é utilizado sem qualquer limite em prejuízo do estado de inocência do acusado. Pois de acordo com a Constituição Federal, onde não há certezas da materialidade ou indícios de autoria do crime, a decisão terá que ser pronunciado a favor do acusado.

Dessa forma a solução adequada para melhorar o sistema processual brasileiro se dá na sua modificação, pois assim reduzirá a enorme quantidade de recursos, assim dando maior celeridade ao processo, e assim como consequência aumentará a agilidade do transito em julgado tornando mais eficaz, com isso não necessitaria a criação de uma brecha que bate de frente com os princípios preservados pela Constituição.

Outra solução mais complexa de ser realizada seria por meio de uma modificação no texto constitucional, assim observando o procedimento para realizar esta emenda constitucional, o qual é ter a aprovação de três quintos em duas votações na câmara dos deputados e três quintos em duas votações no senado, para a aprovação da emenda constitucional.

Ao atribuir ao STF o papel de guardião dos textos constitucionais que está previsto no artigo 102, os direitos fundamentais não atribui ao mesmo o poder de criar leis, pois o único que tem essa função é o legislador, assim como preestabelece o próprio texto constitucional. (BRASIL, 1988). Com isso o fato do judiciário roubar do legislativo o poder de criar leis viola totalmente a divisão de poderes estabelecidos de forma expressa na Constituição.

Toda via quando se analisa o modelo de prisão admitido pelo STF, ocorre a conclusão de que está à frente de uma grande violação aos princípios fundamentais os quais a Constituição Federal protege principalmente ao princípio da presunção da

inocência onde é infringido todas as vezes que o direito à liberdade é reprimido, as decisões que se contradizem no decorrer do tempo torna o princípio vulnerável e sua aplicabilidade instável, apesar de seguramente ser reforçado na doutrina e na jurisprudência por muito tempo sua interpretação que impedia a execução provisória das penas.

No entanto o que se espera é que os princípios Constitucionais sejam respeitados, a segurança jurídica seja mantida e que a regra seja cumprida a partir de algo elementar: que é ler o que está escrito na constituição, e que vale para todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade no 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375810>. Acesso em: 10/10/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10/10/2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10/10/2021.

STRECK, Lenio. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê?. Conjur, 7 de outubro de 2016, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>, acesso: 12/10/2021).

DALLARI, Dalmo de Abrel. Elementos de teoria geral do estado, 30ª edição, Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Congresso Nacional, Brasília, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume único. 8ª edição revista atualizada ampliada. 2020.

AVENA, Norberto. Processo penal. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Walter Junny SANTOS; Pollyana Medeiros CEUWTA. Prisão em Segunda Instância e o Princípio da Presunção da Inocência: Perspectiva Jurídica das Assimetrias dos Julgados. Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 2. Págs. 500-517.