

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

CLEBER DE SOUZA MOREIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO
EM SEGUNDA INSTÂNCIA.**

PONTES E LACERDA - MT

2019

CLEBER DE SOUZA MOREIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO
EM SEGUNDA INSTÂNCIA.**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção título de bacharel, curso de bacharelado em
direito, Universidade do Estado de Mato Grosso.

Orientador: Prof.º Leôncio Pinheiro da Silva Neto.

PONTES E LACERDA - MT

2019

CLEBER DE SOUZA MOREIRA
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO
EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção título de bacharel, curso de
bacharelado em direito, Universidade do Estado de Mato Grosso.

Aprovado em _____ de _____ 2019.

Prof.º. Dr. Leôncio Pinheiro da Silva Neto.

Professor Orientador

Curso de Direito

UNEMAT – *Campus* de Pontes e Lacerda

Prof.º. Dr. Fernando Henrique Viola de Almeida

Professor Avaliador

Curso de Direito

UNEMAT – *Campus* de Pontes e Lacerda

Prof.º. Dr. Matheus Salomé de Souza

Professor Avaliador

Curso de Direito

UNEMAT – *Campus* de Pontes e Lacerda

Prof.º. Dr. Gean Carlos Balduino Júnior

Coordenador do Curso de Direito

UNEMAT – *Campus* de Pontes e Lacerda

PONTES E LACERDA - MT, _____ DE _____ DE 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico esta conquista a Deus-Jesus que com sua infinita sabedoria foi e sempre será um guia em minha trajetória. Aos meus pais, Leônidas e Geralda, que foram meu alicerce para chegar até aqui. A minha esposa Nilva pela paciência e companheirismo-sabedoria. Bem como meus irmão e sobrinhos. Por fim, e não menos importante, aos meus avós Raimundo e Conceição (*in memoria*). E a meus camaradas, Velho Saddam e José Germano (Tio Zito). A vocês minha eterna gratidão!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus-Jesus pela vida, pela sabedoria, por todas as minhas conquistas pessoais e profissionais, e por ter colocado em meu caminho pessoas tão especiais.

Ao Prof.º Leôncio Pinheiro da Silva Neto, meu orientador, por ter despertado em mim o desejo de aprofundar o conhecimento em Direito Processual Penal. E por suas orientações ao compartilhar conhecimentos. Pelo carinho e confiança em mim dispensados desde o início desta parceria.

À Universidade do Estado de Mato Grosso que através do curso de Direito abriu as portas do conhecimento. Ao corpo docente representado pelo coordenador do curso, Prof.º Gean Carlos Balduino Júnior, que conduziu os trabalhos com maestria, além de ser em minha opinião um ótimo docente. E aos nossos queridos servidores da instituição que sempre foram gentis e dedicados prestando um excelente serviço de atendimento.

Agradeço aos professores e amigos. Em especial aos Professores Fabio Ribas, Esiomar Andrade e Ricardo Bosquesi que de forma pessoal estiveram presentes em grandes momentos de minha vida na busca por conhecimento. Sou grato a eles por sempre se dedicarem de forma singular na transmissão dos seus conhecimentos aos que os procuram durante o curso. Sou grato, também, aos amigos que conquistei nesta caminhada. Por fim, e não menos importante sou grato a Elis Regina e Alcides e aos integrantes da “Equipe Phumaça”, em especial, Bianca Madrona e Claudia Alice, eternas aliadas!

Um Grande Abraço Em Todos!

EPIGRÁFE

A Constituição é a garantia de que, no caso concreto, estamos discutindo o significado dos Direitos em debate, e não fazendo políticas a parti do Judiciário.

Lenio Luiz Streck.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão decorrente de condenação em segunda instância, órgão colegiado. Essa mudança ocorreu após o julgamento do Habeas Corpus 126.292, de 17 de fevereiro de 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Analisaremos esse julgamento corroborando com a aplicabilidade do Princípio da Presunção de Inocência como regra de tratamento, tal qual, regra de julgamento, juntamente com sua previsibilidade no texto constitucional. Será elaborada uma síntese de sua historicidade, surgimento e a mudança de interpretação em relação a sua aplicabilidade no decorrer do tempo, princípio este, decorrente de constantes lutas dos cidadãos contra a insaciável ânsia positivista e arbitrária do Estado. Faremos uma análise da (in)constitucionalidade dessa decisão, se provavelmente foi de encontro com positivado na Constituição Federal através do Princípio da Presunção de Inocência, artigo 5º inciso LVII. Decisão do Egrégio Tribunal permitiu a restrição da liberdade após condenação proferida por órgão colegiado, mesmo ausente decisão proferida em recurso Especial e Extraordinário. Abordaremos a inércia da Suprema Corte com relação ao artigo 283 do Código De Processo Penal, posteriormente “sanadas” através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC’s 43 e 44). No decorrer do estudo será realizada uma síntese condensada dos votos dos Ministros em ambos os julgamentos. Consequentemente, analisaremos os (in)prováveis reflexos carcerários da afamada decisão, esse sob o prisma dos argumentos favoráveis e contrários que envolvem essa temática.

Palavras chave: Princípio da Presunção de Inocência. Prisão Decorrente De Condenação Em Segunda Instância. (In) constitucionalidade.

I. SUMÁRIO

II. INTRODUÇÃO	1
III. BREVE RELATO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	3
II.I. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	5
IV. INTERPRETRAÇÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA REALIZADA PELO PLENO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL NOS HABEAS CORPUS 68.726/91 e 84.078/09	8
III.I. HABEAS CORPUS 84.078/09.....	9
V. JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292/16 REALIZADO PELO PLENO DA SUPREMA CORTE	10
IV.I. SINTESE DO CASO	10
VI. SÍNTESE DOS VOTOS FAVORAVEIS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO HABEAS CORPUS 126.292/16	12
V.I. Voto do Ministro Teori Zavascki	12
V.II. Voto do Ministro Edson Fachin	13
V.III. Voto do Ministro Roberto Barroso.....	14
V.IV. Voto do Ministro Luiz Fux.....	15
V.V. Voto do Ministro Gilmar Mendes	15
VII. SÍNTESE DOS VOTOS CONTRARIOS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO HABEAS CORPUS 126.292/16	16
VI.I. Voto da Ministra Rosa Weber	16
VI.II. Voto do Ministro Marco Aurélio	17
VI.III. Voto do Ministro Celso De Mello	17
VI.IV. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	18
VIII. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE, 43 e 44	19
VII.I. SÍNTESE DOS VOTOS FAVORAVEIS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO JULGAMENTO DAS (ADCs 43, 44)	20
VII.I.I. Voto do Ministro Teori Zavascki	20
VII.I.II. Voto Do Ministro Edson Fachin	21
VII.I.III. Voto Do Ministro Roberto Barroso.....	21

VII.I.IV. Voto Do Ministro Luiz Fux	22
VII.I.V. Voto Do Ministro Gilmar Mendes	22
VII.I.VI. Voto Da Ministra Cármen Lúcia.....	23
VII.II. SÍNTESE DOS VOTOS CONTRARIOS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO JULGAMENTO DAS ADC's 43 e 44.....	23
VII.II.I. Voto Do Ministro Marcos Aurélio	23
VII.II.II. Voto Do Ministro Celso de Mello	24
VII.II.III. Voto Do Ministro Ricardo Lewandowski	24
VII.II.IV. Voto Da Ministra Rosa Weber	25
VII.II.VI. Voto Do Ministro Dias Toffoli	25
IX. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS SOBRE OS (IN) PROVÁVEIS REFLEXOS CARCERÁRIOS COM A NOVA POSIÇÃO DA CORTE SUPREMA.....	26
X. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
XI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	33

II. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB 88), conhecida como carta cidadã, elenca em seu texto um rol considerável de direitos e garantias fundamentais, objetivando obstar a opressão estatal diante do cidadão. Dentre essas garantias elencadas está o direito do acusado de ser presumido/tratado como inocente até sentença transitada em julgado. Ou seja, vedação da formação de culpabilidade do acusado antes do feito processual.

Este trabalho surge com a finalidade de analisar a (in)constitucionalidade da decisão decorrente de provável/improvável afronta ao Princípio da Presunção de Inocência, existente na mudança do entendimento do Superior Tribunal Federal, após julgamento do Habeas Corpus 126.292, realizado no ano de 2016¹, com relatoria do então Ministro da Suprema Corte Teori Zavascki. Após o julgamento dessa ação autônoma de impugnação o pleno do Superior Tribunal Federal permitiu a prisão decorrente de condenação em segunda instância. Assim sendo, desnecessários os pressupostos dos artigos 302 e 312 do Código De Processo Penal, ou os da lei 7.960/89. Desta forma, desnecessários os pressupostos indispensáveis das cautelares.

Em 2016 foram apresentadas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's 43 e 44) junto a Suprema Corte com a finalidade de analisar a constitucionalidade do artigo 283 Código De Processo Penal juntamente com uma possível vedação a essa modalidade de prisão. Sendo que esse é praticamente um reflexo do texto constitucional. A indagação que surge após essas decisões é a respeito da (in)constitucionalidade dessa modalidade de prisão. Com esse posicionamento a Suprema Corte foi de encontro com o princípio constitucional? E o que dizer a respeito de um possível ativismo judicial, afrontando a tripartição dos poderes?

O objeto geral do estudo é a dimensão do Princípio da Presunção de Inocência. Faremos uma apreciação desse princípio em uma síntese do seu fator histórico, conquistado através das lutas dos cidadãos resistindo o poder de opressão e punição do Estado. Iniciando

¹ STF, HABEAS CORPUS EM HABEAS CORPUS; HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016) . Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

com o Direito Romano, passando pela Santa Inquisição e por regimes nazi-fascistas até chegarmos aos nossos textos constitucionais. Ao final ter-se-á uma visão ampla do princípio em análise, sua abrangência processual e sua finalidade.

O objetivo específico do estudo é o julgamento realizado pela Suprema Corte juntamente com a possível vedação a essa modalidade de prisão, inerente ao Princípio da Presunção de Inocência. A (in) constitucionalidade da decisão, caso exista, na situação analisada. Para isto, abordaremos a temática através de uma síntese da forma como os Ministros fundamentaram os seus votos, tanto os favoráveis, quanto os contrários a tal conduta estatal. Para tanto são usadas diversas fontes para elencar o posicionamento aqui demonstrado dentre obras de doutrinadores e artigos científicos, juntamente com levantamento bibliográfico que já discutem tal temática.

Destarte, o presente estudo foi desenvolvido por meio de bibliografias/doutrinas, legislações e artigos científicos. A metodologia utilizada caracteriza-se pela pesquisa de revisão bibliográfica, embasando-se em artigos, teses, pesquisas jurídicas que abordam o tema proposto.

Em observância ao número elevado de informações usadas para desenvolver o tema do objeto de pesquisa, como marco teórico o trabalho parte do Garantismo Constitucional, assim como do Garantismo Processual e Penal. Deste modo, através da obra de doutrinadores na área Processual Penal e Constitucional. Sendo eles: Aury Lopes Junior, Salah H. Khaled Jr, Paulo Rangel, Jacinto de Miranda Coutinho e Lenio Luiz Streck. Por meio das obras desses autores faremos uma análise do posicionamento da Suprema Corte.

III. BREVE RELATO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência ou da não culpabilidade são sinônimos para a doutrina pátria. Juntamente com a Constituição Federal de 1988 e a instrumentalidade do Processo Penal e o Garantismo Penal, tem por finalidade elementar obstar/controlar o punitivismo/arbitrariedade estatal, essa constante outrora no âmbito processual diante do acusado. Evidente que o Princípio da Presunção de Inocência é inerente à dignidade da pessoa humana. Não obstante, o princípio ao longo da história foi manipulado hermeneuticamente com a finalidade de atender a determinados senhores.

Historicamente a Presunção de Inocência tem suas origens no Direito Romano, *in dubio pro reo*, período em que esse princípio foi duramente atacado. Durante a Santa Inquisição, em que a finalidade processual era simplesmente obter a confissão do acusado, assim como a busca da utópica, e ainda existente no Processo Penal, verdade real. Nesse cenário, o Princípio de Presunção da Inocência foi relativizado devido a uma confissão “celestialmente inspirada”, como nos demonstra Eymerico;

Se continuar negando, serão mostrados os instrumentos de outros suplícios, dizendo-lhe o que sofrera se não confessar a verdade. Por fim, se não confessar, poder-se-á dar continuidade ao tormento [...].²

Durante o Tribunal do Santo Ofício existia uma objetificação do acusado, juntamente com uma alteração do Princípio da Presunção de Inocência para Presunção de Culpabilidade. Essa, digamos, inversão interpretativa ocorreu para atender os interesses dos inquisidores no ato de “combater os hereges”. Instaurava-se desse modo uma espécie de maniqueísmo processual, isto é, a eterna luta dos homens bons contra os maus, injustificada no âmbito processual. Por fim, para Jacinto Coutinho, a Santa Inquisição:

[...] trata se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu, ou conhece; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!) Persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos -, matem-se hígido.³

² EYMERICO, Nicolau. **Manual da Inquisição**. 1º ed. 8ª triagem. Curitiba: Juruá. 2009. Pág. 48.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do juiz no processo penal**. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (coord) crítica á teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Pág. 18.

Superado o sistema jurídico Católico Romano com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que em seu artigo 9º preconiza que “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”.⁴

Manifesto que, estávamos diante de uma garantia intrínseca ao acusado, agora de forma positivada em um documento de paradigmas iluminista, promulgada no início da Revolução Francesa. O Princípio da Presunção de Inocência finalmente foi consagrado e positivado de forma expressa.

Entretanto, com a ascensão de governos autoritários, tais como o nazi-fascismo, há uma relativização do Princípio da Presunção de Inocência. A exemplo vejamos a Alemanha que simplesmente desvalorizou/relativizou (ou como quer nosso Ministro do Supremo Tribunal Federal fazer com o texto da Constituição Federal de 1988, Dias Toffoli, desidratou)⁵ o texto da Constituição de Weimar (1919-1933). A motivação é a de que para os nazistas essa constituição possuía “direitos demais” (retórica semelhante sofre o texto de nossa Constituição Federal, a Carta Cidadã). Deste modo, a Constituição de Weimar foi substituída por uma espécie de “lei de autorização” que permitia a criação de leis pelo Chanceler Adolf Hitler. O resultado dessa ação deixou marcas profundas na história da humanidade.

Na Itália no início do século XX, o Princípio da Presunção de Inocência sofreu novos ataques, relativizações e exclusões. Esses proferidos, dentre outros, por Vincenzo Manzini (responsável pela elaboração do Código de Processo Penal italiano de matriz fascista). Para o penalista Italiano o Princípio da Presunção de Inocência não passava de um estranho absurdo do empirismo Francês.

Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificavam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco de 1930 não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e Garantismo.⁶

⁴ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://docplayer.com.br/18893018-Declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁵ **Toffoli diz ser preciso "desidratar" a Constituição para destravar a economia** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/tofolli-preciso-desidratar-constituicao-destravar-economia>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Pág. 95.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, após serem evidenciadas as atrocidades cometidas pelas potências do Eixo, que possuíam matriz nazifascista, e diante da (in)capacidade humana de cometer tais barbáries com o próximo no século XX, é criada a Declaração dos Direitos Humanos com o objetivo de conter e evitar novos modelos autoritários e suas atrocidades para com a civilização humana.

A Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelecendo pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos. Como não poderia deixar de constar em um documento com reflexos do iluminismo, e por regra de orientação garantista, nela foi prevista de forma expressa o Princípio da Presunção de Inocência. Em seu artigo XI prevê “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”.⁷

Além de garantir de forma expressa o Princípio da Presunção de Inocência, a Declaração dos direitos Humanos traz em seu texto a previsão necessária do devido processo legal, para somente assim, declarar alguém culpado de um fato ilícito.

Em 1950 foi elaborada a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, consequentemente foi elaborada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em 1969. Em ambas, foi previsto de forma expressa o Princípio da Presunção de Inocência.

II.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira Constituição (1824) outorgada, fez de forma tímida, menção ao Princípio da Presunção de Inocência ao afirmar em seu artigo 179, inciso VIII, “que ninguém poderá ser preso sem culpa formada”.⁸

⁷ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://docplayer.com.br/18893018-Declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁸ BRASIL. Presidência da República. **Constituição Império Do Brasil de 1824.** Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 ago. 2019.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1891, que teve com um de seus elaboradores Ruy Barbosa, com evidente influência da Constituição Americana de 1787, manteve a presunção de que ninguém poderá ser levado à prisão sem culpa formada (artigo 79, § 14), com redação semelhante a Constituição anterior.

Nos anos de 1930, após Getúlio Vargas chegar ao poder, em 16 de julho de 1934 foi promulgada a Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil. Essa, conjuntamente com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, com reflexos da Constituição Polaca, ambas pautadas em um autoritarismo, não trouxeram em seus textos a previsão do Princípio da Presunção de Inocência, até então previsto nas anteriores, mesmo que timidamente através da redação de não culpabilidade, conforme descrito.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 seguiu as duas anteriores não fazendo previsão ao princípio de inocência. Vale ressaltar que em ambas, CF de 34 e de 37, fora previsto de forma expressa que a prisão do cidadão ficaria restrita ao flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, sendo permitida a fiança para casos definidos.

Com a “eleição” do Marechal Castelo Branco, após a “revolução” militar de 1964, sob a falácia de reestabelecer a ordem em um cenário de instabilidade social, foram mantidos alguns efeitos da Constituição anterior. Todavia com a posterior elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, essa, como não poderia deixar de ser, foi outorgada. Ou seja, imposta e instituída de forma unilateral pelo poder Constituinte, não fez previsão ao princípio em análise.

Posteriormente através de Ato Institucional Número 05, de 1968, teve como finalidade elevar o autoritarismo vigente à época. Esse alterou definitivamente o Princípio da Presunção de Inocência, previsto em algumas Constituições anteriores. Sendo que algumas delas faziam previsão de que para o cidadão ser levado preso deveria ser formado sua culpabilidade.

A arbitrariedade do Ato Institucional Número 05 foi tamanha que suspendia a previsão do Habeas Corpus, garantia essa prevista desde a Constituição de 1891. O artigo 10 tinha a seguinte redação: “Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes

políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.⁹ Após uma leitura do capítulo dos direitos e garantias da Constituição Federal de 1967, torna-se evidente que essas garantias existentes estavam somente no texto. Haja visto que qualquer ato ou conduta reprovada pelo poder militar da época poderia ser classificado como um dos tipificados no artigo 10 do Ato Institucional Número 05.

Como desenlace, a emenda Constitucional de 1969, de forma arbitrária, excluiu da apreciação do poder Judiciário todos os atos cometidos pelos militares. Desta forma, esta apresenta a gênese do autoritarismo nosso de cada dia.¹⁰

No dia 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Da República Federativa Do Brasil. Contrariamente as anteriores, e com a finalidade de conter o autoritarismo constante de outrora, essa elencou de forma expressa e pormenorizadas os direitos e garantias individuais. Em seu texto o Princípio da Presunção de Inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.¹¹ Sobre referido princípio, Bechara e Campos afirmam que:

Melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume ninguém inocente, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.¹²

A respeito da possível divergência em relação a Constituição Federal não ter recepcionado o princípio da inocência e sim o princípio da não culpabilidade, eminente discrepância é despidendo, uma vez que esses tratam do mesmo conteúdo semântico, conforme entendimento de Aury Lopes:

Não há diversidade de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. 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 isso é possível –, devendo ser

⁹ BRASIL. Presidência da República. **Ato Institucional Nº 5 de 1968**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/584057>>. Acesso em: 2 set. 2019

¹⁰ KHALED JR, Salah H. **Ordem e progresso** a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹¹ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2019.

¹² Fabio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos, **Princípios constitucionais do processo penal**: questões polemicas, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, janeiro. 2005- disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

reconhecida a equivalência de tais formulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual.¹³

Assim sendo, após uma interpretação conforme o texto Constitucional, o acusado ao cometer um ilícito penal, ou seja, um fato típico, ilícito e culpável, somente poderá ter sua culpabilidade formada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De todas as formas, deve-se dar ouvidos a advertência de Lenio Streck:

[...] nunca, para a teoria do processo ou mesmo para a história institucional, trânsito em julgado significará o mesmo que condenação em segundo grau. Isso porque condenação em segundo grau, sem trânsito em julgado, nunca será decisão definitiva.¹⁴

Por outro lado, atribuir conteúdo semântico oposto a esse no positivado de forma expressa e transparente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CRFB 88), requer um esforço hermenêutico inconcebível, em um Estado Democrático De Direito. Realizando esse, nos parece elementar o fato de que estaremos diante de uma retorica sofista.

IV. INTERPRETRAÇÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA REALIZADA PELO PLENO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL NOS HABEAS CORPUS 68.726/91 e 84.078/09

Após a previsão expressa do Princípio da Presunção de Inocência contido no texto constitucional, o pleno do Superior Tribunal Federal elaborou uma interpretação desse e sua aplicabilidade no julgamento do HC,68.726 DF (Rel. Min. Néri da Silveira).¹⁵

A ação autônoma de impugnação em tela foi impetrada pelo Advogado Fernando Eduardo Ayres De Motta, em favor de Marcos Antônio Da Fonseca Loureiro, esse condenado a uma pena de quatro anos de detenção, pelo cometimento dos ilícitos penais previsto nos artigos 121 e 129, ambos do ordenamento jurídico mencionado.

Nesse julgamento a Suprema Corte decidiu que a prisão decorrente de acordão, ou seja, órgão colegiado, não fere o Princípio da Presunção de Inocência. Para o Ministro relator

¹³ LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**: 5º.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 23.

¹⁴ Streck, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**: 1º. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. Pág. 104.

¹⁵ STF, HABEAS CORPUS EM HABEAS CORPUS HC 68726, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28-06-1991.PUBLIC 26-11-1992. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710016/habeas-corpus-hc-68726-df>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

da Suprema Corte, o princípio em questão não obsta a execução da prisão, mesmo que no caso concreto desse, ainda inconclusos de recursos Especial e Extraordinário, devido à ausência de efeito suspensivo. Segue a sua fundamentação, afirmando que o mencionado princípio melhor seria definido como princípio da não culpabilidade proibindo, desta forma, o acusado ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, jamais podendo ser utilizado para obstar a prisão provisória.

III.I. HABEAS CORPUS 84.078/09

No ano de 2009 o pleno da Suprema Corte mudou sua jurisprudência consolidada a respeito dessa temática. Com o julgamento do HC, 84.078 MG (Rel. Min. Eros Grau), o pleno do Superior Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da prisão após decisão proferida por acórdão. Como diz o Ministro Eros Grau:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade.¹⁶

Após uma análise do voto do Ministro Eros Graus, torna-se evidente a decisão conforme o texto constitucional, reconhecendo a hierarquia do texto em relação ao que dispõe o artigo 637 do Código De Processo Penal. Desta forma, para o Ministro, independe a ausência de efeito suspensivo dos recursos Especial e Extraordinário. A ausência desse efeito não justifica a permissão da execução provisória da pena. Tal ausência não esvazia o direito da ampla defesa consolidada na Constituição Federal. Por fim, deve-se esgotar as vias recursais para que assim o acusado tenha sua culpa formada, sobre a conduta ilícita a ele imputada.

Observa-se que na sua decisão o Ministro não faz diferenciação semântica entre o princípio da não culpabilidade e o Princípio da Presunção de Inocência, essa despidendo ao nosso entender, por se tratar do mesmo conteúdo hermenêutico, conforme afirmado anteriormente.

¹⁶ STF, HABEAS CORPUS EM HABEAS CORPUS HC 84.078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

V. JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292/16 REALIZADO PELO PLENO DA SUPREMA CORTE

No ano de 2016 a Suprema Corte Julgou o Habeas Corpus 126.292. Nesse o Superior Tribunal Federal analisou a possibilidade da restrição de liberdade do cidadão acusado após condenação proferida por órgão colegiado. Posterior ao julgamento dessa ação autônoma de impugnação, o Superior Tribunal Federal mudou seu entendimento consolidado desde o ano de 2009, conforme já relatado, e por maioria de seus membros passou a permitir a execução de pena privativa de liberdade depois de condenação em segundo grau.

IV.I. SÍNTESE DO CASO

Marcio Rodrigues Dantas (juntamente com outro acusado que não interessa ao foco do trabalho de pesquisa) foi acusado de praticar a conduta positivada no artigo 157, §2º, incisos I, II do Código Penal, fato ocorrido no dia 16 de setembro de 2010. Logo após, sobreveio a condenação de 5 anos e 4 meses em regime inicial fechado. Na fundamentação o Magistrado reconheceu na decisão o direito de o acusado recorrer da sentença em liberdade.

A defesa técnica, somente ela, representada pelas Advogadas Maria Cláudia de Seixas e Naira de Seixas Carneiro apelou da sentença junto ao Tribunal De Justiça do Estado De São Paulo. O Tribunal negou provimento ao recurso da defesa, e foi além, mandou expedir um mandato de prisão em desfavor do acusado. Nesse ponto, o Tribunal De Justiça nega provimento ao recurso da defesa, e, mesmo ausente recurso do órgão acusador, piora a situação do acusado, julgando além da matéria vinculado no recurso. Explico: no recurso em análise não estava em questão o direito de o acusado recorrer em liberdade, ausente o recurso do órgão acusador, o qual seria elementar para ventilar tal matéria no Tribunal De Justiça, ao nosso entendimento.

Seria isso uma das formas do contraproducente ativismo Judicial? Esse tão combatido por boa parte da doutrina, entre todos, Aury Lopes. Essa decisão seria o que Lenio Streck definiu como *decido conforme minha consciência*?¹⁷ Tal conduta não fere o princípio

¹⁷ ¹⁷ Streck, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?**: 6º. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2017. p. 116.

do *tantum devolutum quantum appellatum*? Da mesma forma o princípio do *non reformatio in pejus*? E o princípio da inércia judicial, iniciativa das partes, *ne procedat iudex ex officio*? E o que dizer sobre o expressamente previsto no artigo 617 do Código De Processo Penal? Confronto a princípios elementares ao Processo Penal é o que não falta, na afamada decisão. Todos os princípios e legislação mencionados substituídos pelo solipsismo judicial.

Sobre a ausência de recurso do órgão acusado, devemos nos atentar aos ensinamentos de Aury Lopes:

Por outro lado, está vedada a reforma para pior, ou seja, diante de um recurso da defesa, não pode o tribunal piorar a situação jurídica do imputado. Portanto, diante de um exclusivo recurso da defesa, o tribunal pode dar provimento no todo ou em parte, manter intacta a decisão de primeiro grau. Em nenhuma hipótese pode piorar a situação do réu (exceto, é óbvio, se também houver recurso do acusador).¹⁸

De todas as formas, deve-se dar ouvidos a advertência de Lenio Streck:

Essa resposta (decisão) não pode - sob pena de ferimento do “princípio democrático” - depender da consciência do juiz, do livre convencimento (motivado), da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador (ou do interprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidencia, igualmente para doutrina).¹⁹

Diante da celeuma posta, a defesa técnica atuante, como deve ser, impetrou junto ao Superior Tribunal De Justiça o Habeas Corpus 313.021/SP, com a finalidade de manter o direito de recorrer em liberdade do acusado.

De prontidão o Superior Tribunal não reconheceu a ação autônoma de impugnação. O presidente da corte, Ministro Francisco Falcão, indeferiu a liminar fundamentando essa decisão de que o entendimento da Corte é de não reconhecer Habeas Corpus impetrado, quando cabível no caso em análise recurso Especial, ou seja, alegou jurisprudência defensiva.

Novamente a defesa técnica recorre da decisão. Desta vez, impetra o Habeas Corpus 126.292, no Superior Tribunal Federal. Desta forma, chega o caso até a Corte Suprema.

Na Suprema Corte a Ação Autônoma de Impugnação teve como relator o Ministro Teori Zavascki, esse deferiu a liminar em decisão monocrática. Em 05 de fevereiro 2015

¹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Pág. 978.

¹⁹ Streck, Lenio Luiz. **O que é isso – descido conforme minha consciência?**: 6º. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2017. p. 116.

reconheceu a inexistência de recurso do Ministério Público e falta de fundamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo para expedir mandado de prisão contra o acusado, assim sendo, ausentes os pressupostos do artigo 312 do Código De Processo Penal.

VI. SÍNTESE DOS VOTOS FAVORAVEIS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO HABEAS CORPUS 126.292/16

Em fevereiro de 2016 o caso foi levado ao Superior Tribunal Federal para que o plenário discutisse e julgasse a liminar concedida, de forma monocrática, pelo Ministro (reator) Teori Zavascki. No julgamento em plenário o Ministro relator votou contrário à sua decisão monocrática, indeferindo o pedido da defesa. Acompanharam o voto do Ministro Relator os dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

V.I. Voto do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Relator, Teori Zavascki, votou favorável a execução provisória da pena. Dentre as fundamentações para permitir essa forma de execução, de acordo com o Ministro, o Princípio da Presunção de Inocência veda que o acusado tenha que fazer prova de sua inocência. Desta forma, o ônus da prova fica nas mãos da acusação.

O Ministro segue sua fundamentação invocando precedentes e súmulas da própria Corte, ambos anteriores a mudança de entendimento da Suprema Corte ocorrida em 2009. Para ele, na sentença de primeira instância o Princípio da Presunção de Inocência fica superado (no quesito permitir a execução da pena) por uma espécie de princípio de culpa. E se por ventura alguma prova não tenha sido analisada pelo Juiz *a quo*, essa poderá ser realizada pelo órgão colegiado.

Assim sendo, em uma condensada síntese do voto do Ministro Relator, esse faz uma contraposição do Princípio da Presunção de Inocência e a efetividade da função jurisdicional, uma espécie de direito subjetivo do acusado contraposto com o interesse público. Teori Zavascki menciona em seu voto o já revogado artigo 594 do Código De Processo Penal. Nele o acusado teria que ser recolhido à prisão como pressuposto de admissibilidade de seu

recurso. O Ministro relata, em seu voto, a ausência de efeito suspensivo dos recursos Especial e Extraordinário

Por fim, indeferindo o pedido da defesa e a impossibilidade de análise de questão de fato nestes recursos, juntamente com uma referência ao voto da então Ministra Ellen Gracie, a qual analisa os sistemas de interpretação e aplicação do Princípio da Presunção de Inocência em outros países no julgamento do Habeas Corpus 85.886/05, tal qual, um estudo sobre o tema realizado por, Luiza Cristina Fonseca Frisceisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman.

Nesses sistemas analisados é permitida a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Afirmando que diante de flagrante violação de direito o acusado pode utilizar-se do Habeas Corpus.

V.II. Voto do Ministro Edson Fachin

O ministro Edson Fachin exalta o poder de guardião da Constituição Federal realizado pelo Superior Tribunal Federal. Para o ele essa espécie de defesa da Constituição ocorre através da formulação de teses jurídicas elaboradas pela Corte Suprema em conferir segurança jurídica na aplicação de normas Constitucionais. Da mesma forma que o Superior Tribunal De Justiça deve atribuir segurança jurídica na aplicação das normas infraconstitucionais.

Defende o Ministro que a interpretação do previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser elaborada sem apego a literalidade, assim sendo, mencionado princípio não obtém caráter absoluto em sua aplicação.

Segue afirmando que o Princípio da Presunção de Inocência deve ser analisado juntamente com a aplicação de outros princípios constitucionais. Desta forma, evitando a criação de uma espécie de super-princípio, o que ofuscaria a aplicação e a eficácia de outros igualmente previstos.

Dentre os princípios constitucionais elencados por Edson Fachin, para serem conjugados com o Princípio da Presunção de Inocência, está o princípio da soberania dos veredictos do tribunal do Júri, art. 5º, XXXVIII, “c”. Juntamente com o da duração razoável do processo, art. 5º, LXXVIII. Ele finaliza seu voto afirmando que o Superior Tribunal De

Justiça, tal qual, O Superior Tribunal Federal, de acordo com a Constituição Federal (artigos 105 e 102) estão impossibilitados de analisarem matérias de fato, no mais acompanha o Relator indeferindo o pedido da defesa.

V.III. Voto do Ministro Roberto Barroso

O Ministro Roberto Barroso, por sua vez, afirma em seu voto que a execução da pena após condenação em segunda instância não ofende o Princípio da Presunção de Inocência. Para Barroso a Constituição Federal não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, o que é condicionado é a formação da culpabilidade ao trânsito em julgado.

Segundo o Ministro, o pressuposto para a prisão é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente e não sua irrecorribilidade. E o Princípio da Presunção de Inocência é um princípio e não uma regra, e como tal, deve ser ponderado em relação a outros princípios, no caso específico com o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

Barroso menciona em seu voto a existência de uma regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do poder judiciário. E que a mudança de entendimento impediria a infundável interposição de recursos com caráter protelatórios. Segundo ele, após o segundo grau já existe uma demonstração segura de responsabilidade penal do réu, tornando assim, mais igualitário o poder punitivo e quebrando o paradigma de impunidade.

Ainda justifica o Ministro Barroso que a seletividade do sistema penal se deve a possibilidade de réus abastados através de seus Advogados impetrarem sucessivos recursos. Caso que está em contrapartida para com a situação dos réus menos abastados, uma vez que esses não poderiam utilizar dessa espécie de procrastinação.

Barroso defende que ao interpretar o Princípio da Presunção de Inocência, através da mutação constitucional, para uma releitura do texto permitindo que o direito seja ético e justo e que o direito não exista de forma abstrata fora da realidade. Assim sendo, segundo o Ministro, o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário.

V.IV. Voto do Ministro Luiz Fux

Acompanhando os votos anteriores o Ministro Fux elenca em sua fundamentação a existência de uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade. Fazendo uma análise desde o recebimento da denúncia até a chegada do caso no Superior Tribunal Federal. Para o Ministro é impossível entender que após passar por esse trajeto o acusado ingresse como presumidamente inocente na Suprema Corte.

Por fim, para o Ministro, essa interpretação da presunção de inocência não corresponde com as expectativas da sociedade em relação a esse princípio, revogando-se assim a necessidade de trânsito em julgado, afirmando que quando uma interpretação constitucional não encontra ressonância social, a sociedade não aceita mais essa.

V.V. Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Mendes relata em seu voto a perplexidade de um correspondente estrangeiro com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser, se ele (acusado ou condenado) obtiver um Habeas Corpus, demore, ou talvez nem venham a ser presos na execução tendo em vista todas as delongas que o sistema permite.

Para o Ministro, realizar crimes reprováveis em todos os sentidos e ainda assim, o acusado permanecer solto é algo incompreensível. Incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico. Essa reprovabilidade está no número excessivo de recursos como instrumento de impediendo de trânsito em julgado, sua decorrência pode ser a prescrição, essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.

Gilmar Mendes analisa a evolução da aplicabilidade do princípio da não culpabilidade no transcorrer do procedimento. Reafirmando a ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários, depois de esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação a pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

V.VI. Voto da Ministra Cármen Lúcia

Ministra Carmen Lúcia afirma a importância da matéria, não só para a comunidade jurídica, mas também para toda a sociedade. Para ela, depois de exaurida a análise de provas, segundo grau, o princípio da presunção da não culpabilidade não impede o cumprimento da pena.

A Ministra cita em seu voto a súmula 279 da Corte Suprema que declara a impossibilidade de interpor recurso Extraordinário para reexame de prova. Em um aparte no voto do Ministro Gilmar Mendes, Cármen Lúcia afirma que, interpretando de outra forma o princípio em questão, a Justiça que tarda falha, mas a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada, criando uma situação social em que se aplica a lei, mas a ideia de justiça acabou. No mais, acompanha os votos anteriores indeferindo o pedido.

VII. SÍNTESE DOS VOTOS CONTRÁRIOS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO HABEAS CORPUS 126.292/16

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/16 realizado pela Suprema Corte, analisando a possibilidade de prisão após a condenação proferida por segundo grau de jurisdição, votaram pela impossibilidade a Ministra Rosa Weber que foi acompanhada pelos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski.

VI.I. Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber descreve a importância do Princípio da Presunção de Inocência e a segurança jurídica que esse possui quando a Suprema Corte analisa questões Constitucionais. Segundo a Ministra esse princípio é muito caro para a sociedade. Nessa situação a Ministra opta por manter a jurisprudência da Corte, mesmo reconhecendo que essa por óbvio pode ser alterada.

Em seu voto a Ministra reconhece a utilização de forma indevida e abusiva de recursos devido ao complexo sistema jurisdicional penal, mas reconhece que a solução não está adstrita na mudança da jurisprudência da Suprema Corte.

VI.II. Voto do Ministro Marco Aurélio

Para o Ministro Marco Aurélio deve-se respeitar o texto constitucional e a complexidade em que esse foi elaborado. Permitir uma mudança na jurisprudência da Corte a respeito do tema esvazia o modelo garantista da Constituição Federal. Essa veio para tratar de direitos sociais. Se continuar a ser interpretada como está sendo pela Suprema Corte, ele tem dúvidas se a Constituição Federal poderá continuar a ser lida como Carta Cidadã.

Marco Aurélio reconhece a morosidade da Justiça e do Estado em relação a questões criminais, mas afirma que em tempos de crise é que devem ser guardados os princípios e valores não gerando instabilidade.

O Ministro, enfatiza em seu voto a ausência de recurso no caso em análise por parte do órgão acusador, isso não obstou o Tribunal De Justiça permitir a execução provisória da pena, nem uma medida cautelar foi analisada, uma total incongruência.

Marco Aurélio mante-se fiel ao texto Constitucional, afirmando no texto que prevê o Princípio da Presunção de Inocência é claro que uma interpretação se faz desnecessária. Por fim, afirma que outro significado do texto Constitucional não existe, senão evitar que se execute a prisão invertendo a ordem natural das coisas.

VI.III. Voto do Ministro Celso De Mello

O Ministro Celso de Mello inicia seu voto elevando a importância que o Princípio da Presunção de Inocência representa como conquista histórica dos cidadãos, como forma de resistir ao poder opressor e punitivo do Estado, fazendo uma síntese do fator histórico desse com a finalidade de demonstrar a incompatibilidade de não aplicação do princípio em um Estado Democrático De Direito.

Desta forma, o Princípio da Presunção de Inocência é uma regra de tratamento, tal qual, regra de julgamento. Assim sendo, além do ônus da prova está inteiramente para quem acusa, nem mesmo a gravidade do crime torna-se capaz de alterar a interpretação ou relativização do Princípio da Presunção de Inocência.

Celso De Mello defende em seu voto a existência elementar em manter o texto e o respeito à Constituição com a finalidade de preservar a democracia e suas instituições, desta feita, o texto constitucional exige o trânsito em julgado de sentença para só assim considerar e

tratar alguém como culpado fosse. O fato de esta ser quase que única nesse quesito se comparada com outras não a torna algo anormal, simplesmente torna esta, mais intensa no âmbito de proteção.

O Ministro afirma que o Princípio da Presunção de Inocência não se esvazia progressivamente conforme passa os graus de jurisdição, e qualquer que seja o fundamento, com a finalidade de relativizar sua aplicabilidade, sendo esse legal ou constitucional, em ambos os casos haverá violação de texto.

VI.IV. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O então presidente da Suprema Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, manteve sua posição tomada no julgamento do Habeas Corpus 84.078/09, reconhecendo a literalidade do Princípio da Presunção de Inocência, não conseguindo ultrapassar a taxatividade desse princípio constitucional.

O Ministro demonstra a hierarquia do princípio em questão ao lembrar-se do voto do então Ministro Eros Grau, proferido no julgamento do Habeas Corpus 84.078/09. No qual afirmou que nem mesmo sob os argumentos de que ninguém mais vai ser preso e que os Tribunais Superiores vão ser inundados de recursos podem ser invocados para ultrapassar esse princípio.

No transcorrer de seu voto o Ministro Lewandowski equiparou a incongruência existente em nossa legislação penal, na discrepância entre a proteção exacerbada da propriedade, em contrapartida com a proteção elencada nos crimes contra a vida. Por fim, aborda as prováveis consequências carcerárias que pode decorrer desta nova jurisprudência da Suprema Corte.

VIII. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE, 43 e 44

No ano de 2016 o tema da execução de prisão após condenação em segunda instância voltou a ser ventilado na Suprema Corte. Desta vez através das Ações Declaratórias De Constitucionalidade 43 e 44. A primeira oposta pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), tendo dentre os advogados Antônio Carlos De Almeida Castro. A segunda foi oposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), teve dentre os advogados Lenio Luiz Streck.

As Ações Declaratórias De Constitucionalidade exigiam o posicionamento da Corte Suprema sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código De Processo Penal, pedido de mérito, e se este dispositivo obstava a execução desta modalidade de prisão, pedido liminar, tal dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.²⁰

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/16 o Supremo Tribunal Federal não julgou a (in)constitucionalidade desse dispositivo, tal qual, uma possível vedação a essa modalidade de prisão nele existente. Diante da inércia da Corte Suprema, foram opostas as Ações Declaratórias De Constitucionalidade com a finalidade de solucionar essa celeuma.

Uma das finalidades das Ações Declaratórias De Constitucionalidade foi fixar segurança jurídica nas decisões dos Tribunais, haja visto que, no caso do Habeas Corpus 126.292/16, a decisão ficou adstrita ao caso específico, ou seja, com validade jurídica somente no caso em análise *intra partes*. Sendo julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, o caso passa a ter repercussão geral, assim sendo, o efeito prático jurídico passa a ser para todos *erga omnes*.

Desta forma, diante da relevante controvérsia judicial existente, fez-se necessário o ajuizamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, levando essa celeuma judicial, não doutrinaria, até a Suprema Corte.

²⁰ BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

VII.I. SÍNTESE DOS VOTOS FAVORÁVEIS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO JULGAMENTO DAS (ADCs 43 e 44)

Em 05 de outubro de 2016 a Suprema Corte, através do pleno, julgou as referidas ações. Os Ministros por maioria 6 a 5, decidiram que o dispositivo 283 do Código de Processo Penal não impede essa modalidade de prisão. Quanto a (in) constitucionalidade do dispositivo, ficou para julgamento posterior. Após essa votação, de forma “indireta” a Suprema Corte afirma, novamente, agora com efeito *erga omnes* que a prisão após condenação em segunda instância não está eivada de inconstitucionalidade e o referido artigo não impede sua execução.

O Ministro Teori Zavascki, que foi relator do afamado Habeas Corpus 126.292/16, manteve sua posição no julgamento parcial das ADC’s 43 e 44. Acompanharam seu voto os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e, a então presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia.

VII.I.I. Voto do Ministro Teori Zavascki

Mantendo posição definida no julgamento do Habeas Corpus 126.292/16, o Ministro Zavascki afirma que Princípio da Presunção de Inocência é dinâmico e deve ser reavaliado a cada fase do processo. Novamente ele argumenta a inexistência de efeito suspensivo nos recursos Especial e Extraordinário, juntamente com a impossibilidade de examinar provas nessa fase recursal.

O Ministro refuta qualquer contradição existente entre a interpretação do Princípio da Presunção de Inocência, feita por ele, e o positivado no artigo 283 do Código de Processo Penal, de acordo com o Ministro, este dispositivo não impede a execução da pena após condenação por órgão colegiado. Ele reconhece que o Habeas Corpus não deve ser utilizado de forma *per saltum*. Mesmo assim, é inevitável seu reconhecimento pelos Tribunais diante de condenações, prisões ilegais.

VII.I.II. Voto Do Ministro Edson Fachin

Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do ministro Teori, desta feita, manteve sua posição conforme julgamento do Habeas Corpus 126.292/16. Para o Ministro Fachin, o direito penal foi elencado como uma forma de proteger os bens jurídicos e que viver em uma sociedade livre de qualquer tipo de violência é uma utopia.

De acordo com o Ministro existe outras formas de prisão além das elencadas no artigo 283 do Código De Processo Penal e segundo o Ministro tal dispositivo não impede a execução da pena, afirma que interpreta o Princípio da Presunção de inocência desta forma, não contradiz referido artigo.

Edson Fachin defende uma espécie de progressividade do Princípio da Presunção de Inocência. Segundo o Ministro, o princípio deve ceder um pouco após condenação proferida por Juiz monocrático, dentro do processo legal, e com posterior confirmação da condena por órgão colegiado.

VII.I.III.Voto Do Ministro Roberto Barroso

Ministro Barroso decidiu em manter sua posição a respeito do caso conforme fez no julgamento do Habeas Corpus 126.292/16. Para o Ministro interpretar e vincular a execução da pena ao trânsito em julgado não funciona, e não tem funcionado no Brasil. O fato do réu iniciar o cumprimento da pena somente após julgamento de recurso Extraordinário enfraquece a tutela dos bens jurídicos e consequentemente a própria confiança da sociedade na justiça criminal.

Para fundamenta sua crítica o Ministro ilustra seu voto com casos de repercussão, dentre eles o caso do jornalista Pimenta Neves e do ex-jogador Edmundo. Segundo o Ministro, o sistema aplicado de 2009 até 2016, referindo a mudança na jurisprudência da Suprema Corte, não era justo, e estimulava o retorno da vingança privada.

O Ministro afirma que não existiu omissão no julgamento do Habeas Corpus 126.292/16 em relação ao disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal e que os direito e garantias não são absolutos. Assim sendo, para o Ministro, existe uma compatibilidade com o positivado no referido artigo e a execução da pena após condenação em segundo grau, juntamente com a exigência constitucional em efetivar a credibilidade na

justiça criminal. Por fim, Barroso afirma que o sistema que o Brasil tinha, antes da mudança da jurisprudência, não era garantista, mas era uma grosseria que transmitia a impressão de que o crime compensava.

VII.I.IV. Voto Do Ministro Luiz Fux

O Ministro Fux inicia seu voto com a afirmação de que o Processo Penal não cumpre com seu objetivo. Para ele esse objetivo seria o de infligi a sanção ao acusado denunciado. Desta forma as condenações no Brasil são postergadas por recursos aventureiros.

Luiz Fux afirma que em nenhum país do mundo existe a previsão de trânsito em julgado para início de cumprimento de pena. Para o Ministro é incompreensível o réu que tem contra si uma denúncia, e que após os procedimentos processuais, esse entre na Corte Suprema como inocente.

Fux afirma que no texto do artigo 283 do Código de Processo Penal não existe nenhuma menção ao Princípio da Presunção de Inocência, assim, este não veda a execução da prisão após condenação em segunda instância. E que existe uma dupla definição desse, para uns é uma regra, para outros se trata de um princípio. Diante dos fatos o Ministro manteve seu posicionamento quando julgou o Habeas Corpus 126.292/16.

VII.I.V. Voto Do Ministro Gilmar Mendes

Para o Ministro Gilmar Mendes não existe um país do mundo que exija o trânsito em julgado para permitir a execução da pena. E, existindo, ilegalidade pode deferir o Habeas Corpus com pedido de liminar uma vez que após o pedido chegar até as cortes superiores não estão discutindo mais matéria de fato, e sim de direito.

De acordo com Gilmar Mendes o que o Princípio da Presunção de Inocência proíbe não é a execução da pena após condenação em segunda instância. A vedação desse princípio está em atribuir o ônus probatório nas mãos da acusação. No mais Gilmar Mendes acompanhou o voto de Edson Fachin.

VII.I.VI. Voto Da Ministra Cármen Lúcia

Com a votação empatada em 5 a 5, a então presidente da Corte Suprema proferiu seu voto de *minerva*. Cármen Lúcia afirma que o Princípio da Presunção de Inocência não pode ser interpretado de maneira isolada. Mas esse deve ser interpretado em harmonia com outros princípios, inclusive princípios que se refere a prisão.

Para a Ministra, após ser examinada as provas dos autos em dois graus de jurisdição, a posterior execução da pena não é um arbítrio. Por fim, a Ministra, contrapõe o Princípio da Presunção de Inocência em relação ao princípio da duração razoável do processo e das garantias institucionais necessária para manter a confiabilidade nas instituições democráticas. Nos mais, acompanha o voto dos Ministros anteriores, afirmando que o dispositivo do artigo 283 do Código de Processo Penal não impede a execução desta modalidade de prisão.

VII.II. SÍNTESE DOS VOTOS CONTRARIOS A EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU NO JULGAMENTO DAS ADC's 43 e 44

No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que pediam para a Suprema Corte julgar (in) constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e a possível existência, neste dispositivo, de um provável impedimento a execução da prisão decorrente de condenação em segunda instância votaram contra essa modalidade de prisão os Ministros Marcos Aurélio (relator), Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli (que votou de maneira diversa em relação ao julgamento do Habeas Corpus 126.292/16).

VII.II.I. Voto Do Ministro Marcos Aurélio

Para o Ministro (relator) a culpa formada é pressuposto da reprimenda estatal e o dispositivo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não abre campo para controvérsias semânticas, não existindo dúvida quanto a literalidade do Princípio da Presunção de Inocência, tendo como excepcionalidade a custódia do sistema penal. A exceção prevista, para o Ministro, é a existência, no caso em análise, dos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Marcos Aurélio afirma que o artigo 283 do Código de Processo Penal somente reproduz o elencado no texto constitucional, ao vincular a execução da pena ao trânsito em julgado e que argumentos metajurídicos não seduz o Ministro ao ponto de fazer uma transposição do texto constitucional. Reconhecendo assim a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, juntamente com o impedimento a essa modalidade de prisão inerente ao referido artigo, mantendo a mesma posição ao julgar o Habeas Corpus 126.292/16.

VII.II.II. Voto Do Ministro Celso de Mello

O decano da Suprema Corte, Celso de Mello, inicia seu voto levantando uma questão fundamental após o julgamento do Habeas Corpus 126.292/16. Ele questiona os demais sobre quantos princípios, liberdades e valores essenciais, previstos na Constituição, ainda serão sacrificados para justificar a mudança de jurisprudência. Para o Ministro dados meramente estatísticos não podem justificar essa transgressão.

Segundo Celso De Mello a solução para resolver a questão de recursos protelatórios existentes no Processo Penal, não passa por limitar a aplicação do princípio da presunção da inocência, esta, passa pelo Poder Legislativo.

O Ministro reafirma em seu voto o dever da Suprema Corte em manter a consolidação e o aperfeiçoamento da ordem democrática. E que nem mesmo o autoritarismo estatal pode transgredir a majestade do texto constitucional.

VII.II.III. Voto Do Ministro Ricardo Lewandowski

Lewandowski manteve sua posição em prestigiar o Princípio da Presunção de Inocência, a mesma de quando foi julgado o Habeas Corpus 126.292/16. Ao transcrever parte do voto do Ministro Eros Grau no Habeas Corpus 84.078/09, em que então Ministro, afirma que nem mesmo as afirmações de que “ninguém mais vai ser preso” e de que “os Tribunais Superiores vão ser inundados de recursos” não são fundamentos suficientes para transpor princípio, se fundamenta Lewandowski.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma que não existe possibilidade de transpassar a taxatividade do texto constitucional que faz previsão do Princípio da Presunção de Inocência

que diz que essa permanece até o trânsito em julgado. Reconhece a vedação a essa modalidade de prisão no texto legal.

VII.II.IV. Voto Da Ministra Rosa Weber

A Ministra manteve seu posicionamento conforme o do julgamento do Habeas Corpus 126.292/16. Afirmou ainda que não existe no texto constitucional, que faz previsão ao Princípio da Presunção de Inocência, margem para interpretação, quando esse relaciona a presunção de inocência ao trânsito em julgado.

De acordo com a Ministra o previsto no artigo 283 do Código de Processo Penal reflete o mesmo do texto constitucional. Ou seja, impossibilita a formação de culpabilidade do acusado antes do trânsito em julgado.

VII.II.VI. Voto Do Ministro Dias Toffoli

Podemos dizer que o voto do Ministro Dias Toffoli foi o mais singular. Após fazer uma trajetória da Suprema Corte relacionada a aplicabilidade e interpretação do Princípio da Presunção de Inocência, sendo que para isso elenca o julgamento dos Habeas Corpus que foram causa desta interpretação do princípio em análise. Dias Toffoli em seu voto, afirma que a presunção de inocência deve prevalecer até o julgamento de recurso Especial realizado pelo Superior Tribunal De Justiça. Desta forma, o Ministro deferiu o pedido das Ações Declaratórias De Constitucionalidade em parte, propondo uma nova jurisprudência e interpretação.

De acordo com Dias Toffoli a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal é inquestionável. Essa redação atual foi elaborada após o julgamento do Habeas Corpus 84.078/09, proibindo a formação de culpa antes do trânsito em julgado.

IX. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS SOBRE OS (IN) PROVÁVEIS REFLEXOS CARCERÁRIOS COM A NOVA POSIÇÃO DA CORTE SUPREMA

Com a possível nova jurisprudência formada pela Corte Suprema permitindo a execução da prisão após condenação proferida por órgão colegiado (segunda instância), resolvemos elaborar uma compacta síntese dos argumentos sobre os (in)prováveis reflexos carcerários relacionados à mencionada mudança.

O Brasil conta com uma população carcerária superior a 750 mil presos, isso, levando em conta os presos que cumprem suas penas em regime aberto. Contabilizando somente os que cumprem suas penas em regime fechado, em penitenciárias, chegamos ao número de 704,4 mil presos. Desses 252,5 mil (35,9 %) são presos provisórios, dessa forma, não foram sequer julgados em primeira instância em alguns casos.

Ao analisarmos o déficit de vagas, de acordo com números divulgados pelo site G1,²¹ o déficit chega a 288.4 mil vagas. O que equivale a 69,3 % a mais que a capacidade. Assim sendo, o Brasil conta com 415.9 mil vagas e encarcera 704,4 mil.

Após o novo entendimento da Corte Suprema em relação a possibilidade de executar a prisão após condenação em segunda instância, surge quem afirma que não será relevante o número de presos levados as cadeias brasileiras em decorrência dessa. Existe também aqueles que afirmam de maneira diversa, ou seja, esse novo entendimento poderá agravar ainda mais a situação das cadeias brasileiras.

Aqueles que compactuam com a execução da pena em segunda instância, em regra, sustentam sua argumentação afirmando que o impacto carcerário não tem relevância se comparado com a sensação de impunidade ao ver autores de crimes soltos anos após o cometimento de crimes à espera do trânsito em julgado.

Quando a relação é específica a situação carcerária do Brasil, afirmam que o Estado e o poder Judiciário já estão tomando as devidas providências. Dentre elas o disposto na súmula vinculante 54 com a seguinte redação:

²¹ Velasco, Clara, Reis Thiago, Carvalho Bárbara, Leite, Carolline, Prado, Gabriel e Ramalho, Guilherme, G1 e GloboNews. **Superlotação Aumenta E Número De Presos Provisórios Volta A Crescer No Brasil**. Publicado em: 26/04/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.²²

Desta forma, existe uma liberdade para o Magistrado, analisando o caso, ao se deparar com o déficit carcerário poderá aplicar outra medida, qual seja, prisão domiciliar ou tornozeleira eletrônica.

Nesse sentido é o voto do Ministro Roberto Barroso no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, afirmando que:

[...]cabe também fazer uma ressalva em relação à apontada incompatibilidade entre o cumprimento da pena após a decisão em segundo instância e o reconhecimento, pelo STF, de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. No julgamento da ADPF 347 MC (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.09.2015), em que se deferiu em parte os pedidos de medida cautelar formulados, não se cogitou de impedir novas prisões, mas apenas se apontou a necessidade de implementar medidas capazes de sanar a violação massiva e persistente de direitos fundamentais dos detentos [...].²³

Outra base de fundamentação fica a cargo de que a quantidade de modificação de condenação em recurso Especial e Extraordinário é ínfima, tornando esses meramente protelatórios.

Já em relação aos que coadunam com a afirmativa de que após permitir a execução da prisão, após condenação em segunda instância, aumentará a população carcerária, transformando-a em algo caótico, fundamenta sua posição, em regra, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), nessa a Corte Suprema reconheceu o estado de coisa institucional (grave agressão a direitos fundamentais) das cadeias brasileiras.

No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/15 o Ministro Marcos Aurélio (relator) afirma que:

[...] A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica

²² BRASIL. Presidência da República. **Sumula Vinculante 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

²³ STF, AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE; ADC 43, 44, Relator (a): Min. Marcos Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05-10-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 2 abr. 2019.

correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia [...].²⁴

No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que:

[...] naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. [...].²⁵

Por fim, os que afirmam que aumentar a população carcerária trazem para sua base argumentativa a posição do Superior Tribunal Federal, após julgamento do Recurso Extraordinário 592.581/RS. No julgamento desse recurso a Corte Suprema sedimenta o entendimento de que o Estado deve indenizar presos encarcerados em presídios superlotados ou em má condição de saúde e higiene, juntamente com o número de presos após o julgamento do Habeas Corpus 126.292/16, após esse julgamento cerca de 3600 pessoas foram presas de forma imediata.

²⁴STF, AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL; ADPF 347, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27-08-2015. Disponível em: <https://andrecastro94.jusbrasil.com.br/artigos/497194475/a-adpf-347-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional?ref=serp>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

²⁵ STF, AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE; ADC 43, 44, Relator (a): Min. Marcos Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05-10-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

X. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o abordado, na tese, buscou-se compreender a dimensão e aplicabilidade do Princípio da Presunção de Inocência. Esse inerente a dignidade da pessoa humana, princípio caro para humanidade, decorrente de lutas e resistência ao punitivismo e a opressão estatal, enxergados com normalidade noutrora.

Referido princípio passou e sobreviveu a várias fases, tento como surgimento o Direito Romano *in dubio pro reo*, mantem-se existente no tribunal do Santo Ofício. Assim como em regimes autoritários nazifascistas (sempre relativizado, em busca da confissão ou da submissão) até chegar a sua evolução posta no artigo 5º inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 (CRFB 88), com reflexos no artigo 283 do Código De Processo Penal.

Com o julgamento do Habeas Corpus 126.292/16, e posterior julgamento das Ações Declaratórias De Constitucionalidade 43 e 44, ambos realizados pelo pleno da Corte Suprema, a maioria dos Ministros decidiram que o Princípio da Presunção de Inocência contido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, tal qual, o artigo 283 do Código de Processo Penal não impedem a execução da prisão após condenação em segunda instância. Com esse posicionamento criou-se uma nova modalidade de prisão. Essa através de julgamentos eivados de moralidades em decisões consequencialistas, ao custo de relativizar o Princípio da Presunção de Inocência.

No decorrer da pesquisa analisamos, em uma compacta síntese, os votos favoráveis e contrários a execução da prisão após a condenação em segunda instância. Torna-se evidente nos votos favoráveis a execução uma espécie de subjetivismo nos Ministros ao fundamentarem sua posição em argumentos tais como “a voz das ruas” (seria, agora, o Poder Judiciário um órgão plebiscitário?) Não seria o Poder Legislativo com sua representatividade quem deve ouvir essa afamada voz?

Argumentos como “manter a credibilidade do judiciário com a sociedade”, (O poder judiciário não está posto na Constituição Federal para agir de forma contramajoritária respeitando o texto constitucional?). Alguns Ministros ainda argumentaram que a motivação era “acabar com a sensação de impunidade” (acreditamos que para acabar com a sensação de impunidades existem os órgãos relacionados no artigo 144 da Constituição Federal). E o que dizer sobre o “Princípio” da colegialidade? (utilizado em posterior julgamento em tema

análogo, afinal, o que é isso, colegialidade? Seria descido conforme minha consciência?).²⁶ Argumentos eivados de solipsismo. Como definiria Lenio Streck.²⁷

O Ministro Edson Fachin para fundamentar o afastamento do dispositivo do artigo 283 do Código de Processo Penal faz utilização do Código de Processo Civil. Isso no mínimo deveria causar certo desconforto para a comunidade jurídica. Explico: Diante de uma possível antinomia aplica-se o Código de Processo Civil? Esse, no caso em análise, não seria a regra geral? No caso em tela, não seria correto aplicar as regras do Código de Processo Penal (artigo 283) devido ser diante da antinomia, no caso em análise, uma regra específica? Princípio da especialidade! Ou não? O que dizer da falácia da separação da questão de fato e questão de direito?

Evidente que no julgamento, em sede de pedido liminar, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ao reconhecer que o dispositivo do artigo 283 do Código De Processo Penal não impede a execução da penal após condenação por órgão colegiado, assim sendo, a Corte Suprema respalda, novamente, essa incongruência processual. E com o posterior julgamento (questão pendente) para analisar a constitucionalidade do artigo em tela, sendo reconhecido está (constitucionalidade) estará vedado de forma indireta essa modalidade de prisão. Sendo que, após o julgamento do Habeas Corpus 84.078/09, que proibiu a execução de prisão após condenação em segunda instância o Congresso Nacional legisla a questão. Explico: Em 2009, o pleno do Superior Tribunal Federal proíbe a execução de prisão nessa modalidade, logo após, o Congresso Nacional acrescenta ao Código de Processo Penal o artigo 283, através da Lei nº 12.403 de 2011. Ou seja, o Poder Legislativo sedimenta a questão no texto Processual Penal.

Não estamos, através deste trabalho de pesquisa, objetivando uma verdade acabada em sim. Menos ainda, afirmando que a solução seria uma espécie de abolicionismo penal e carcerário. Fato é que não podemos utilizar de uma espécie de hermenêutica inexistente para afirmarmos qualquer coisa, sobre qualquer coisa. Quando o texto constitucional afirma trânsito em julgado, não existe espaço para elaborar outro conteúdo semântico nesta afirmação. Além desta, resta a retórica sofista.

²⁶ Streck, Lenio Luiz. **O que é isso – descido conforme minha consciência?**: 6º. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2017

²⁷ Streck, Lenio Luiz. **O que é isso – descido conforme minha consciência?**: 6º. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2017.

O Processo Penal elenca um rol de prisões permitidas, dentre elas: prisão em flagrante, artigo 302 e incisos; prisão preventiva, artigo 312 e incisos. Existe modalidade de prisão em lei especial, prisão temporária lei nº 7.960/89. O próprio texto constitucional permite a prisão, artigo 5º inciso LXI.

Notório que é possível a prisão antes do trânsito em julgado, desde que presente os requisitos das cautelares. Desta forma, em uma democracia, processo é condição de possibilidade, assim sendo, não existe pena sem processo, tal qual, sem respeito a regras impostas.

Como conciliar a permissão de executar a pena privativa de liberdade, após condenação proferida por órgão colegiado, com o impedimento de executar a pena restritiva de direitos antes de sentença transitada em julgado? Estranho? Sim. Mas, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, admite essa incongruência.

Em um Estado Democrático de Direito não podemos compactuar com esses discursos e julgamentos que tem por finalidade legitimar o poder punitivo do Estado. Resta evidente que a Constituição Federal, tal qual, o Processo Penal e o Direito Penal (através da corrente garantista), em um Estado Democrático, são sinônimos de proteção e liberdade individual.

O que dizer sobre a corrente garantista do Direito Penal representada por Luigi Ferrajoli. Para o jusfilósofo italiano existem garantias referentes ao delito, a pena, e ao processo, que devem ser respeitadas. Transformando, desta forma, o Direito Penal em *ultima ratio*, literalmente. Ou seja, o Direito Penal e Processo Penal, através dos dez axiomas de Ferrajoli, é condição de possibilidade e a última alternativa estatal de intervenção na vida dos seus cidadãos.

Elementar que a Constituição Federal de 1988 (CRFB 88) elenca um rol de direitos e garantias individuais. Não podemos confundir Garantismo Constitucional, Penal e Processual Penal, com impunidade. O texto constitucional é garantista devido todo contexto que antecedeu e envolveu sua promulgação. É sabido, também, principalmente pelos “operadores” do direito, que as leis infraconstitucionais, Código Penal e Processo Penal, devem obediência hierárquica ao texto constitucional.

Dito isto, sigo. Parte da comunidade “jurídica” afirma que temos direitos demais na Constituição Federal de 1988. Será que eles querem/queriam uma Constituição com direitos

de menos? Quem sabe a Constituição de 1967 com a emenda de 1969, juntamente com o ato institucional nº 5/1968. Será/seria uma espécie de Olimpo para os “operadores” do direito, melhor que a Constituição de Weimar, para eles! Ou, talvez os “operadores” do direito fiquem satisfeitos com uma Constituição que tenha um texto bem sucinto em relação a direitos e garantias fundamentais?

Passamos dos hereges para o homem delinquente. Agora, estamos seguindo para um novo maniqueísmo processual, qual seja, a eterna luta dos homens bons contra os homens maus, injustificada no âmbito processual. Uma espécie de heróis nacionais contra a bandidolatria. Isso tudo, a base de relativizar/desrespeitar um princípio elementar e inerente a dignidade da pessoa humana. Uma verdadeira cruzada judicial. Por óbvio, em um Estado Democrático de Direito, não tem amparo no texto legal e constitucional.

Podemos punir em um Estado Democrático de Direito? Sim. Mas, não para atender os desejos pessoais através de julgamentos consequencialistas ou decisões utilitaristas. Podemos punir? Sim. Punir garantindo e garantir punindo. Ou seja, respeitando as normas-princípios legais e constitucionais.

XI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigo 9º da **Declaração Universal do Homem e do Cidadão**.

BRASIL. Presidência da República. **Ato Institucional Nº 5 de 1968**. Brasília, DF, 2019.
Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/584057>>. Acesso em: 2 set. 2019

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 2019.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em:
10 set. 2019

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2019. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:
3 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Imperio Do Brazil de 1824**. Brasília, DF, 2019. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Sumula Vinculante 54**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do juiz no processo penal**. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda, crítica a teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Jus Brasil. 2015. Disponível em: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-oisas-inconstitucional>>; Acesso em 8 set 2019.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:
<https://docplayer.com.br/18893018-Declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>.
Acesso em: 26 ago. 2019.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/tofolli-preciso-desidratar-constituicao-destravar-economia>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

EYMERICO. Nicolau. **Manual da Inquisição**. 1º ed. 8º triagem. Curitiba: Juruá. 2009.

Fabio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos, **Princípios constitucionais do processo penal**: questões polêmicas, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, janeiro. 2005. Disponível em: < www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.>. Acesso em: 10 abr. 2019.

KHALED JR, Salah H. **Ordem e progresso** a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Pág. 95.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**: 5º.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24 ed. ver. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

STF, **AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**; ADPF 347, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27-08- 2015. Disponível em: <https://andrecastro94.jusbrasil.com.br/artigos/497194475/a-adpf-347-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional?ref=serp>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

STF, **AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE**; ADC 43, 44. Relator (a): Min. Marcos Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05-10-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 2 abr. 2019.

STF, **HABEAS CORPUS EM HABEAS CORPUS HC 68726**. Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28-06-1991.PUBLIC 26-11-1992. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710016/habeas-corpus-hc-68726-df>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STF, **HABEAS CORPUS EM HABEAS CORPUS HC 84.078**. Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

STF, **HABEAS CORPUS EM HABEAS CORPUS; HC 126292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016) . Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Streck, Lenio Luiz. **O que é isso – descido conforme minha consciência?**: 6°. ed. rev. e atual. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2017.

Streck, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**: 1°. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

Velasco, Clara, Reis Thiago, Carvalho Bárbara, Leite, Carolline, Prado, Gabriel e Ramalho, Guilherme, G1 e GloboNews. **Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil**. Publicado em: 26/04/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 22 abr. 2019.