

## **A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Phelip Jonathas de Oliveira Moreira<sup>1</sup>

Fernanda Martins Albuquerque Soares<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo trata da possibilidade da execução da pena após a condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da ação penal, tendo em vista que o princípio constitucional da presunção de inocência, estampado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, em sua interpretação literal, veda a declaração de culpa a qualquer cidadão, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para tanto, utilizar-se-á o método de pesquisa bibliográfica em doutrinas e trabalhos científicos, bem como o estudo da própria legislação. Sobretudo, trata do posicionamento do Supremo Tribunal Federal ante ao assunto, trazendo os principais argumentos dos Ministros da egrégia corte em seus votos nas duas últimas mudanças de posicionamento que ocorreram nos anos de 2016 e 2019.

**PALAVRAS-CHAVE:** Presunção de inocência. Prisão. Segunda instância. Garantia constitucional. Processo penal.

### **1 INTRODUÇÃO**

O princípio da presunção de inocência, ou da presunção de não culpabilidade, como é chamado por alguns doutrinadores, está expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, qual seja: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Desta feita, trata-se de um princípio constitucional, assim, qualquer legislação em vigência no Brasil deve estar em consonância com seu texto, para que não seja, possivelmente, declarada inconstitucional.

Moraes (2016, p. 201) sustenta que, por visar a tutela da liberdade pessoal, o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito, como garantia processual penal. Segundo Lima (2017, p. 44), deste princípio derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, que incumbe ao acusador a ação de evidenciar a

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo Centro Universitário Alfredo Nasser, em 2020/2. E-mail: phelipjonathas@hotmail.com

<sup>2</sup> Professora do Curso de Direito da Faculdade Alfredo Nasser e orientadora do presente trabalho.

culpabilidade do acusado, e a regra de tratamento, que garante que ninguém pode ser considerado culpado senão em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Utilizando uma interpretação meramente literal do texto constitucional, resta claro uma incompatibilidade da prisão após condenação em segunda instância e a norma constitucional. Ocorre que desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o posicionamento da Suprema Corte era de que o princípio constitucional da presunção de inocência não impedia a execução da pena após a sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, porém, em 2009, o entendimento foi alterado em favor de uma leitura literal do art. 5º, LVII. Segundo o Ministro Barroso, passaram “a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus”. (BRASIL, STF, 2016, p. 30).

Em 2016, alterou-se novamente o entendimento da Suprema Corte, compreendendo ser constitucional o cumprimento da pena após a condenação no segundo grau de jurisdição. Por fim, em novembro de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal esteve sob a vista de milhões de brasileiros que acompanhavam o posicionamento da Suprema Corte acerca da manutenção ou mudança de entendimento sobre a possibilidade de execução da prisão após condenação em segunda instância. Tal popularidade do julgamento se deu por conta do réu ser o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, que estava cumprindo pena desde sua condenação pelo TRF-4 por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Neste julgamento, firmou-se o atual entendimento da egrégia Corte, compreendendo ser inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Fato é, que a justiça brasileira enfrenta dificuldades no que tange à celeridade processual, ofendendo também o constitucional direito de razoável duração do processo, se mostrando muitas vezes ineficaz na aplicação do direito de punir, principalmente quando o réu, por seu grande poder financeiro, pode, através de seus advogados, adentrando com todos os possíveis recursos, postergar o trânsito em julgado de ação penal, gerando, na maioria da população, a sensação de impunidade dentro do sistema jurídico brasileiro.

Nesta perspectiva e observando a dualidade de posicionamentos e argumentos técnicos e jurídicos acerca do assunto, será feita uma análise de alguns votos que venceram nas duas últimas mudanças de posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema deste artigo, bem como os principais argumentos utilizados nos votos favoráveis e contra o dilema em questão.

## 2 METODOLOGIA

Utilizou-se de pesquisas bibliográficas em doutrinas e trabalhos científicos com o intuito de analisar o posicionamento de diversos juristas e aplicadores do direito sobre a execução da prisão antes do trânsito em julgado da ação penal, além da análise da legislação em vigor no Brasil junto com o dispositivo constitucional que prevê a presunção de não culpabilidade. Ademais, foram explanadas decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a Suprema Corte é responsável pela interpretação guarda da Carta Magna no sistema jurídico brasileiro.

## 3 DISCUSSÕES

### 3.1 HC 126.292 e a possibilidade da execução da pena após condenação em segunda instância

No ano de 2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292 de São Paulo, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki, o plenário da Suprema Corte decidiu que “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL, STF, 2016, p. 1).

Um dos argumentos do relator, Ministro Teori Zavascki, é o de que a análise feita tanto pelo Supremo Tribunal Federal, como pelo Superior Tribunal de Justiça, é estrito à matéria de direito. Desta feita, como os tribunais superiores não reexaminarão as provas que já foram debatidas nos dois primeiros graus de jurisdição sob a égide do contraditório e da ampla defesa, resta claro a culpabilidade do agente.

Ademais, o relator ainda cita o Ministro Gilmar Mendes: “a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado” (2015 *apud* BRASIL, STF 2016, p. 11). Desta feita, garante que não seja imputada uma culpa ao réu precipitadamente, porém, deve ser imputado ao acusado a sua culpa progressivamente, na medida em que esta é comprovada.

O Ministro Luís Roberto Barroso argumenta da mutação constitucional, mecanismo este que, mesmo sem nenhuma alteração no texto constitucional, permite a mudança no

sentido e alcance das normas da Constituição, decorrente de uma “mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético e justo” (BRASIL, STF, 2016, p. 31).

No que concerne aos efeitos pragmáticos do entendimento da impossibilidade de cumprimento da prisão após condenação em segunda instância, o Ministro Barroso cita três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal, sendo o primeiro, o incentivo à interposição de recursos protelatórios, gastando tempo e recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça. Nesta perspectiva, cita o ilustre ministro que, no mundo real - termo por ele utilizado - o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório.

Em segundo lugar, tal entendimento reforça a seletividade do sistema penal, sendo que a possibilidade de recorrer em liberdade alcança somente os réus com maior poder financeiro, pois estes têm condições de contratar os melhores advogados para a impetração de infundáveis recursos. Desta feita, os réus que não têm dinheiro para arcar com a procrastinação jurídica, não serão assistidos pelo princípio da presunção de inocência. “Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária” (BRASIL, STF, 2016, p. 34).

Para auxiliar na compreensão do ponto, cita-se alguns exemplos emblemáticos, como o caso “Pimenta Neves”, em que o crime ocorrido no ano 2000 teve o trânsito em julgado somente no ano de 2011. Outro exemplo é o de Natan Donadon, condenado a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, tendo o trânsito em julgado apenas em 2014, mais de 19 anos depois.

Em terceiro lugar, o posicionamento que vigorava à época, qual seja o da impossibilidade de cumprimento de sentença antes do trânsito em julgado, contribuiu para o descrédito da sociedade no sistema de justiça penal. A espera para iniciar a execução da pena conduz para a prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre o fato e a punição.

Segundo Barroso, quando o autor de um crime é condenado em todas as instâncias e não é punido ou é punido décadas depois, ocorre a sensação de impunidade na sociedade, o que também compromete os objetivos de prevenção especial e geral da pena. Desta feita, na visão do jurista, o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária é uma exigência de ordem pública. Afinal, “Um sistema de justiça desmoralizado

não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados” (BRASIL, STF, 2016, p. 34).

Ainda no que diz respeito ao equilíbrio e funcionalidade do sistema jurídico penal, a mudança de posicionamento reestabeleceria o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, deixando assim de serem vistas como instâncias de passagem, afastando o padrão de que os recursos subam até os Tribunais Superiores. Como dito por Barroso, “não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto” (BRASIL, STF, 2016, p. 51).

Por fim, o supracitado Ministro enfatiza e defende a reversão de entendimento da Suprema Corte, alegando que contribuirá para remediar os danosos efeitos por ele causados, quais sejam: a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, a redução da seletividade do sistema penal, e a quebra do paradigma de impunidade.

### **3.2 ADC 43, 44 e 54 e a não possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado**

Tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54 mudou novamente o entendimento da Suprema Corte acerca do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Sobre a interpretação da norma constitucional manifesta-se o ministro em seu relatório: “A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior” (BRASIL, 2019, p. 20). O referido ministro defende ainda o dispositivo constitucional da presunção de não culpabilidade como cláusula pétrea, sendo assim, não pode ser restringido nem pelo poder constituinte derivado.

Acompanhando o voto do relator, o Ministro Celso de Mello (BRASIL, STF, 2019 p. 4) inicia suas palavras enfatizando que todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, independentemente de seu posicionamento acerca da possibilidade do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, são contrários à necessidade de se combater todas as espécies de crimes praticados por agentes públicos, sendo estes considerados como gestos de perversão da ética e do poder, porém, havendo sempre a necessidade de se respeitar o devido processo legal, “com incondicional respeito ao interesse público e com absoluta independência moral” (BRASIL, STF, 2019 p. 7).

Se mostrando atento às manifestações populares e à opinião pública que ocorriam na época do julgamento, o Ministro Celso de Mello expressa seu posicionamento na esteira de não ser possível submeter a Constituição à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. Como argumento, afirma o Ministro que uma Constituição escrita não pode ser considerada como uma mera peça jurídica ou uma simples estrutura de normatividade. Sendo ela o documento político-jurídico de maior importância para o Estado Democrático de Direito, sua observância deve ser imposta à todos, principalmente daqueles que exercem o poder político. Desta feita, conclui o Ministro que para que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal sejam imparciais, estes não podem se influenciar por pressões externas, ainda que seja pelo clamor popular, sob pena de violação dos direitos e garantias individuais que devem ser estendidas a qualquer réu. Assim, o pragmatismo, bem como a conveniência devem ser afastados do processo penal, impedindo um punitivismo irracional.

Argumenta ainda o Ministro Celso de Mello que, apesar do evidente conflito existente no processo penal, qual seja entre o poder acusatório do Estado e a pretensão de liberdade do acusado, o processo penal é um instrumento de garantia de que a reação do Estado contra o fato delituoso não será instintiva, arbitrária, injusta ou irracional, atuando assim na salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais de quem sofre a persecução criminal. Seguindo o raciocínio do Ministro, por esta instrumentalidade do processo penal “devem ser assegurados todos os meios e recursos inerentes à defesa, sob pena de nulidade radical dos atos de persecução estatal” (BRASIL, STF, 2019 p. 14). Assim, a proteção ao devido processo legal faz-se necessária para a legitimação material do Estado Democrático de Direito.

#### **4 CONCLUSÕES**

Ao findar do presente trabalho, observa-se a variedade argumentativa tanto no que se refere à interpretação do dispositivo constitucional que fixa o princípio da presunção de não culpabilidade, quanto da sua aplicabilidade e possível mitigação. Salienta-se a riqueza de pensamento e fundamentação demonstrada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na defesa de seus votos, podendo observar em posicionamentos antagônicos verdades fáticas e jurídicas.

Assim como resta claro os problemas pragmáticos gerados pela não possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de ação penal condenatória, tais como o

descrédito da sociedade no sistema de justiça penal pela demora da resposta estatal e a quebra de autoridade das primeiras instâncias, evidencia-se o perigo de se obter um processo penal intuitivo e irracional, correndo o risco de violar direitos e garantias fundamentais, quando do impedimento de se esgotar toda a persecução penal antes da execução da pena, retirando do processo penal sua instrumentalidade de garantia do réu diante do poder de punir do Estado. Conclui-se assim que se deve buscar alternativas para dirimir os problemas causados pela impossibilidade de prisão após condenação em segunda instância que não seja a mitigação do princípio da presunção de inocência, não violando o devido processo penal, bem como os direitos e garantias do réu.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43, 44 E 54 / DF - Distrito Federal**. Voto Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 07 de novembro 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43, 44 E 54 / DF - Distrito Federal**. Relatório. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 17 de outubro 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-marco-aurelio.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 / SP - São Paulo**. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. [...]. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19 maio 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.