



ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA PRISÃO A PARTIR DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Felipe Vechiato de MELLO¹

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a problemática acerca da prisão do réu a partir da condenação em segunda estância, referenciando os argumentos a favor e contra, bem como os aspectos constitucionais envolvidos, discutindo o princípio da presunção da inocência juntamente com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e fazendo um breve histórico a respeito da mudança deste entendimento ao longo da Constituição de 1988, assim será possível compreender todos os lados e alcançar um resultado para este assunto.

Palavras-chave: Prisão. Segunda Instância. Trânsito em julgado. Prevalência do Interesse Social. Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Uma constatação que se faz dos últimos anos é que cada vez mais os brasileiros se interessaram por embates de teses jurídicas. O Supremo Tribunal Federal deixou de ser um órgão distante da Justiça, acerca do qual apenas se ouvia falar para fazer parte das discussões do dia a dia. As teses contra e a favor deste ou daquele assunto tornou-se assunto corriqueiro. Muitos passaram a ter suas “próprias” opiniões sobre temas jurídicos, ainda que a grande maioria nunca tenha se assentado num banco de curso de direito.

Certamente um tema que muito se popularizou recentemente foi a discussão sobre a possibilidade de prisão a partir da decisão de segunda instância.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. felipevechiatodemello@gmail.com

Opiniões ideológicas e políticas aguçaram a curiosidade e até a torcida dos brasileiros por esta ou aquela tese, notadamente porque os réus eram pessoas de elevada notoriedade no cenário político e empresarial nacional.

Exemplo disso foi o grande interesse popular pelo julgamento do ex-presidente Lula, em 24/01/2018, no TRF da 4ª região, que asseverou a possibilidade de sua de sua imediata prisão.

No entanto, a opinião pública não deveria contaminar as decisões judiciais, cujo norte sempre tem que ser o da legalidade.

A despeito de opiniões políticas pessoais, a pergunta que não quer calar é a seguinte: a necessidade de ser tomar medidas firmes no combate à corrupção e impunidade dos poderosos justifica a condenação de condenados antes do trânsito em julgado?

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O art. 283 do CPP diz que "ninguém poderá ser preso senão... em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado...". Por sua vez, o art. 5º, LVII, da CF/88 diz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Tais dispositivos legais fazem referência ao princípio da presunção da inocência, que segundo NATHALIA MASSON (2020, p.367):

Eis o princípio da presunção da inocência, cuja finalidade central é de tutelar a liberdade do indivíduo. Destarte, só depois que a sentença condenatória transita em julgado, isso é, se torna definitiva e não mais admite recurso, é que o sujeito poderá ser considerado culpado. Antes disso, presume-se, é inocente e como tal deverá ser tratado.

MASSON (2020, p.369), ainda esclarece que "...o princípio da presunção da inocência também pode ser visto sob um outro prisma 'ninguém precisa provar que fez algo', pois o dever de provar (o ônus da prova) é do acusador".

Embora da simples leitura dos textos legais pareça muito clara a ideia de que ninguém poderia ser preso, ainda que condenado em segunda instância, se

ainda não transitado em julgado a condenação, o assunto tem ganhado interpretações divergentes ao longo da história recente.

A discussão acerca do princípio da presunção de inocência e da possibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado é muito pródiga, contrapondo juristas, acadêmicos e inflamando até os cidadãos comuns.

3 ARGUMENTOS A FAVOR DA PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

Os principais argumentos daqueles que defendem a prisão já a partir da condenação em segunda instância são muito expressivos e bem convincentes, sendo um deles é que o modelo de prisão antes do trânsito em julgado estão países de primeiro mundo como a Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha.

Sendo que nos Estados Unidos a maioria dos réus fazem acordos abrindo mão de recursos, ou seja, as pessoas processadas criminalmente vão presas já na primeira instância porque aceitaram um acordo para se declararem culpadas.

A vantagem deste modelo de acordos é que ele é demasiadamente eficaz em sistemas legais sobrecarregados de processos, diminuindo a sensação de impunidade e descrédito do poder Judiciário que ocorre, por causa da demora nos processos, já que os réus, notadamente aqueles que têm mais recursos econômicos, protelam a condenação com a interposição de vários recursos.

É comum nos sistemas penais da Europa principalmente continental que o condenado possa recorrer em liberdade e a pena seja cumprida depois de esgotados os recursos.

Enquanto isso no Brasil, a constituição não proíbe expressamente a prisão antes do trânsito em julgado e que as provas sobre a culpa do crime só são avaliadas até o julgamento na segunda instância, o que permite a prisão antes do fim de todos os recursos.

A legislação penal não prevê que os recursos às últimas instâncias paralise o processo, o que seria uma prova de que a lei permite a prisão após a sentença de segundo grau.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes (2019, sp.):

Para o ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, uma decisão condenatória de segunda instância fundamentada, que tenha observado o devido processo legal, afasta o princípio constitucional da presunção de inocência e autoriza a execução da pena. O ministro considera que o juízo natural para a análise da culpabilidade do acusado são as chamadas instâncias ordinárias (primeiro e segundo graus), a quem compete o exame dos fatos e das provas.

Ele frisou a necessidade de dar efetividade à atuação dessas instâncias e argumentou que, em caso de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade, existe a possibilidade de concessão de habeas corpus ou de medida cautelar para que o sentenciado aguarde em liberdade o exame da questão pelos tribunais superiores. 'Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, fundamentada e dada com respeito ao devido processo legal e ao princípio da presunção de inocência, é enfraquecer as instâncias ordinárias', afirmou.

Seria o caso do princípio da presunção da inocência estar atrapalhando o funcionamento do ordenamento jurídico fazendo com que as outras instâncias se tornem menos relevantes e fazendo com que aumente o senso de impunidade ou é natural que este princípio perca seu poder conforme a fala do Ministro Luiz Fux (2019,sp.): "No entanto, na medida em que o processo tramita, a presunção vai sendo mitigada. Há uma gradação"?

Toda esta hipótese pode estar correta, porém não podemos negar que este princípio é vital para o direito porque os seres humanos são a parte mais fraca na relação entre humano e o ordenamento jurídico.

Ainda o Ministro Luiz Fux (2019, sp.) disse que : "Nós não fazemos leis para ficar aqui aplicando sem verificar quais serão as suas externalidades. O direito, na verdade, conforma o comportamento humano. A pessoa tem que saber o que pode, e o que não pode".

Em outras palavras o que o Ministro disse foi que as decisões judiciais têm que ser efetivas, porque o direito tem que acompanhar a realidade conforme suas alterações.

Além disso, o falecido Ministro Teori Zavascki (2016, sp.) comentou que: "O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade

última de pacificação social”, então para conseguir conquistar esta pacificação social será necessário que a população compreenda e exija de seus representantes que mudem a legislação para não passar a sensação de impunidade.

4 ARGUMENTOS A FAVOR DA PRISÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO

Por seu turno, os principais argumentos daqueles que defendem que a prisão somente deve ocorrer após o trânsito em julgado estão ligados no princípio da presunção de inocência.

No artigo 5º, LVII da Constituição de 1988 é claro ao dizer que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, até que todos os recursos sejam analisados.

Por menor que seja sempre há a chance de recursos às últimas instâncias alterarem a condenação, sendo justo aguardar o julgamento final, pois não é possível restituir a liberdade perdida do preso.

Fazendo com que os réus terem seu direito à defesa prejudicada pela prisão antecipada, assim ferindo juntamente o princípio da presunção de inocência que é uma garantia processual.

A culpabilidade do acusado não fica comprovada após o julgamento em segunda instância, tanto que um terço dos pedidos de habeas corpus de condenados em segunda instância que chegam ao Superior Tribunal de Justiça tem suas penas revistas.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia (2019, sp.): “o que impera é a crença da impunidade”. Tal declaração demonstra a mentalidade da população que é insinuado pelo na matéria do O GLOBO, Couto (2019,sp):

Ao votar contra a prisão após segunda instância, defendeu que a Constituição não permite margem de interpretação e criticou o alto número de prisões automáticas, o que chamou de ‘retrocesso jurisprudencial’. Ressaltou que a presunção de inocência é uma ‘salvaguarda do cidadão’ diante da possibilidade de erros judiciais em um sistema com cerca de 100 milhões de ações para 17 mil juízes.

Enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski comenta sobre aquilo que ele denominou de “retrocesso jurisprudencial” a Ministra exalta o aperfeiçoamento da legislação Rosa Weber (2019, sp.):

Embora a sociedade tenha razão em exigir que o processo penal seja rápido, efetivo, problemas e distorções decorrentes das normas penais, como o tempo entre a abertura do processo e o início do cumprimento da pena, não devem ser resolvidos pela supressão de garantias, e sim mediante o aperfeiçoamento da legislação.

Quando se trata de direitos constitucionais, os fins não justificam os meios, até porque, ao prevalecer o entendimento a favor da prisão antes do trânsito em julgado, o Judiciário estará relativizando uma garantia fundamental, o que é extremamente perigoso para a democracia. Ao se relativizar alguns direitos penais ao gosto pessoal da sociedade vai se permitir a relativização de outros direitos fundamentais.

A mudança que a sociedade quer não será instantânea e mesmo que ela seja lenta, precisa ser segura, não havendo motivos para desespero, já que com o passar dos anos as leis vão se alterando conforme a mudança da própria sociedade.

5 HISTÓRICO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2009, o STF ainda não tinha sido provocado para se manifestar sobre o disposto no artigo 5º, LVII. A partir de então foi decidido que o réu só poderia ser preso após o trânsito em julgado, ou seja, depois do recurso a todas as instâncias. Antes de esgotar os recursos, ele poderia no máximo ter prisão preventiva decretada contra si, nas hipóteses previstas em lei.

Tal entendimento foi expresso pela Suprema corte no julgamento do HC 84.078 que tratava do caso de um condenado por homicídio.

A ementa daquele julgado (STF, 2018) ficou assim redigida:

‘EMENTA: HABEAS CORPUS’. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

Esse entendimento perdurou até 2016 quando, por maioria, 7 votos a 4, o plenário mudou jurisprudência da Corte quando do julgamento do Habeas Corpus 126-292, passando a permitir a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

A decisão foi muito elogiada pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública e então Juiz Federal Sérgio Moro e pelos demais integrantes da força-tarefa da operação “lava jato”, mas foi severamente criticada por constitucionalistas e criminalistas.

Já em 2019 o Supremo Tribunal Federal voltou ao tema quando do julgamento das ações declaratórias nº 43, 44 e 54, para proibir a prisão em segunda instância. Tal decisão contou com placar muito apertado, a saber, por 6 votos a favor dados pelos Ministros Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli e 5 votos contra que foi dados pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

O placar apertado revela o quanto uma descrição objetiva de uma garantia constitucional aparentemente clara pode gerar controvérsias e debates acalorados quando a opinião pública contamina o Judiciário!

O julgamento encerrou, ao menos por enquanto, um ciclo de idas e vindas do entendimento jurisprudencial do próprio STF, agora marcado por uma decisão de âmbito abstrato e efeito *erga omnes*, diversamente dos posicionamentos anteriores, manifestados em decisões pontuais e pessoais.

Por ser uma decisão de efeito *erga omnes*, valerá de direcionamento para todas as instâncias do Judiciário e será de cumprimento obrigatório. Entretanto, a não implica em liberação automática dos presos em segunda instância – ou seja, caberá a cada juiz analisar, caso a caso, a situação dos processos.

Ocorre que tal decisão contrariou a opinião de muita gente, até porque, a partir dela, alguns presos famosos tiveram suas prisões revogadas e passaram a aguardar em liberdade o desfecho em definitivo de seus processos.

Tamanha a insatisfação popular que muitos parlamentares criticaram a decisão o STF.

Não sem motivo que muitos congressistas, no afã de acenar para muitos de seus eleitores, cogitaram em elaborar uma proposta de emenda constitucional para permitir a prisão após a condenação em segunda instância. Na verdade já tramita no Parlamento um projeto de emenda constitucional nº 410/2018. No entanto, após a decisão do STF vedando a prisão antes do trânsito em julgado, o Deputado Alex Manente (Cidadania-SP) dignou-se a propor uma nova PEC 199/19.

Conforme a matéria da Agência câmara de notícias BRANDÃO (2019, sp.):

A proposta foi apresentada porque a PEC da Segunda Instância (PEC 410/18), também de autoria de Manente, vinha sendo criticada por alterar o artigo 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias individuais. Segundo deputados da oposição e de alguns partidos de centro, a mudança pelo artigo 5º comprometia o princípio da presunção da inocência, uma cláusula pétrea que não pode ser alterada por emenda à Constituição.

Como visto, o tema está longe de ter um fim.

6 CONCLUSÃO

Por mais impopular que a recente decisão do STF possa ter sido, não é papel de o Judiciário agradar a opinião pública e sim promover a justiça e ser guardião da Constituição Federal. O STF não é e nem deveria ser um representante do clamor popular, mas um intérprete qualificado da Constituição Federal.

Com efeito, a população em geral não compreende muito bem o papel institucional do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal que, diversamente do Executivo e do Legislativo, não tem seu poder conferido pelo processo eleitoral. Em suma, o Judiciário não tem a função de representar a vontade popular por meio de políticas públicas, nem tem de se sujeitar à prestação de contas às urnas.

Quando se trata da perda do direito de liberdade, deve-se ter muito cautela e assegurar ao cidadão seu amplo direito de defesa, pois se trata de um direito fundamental do ser humano. Não se pode tratar a liberdade com menos relevância que outros direitos, como por exemplo, o patrimonial, já que ninguém considera razoável que alguém tenha que pagar uma dívida e ter seus bens expropriados antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória.

O artigo 5º, LVII que prevê o princípio da presunção da inocência é verdadeira cláusula pétrea, assegurada no § 4º do artigo 60 da própria Constituição Federal. Ora, se não é permitido sequer à deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, como poderia o Judiciário autorizar a violação do direito constitucional da presunção da inocência?

Para mitigar os deletérios efeitos da morosidade do Judiciário, que transmite a sensação de impunidade, notadamente dos mais poderosos, o remédio não é distorcer direitos constitucionalmente garantidos. O que se deve buscar é a eficiência do Poder Judiciário, como melhor aparelhamento técnico e estrutural para julgar os processos com a devida celeridade que sociedade necessita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Francisco. Proposta acaba com recursos e permite prisão em segunda instância. **Agência Câmara de Notícias**, 19 de nov. de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/615026-PROPOSTA-ACABA-COM-RECURSOS-E-PERMITE-PRISAO-EM-SEGUNDA-INSTANCIA>. Acesso em: 29 de abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de processo penal** (1941). Vade Mecum RT 2020/ Equipe RT. 17. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020

Couto, Marlen. Veja os argumentos de cada ministro do STF no julgamento que mudou entendimento sobre prisão após segunda instância. **O GLOBO**, 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/veja-os-argumentos-de-cada-ministro-do-stf-no-julgamento-que-mudou-entendimento-sobre-prisao-apos-segunda-instancia-24068955>. Acesso em: 26/08/2020

MASSON, Nathalia. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 8 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

Ministra Rosa Weber. STF suspende julgamento com 4 votos a favor e 3 contra prisão após condenação em 2ª instância. **Supremo Tribunal Federal**, 24 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428003&ori=1>. Acesso em: 1 de maio 2020.

Ministro Alexandre Moraes. STF retoma na quinta-feira (24) julgamento sobre prisão após condenação em segunda instância. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427866&ori=1>. Acesso em: 26/08/2020

Ministro Dias Toffoli. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>.
Acesso em: 26/08/2020

Ministro Luiz Fux. Como votou cada ministro do STF no julgamento que vetou prisão após 2ª instância. **G1 – O portal de notícias da Globo**, 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/como-votou-cada-ministro-do-stf-no-julgamento-que-vetou-prisao-apos-2a-instancia.ghtml>. Acesso em: 27/08/2020

Ministro Luiz Fux. STF suspende julgamento com 4 votos a favor e 3 contra prisão após condenação em 2ª instância. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428003&tip=UN>. Acesso em: 28/08/2002

STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-o35 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-o1048.

Ministra Rosa Weber. **STF suspende julgamento com 4 votos a favor e 3 contra prisão após condenação em 2ª instância**. Supremo Tribunal Federal, 24 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428003&ori=1>. Acesso em: 1 de maio 2020.

Zavascki, Teori. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Supremo Tribunal Federal, 5 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>
Acesso em: 1 de maio 2020.