

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

Giovanna Amendola

**UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O HC 126.292**

**ITUVERAVA
2019**

GIOVANNA AMENDOLA

**UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O HC 126.292**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Profº Christopher Abreu
Ravagnani**

**ITUVERAVA
2019**

GIOVANNA AMENDOLA

**UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O HC 126.292**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Ituverava, ____ de novembro de 2019.

Orientador: _____

Profº Christopher Abreu Ravagnani

Examinador (a): _____

Examinador (a): _____

Dedico ao meu pai, sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por tudo e principalmente por este ano próspero em que conquistei tantas coisas que sempre sonhei. Passei por complicadas situações no decorrer do curso, mas em momento algum desisti, não foi fácil chegar até aqui e o que me ajudou com certeza foi minha fé em Deus.

Ao meu pai e minha querida avó Arminda que não estão mais aqui comigo, mas que tenho certeza que estão se sentindo orgulhosos de onde estiverem da pessoa que me tornei.

A minha mãe que nunca me deixou faltar nada durante minha vida toda, a principal responsável pela minha escolha de estudar Direito, obrigada, eu não poderia ter feito escolha melhor.

Aos doutos membros do Ministério Público Dr. Túlio Vinícius Rosa e Dr. Diego Antônio Bisco Lelis, dois grandes profissionais que conheci durante minha trajetória como estudante de Direito. Obrigada principalmente pela paciência, pelos ensinamentos e por me fazer tornar uma pessoa melhor, o pouco tempo que passei na cidade de Guáira foi o suficiente para me lembrar dos senhores e de todos os outros servidores deste *parquet* com muito carinho.

A todos meus colegas acadêmicos de Direito que cumpriram horas de estágio juntamente comigo, tenho muita consideração por todos. Foi muito bom compartilhar conhecimento jurídico com todos vocês.

A todos os meus colegas de sala, desejo a todos muito sucesso em suas jornadas e que se apaixonem cada dia mais pela ciência do Direito, assim como venho me apaixonando.

“Chorei, não procurei esconder

Todos viram, fingiram

Pena de mim, não precisava

Ali onde eu chorei

Qualquer um chorava

Dar a volta por cima que eu dei

Quero ver quem dava

(...)

Reconhece a queda e não desanima

Levanta, sacode a poeira

E dá a volta por cima.”

(Paulo Vanzolini)

RESUMO

O presente trabalho abordará a temática da prisão em segunda instância, a qual foi permitida quando do julgamento do HC 126.292 a Egrégia Corte Constitucional denegara seu provimento após julgá-lo perante o pleno; nesta ocasião, entendeu-se pela possibilidade de prisão antes que ocorresse o trânsito em julgado da ação penal, desde que confirmado em segunda instância. Entretanto, vislumbra-se a possibilidade de a Corte Suprema ter infringido a literalidade do artigo 5º da Carta Constitucional. Portanto, justifica-se a presente revisão bibliográfica crítica com análise jurisprudencial dado a relevância que recai sobre a liberdade do cidadão. Adotar-se-á a metodologia de revisão bibliográfica crítica com o intuito de analisar se houve ou não a referida infringência, pois desde o julgamento do remédio constitucional, o tema tem sido abordado constantemente pela mídia e no ordenamento jurídico, os quais mantêm posições divididas entre a vedação trazida pela Constituição Federal com o Princípio da Presunção de Inocência e o artigo 283 do Código de Processo Penal e uma medida encontrada para combater a ineficácia do judiciário em condenar “crimes de colarinho branco”. A discussão gerou as ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 que aguardam o integral julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Prisão. Segunda instância.

SUMMARY

The present abstract will approach the theme of prison in the second instance, which was allowed when the HC 126.292 judgment the Egregious Constitutional Court denied its provision after judging it towards the plenary; on this occasion, is understood by the possibility of arrest before the criminal action res judicata occurrence, since confirmed in the second instance. However, glimpses the possibility of the Supreme Court having infringed the literality of Article 5 of the Constitutional Charter. Therefore, is justified the present critical bibliographic review with jurisprudential analysis given the relevance of the citizen freedom. It will be adopted the methodology of critical bibliographic review to analyze whether or not the said infringement, because since the constitutional remedy judgment, the theme has been constantly approached by the media and at the legal system, which keep divided positions between the seal brought by the Federal Constitution with the Presumption of Innocence Principle and the article 283 from Criminal Procedure Code and a found standard to fight the ineffectiveness of the judiciary in condemning “white collar crimes”. The discussion generated the constitutionality declaratory actions 43 and 44 that await the full judgment at the Egregious Constitutional Court.

Keywords: Presumption of Innocence. Prison. Second Instance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART – Artigo
CF – Constituição Federal
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DF – Distrito Federal
DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos
EUA – Estados Unidos da América
HC – *Habeas corpus*
MIN – Ministro
MG – Minas Gerais
Nº – Número
ONU – Organização das Nações Unidas
SP – São Paulo
RE – Recurso Extraordinário
REL – Relator
RESP – Recurso Especial
RS – Rio Grande do Sul
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	14
2.1 Conceito.....	14
2.2 Histórico.....	16
2.3 A aderência das constituições brasileiras ao Princípio da Presunção de Inocência..	18
3 DA LEGALIDADE DO TEMA.....	23
3.1 Possibilidades constitucionais de prisão antes do trânsito em julgado.....	23
3.2 O projeto de lei Anticrime e o artigo 283 do Código de Processo Penal.....	25
3.3 A evolução jurisprudencial acerca do tema.....	27
4 OS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO APÓS O HC 126.292.....	31
4.1 As ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44.....	31
4.2 Do caso concreto submetido à análise do STF.....	32
4.3 Do conteúdo dos votos contrários.....	33
4.4 Do conteúdo dos votos favoráveis.....	35
4.5 Do resultado do julgamento.....	35
4.6 Decisões monocráticas posteriores e manifestações isoladas de ministros.....	36
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39

1 INTRODUÇÃO

A crise política e jurídica atual em nosso Estado Democrático de Direito é notória e uma nuvem negra paira acima do Processo Penal brasileiro, onde a sede de condenação de alguns acaba passando por cima das garantias resguardadas a todos os cidadãos pela nossa Constituição e o fantasma da insegurança jurídica passa a assombrar o país.

Em 2016 o Supremo Tribunal Federal modificou mais uma vez seu entendimento acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, ainda que pendam de julgamento os recursos especial e extraordinário.

Até o momento mencionado o condenado só poderia ser submetido ao cumprimento da pena privativa de liberdade após esgotados todos os recursos possíveis em todos os graus de jurisdição, ou seja, da mesma forma a qual preceitua os artigos 283 do Código de Processo Penal e 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso LVII da CF é conhecido por preceituar o Princípio da Presunção de Inocência, reconhecido em tratados de Direito Internacional e por diversas legislações no mundo todo. O princípio é reconhecido como direito fundamental do cidadão desde meados do século XVIII, após os pensadores iluministas marcarem o fim da Santa Inquisição, que possuía como principal característica a ausência de contraditório e ampla defesa em seus julgamentos.

A Suprema Corte então julgou o *habeas corpus* de nº 126.292/SP, modificando a antiga jurisprudência e o que capta questionar acerca desse tema é a possível violação do Princípio da Presunção de Inocência, adotado pelo Brasil tanto em sua Carta Política de 1988, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e por outras constituições estrangeiras que marcaram a História mundial e a ascensão dos direitos humanos.

Ocorre que quando o Colendo Tribunal julgou o remédio constitucional o Brasil passava por uma intensa mobilização da mídia após as investigações da Operação Lava-Jato, a qual foi marcada por indícios de autoria e condenações de políticos e empresários em crimes previstos na Lei de Organizações Criminosas, crimes contra a administração pública e afins, aumentando a ânsia de condenação da sociedade, a qual heroificou os responsáveis pela condenação desses indivíduos, ignorando o Garantismo Penal.

Logo justifica-se o presente estudo, pois é de suma importância tratar de assunto que recai sobre a liberdade do cidadão, dado a grande repercussão no âmbito jurídico entre doutrinadores, ministros, dentre outros pensadores e aplicadores do Direito, que inclusive desencadeou as ações declaratórias de constitucionalidade de nº 43 e 44, as quais pugnam pela declaração da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

A presente monografia tem por critério realizar uma pesquisa de revisão bibliográfica crítica, verificando jurisprudências, votos de ministros e anteriores posições do STF, nos HCs nº 68.726/DF e 84.078/MG, examinando os argumentos favoráveis e contrários à decisão.

O objetivo deste trabalho é analisar a constitucionalidade da decisão, se pela letra da lei existe a possibilidade de execução da pena já em segunda instância havendo recursos ainda pendentes de julgamento, se houve infringência aos direitos fundamentais e se esse posicionamento seria uma medida tomada pela Corte pelo desejo de combater os crimes de corrupção, por conta de que o momento em que foi proferida, estavam em andamento os processos em que apuravam a prática delitativa de empresários e políticos após a conhecida “Operação Lava-Jato”.

No primeiro capítulo, apresentar-se-á o conceito e histórico do Princípio da Presunção de Inocência, o qual teve grande importância na história mundial com o advento do Iluminismo na Revolução Francesa após a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão. O princípio também tem destaque durante a história do Brasil, razão pela qual no mesmo capítulo será abordada sua presença nas constituições brasileiras ao longo do tempo.

No capítulo intermediário primeiramente serão estudadas as espécies de prisão existentes no Direito Brasileiro, qual sejam, a prisão civil, a prisão militar e as prisões cautelares, também chamadas de prisões processuais, que existem apenas para finalidades processuais e não para execução de pena.

Também será falado da elaboração do projeto de lei “Anticrime”, apresentado pelo atual Ministro da Justiça Sérgio Moro, conhecido por ser o juiz da “Operação Lava-Jato”, que foi aplaudido pela sociedade e pela mídia após julgar indivíduos envolvidos na referida “operação”. O projeto é conhecido pelas diversas mudanças que propõe no Direito Penal e Penal Processual Brasileiro e uma delas é a alteração do artigo 283 do CPP para, assim, permitir que os condenados em segunda instância já iniciem o cumprimento das sanções que lhe foram impostas.

Por fim, ainda neste capítulo mencionado, serão examinadas todas as decisões do STF que mudaram o entendimento majoritário a respeito do cumprimento de pena em segunda instância, expondo o caso concreto, o conteúdo dos votos, buscando elencar os fundamentos utilizados pelos Doutos Ministros.

No derradeiro capítulo, será feita uma análise integral e detalhada da decisão do HC 126.292, primeiramente serão mostrados os reflexos jurídicos causados pela decisão, um breve resumo do processo que foi submetido à análise do Pretório Excelso, o conteúdo dos votos contrários e favoráveis a execução provisória da pena após condenação em segunda instância, o

resultado do julgamento e decisões monocráticas isoladas de Ministros do STF posteriores ao julgamento do remédio constitucional.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

2.1 Conceito

A palavra princípio é uma espécie de alicerce que conduz uma sociedade, visando o bem comum. Também diz respeito às relações entre os cidadãos, seja na política, na economia e no âmbito jurídico, estipulando direitos e obrigações de comum acordo entre a população para formular regras necessárias para um bom convívio na sociedade. (DIAS, 2016).

A nossa Constituição Federal adotou a Presunção de Inocência, como norma fundamental e regra a ser seguida no Direito Processual Penal. O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

O artigo 5º trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, os quais assim como a forma federativa de estado; o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação dos Poderes são considerados cláusulas pétreas, não podem, portanto, ser alterados, emendados ou retirados, a não ser se redigida uma nova constituição. O Princípio do Estado de Inocência é entendido como “o direito público subjetivo não ostentar status de condenado” conforme ensina Bulos (2015, p. 313).

Ou seja, em outras palavras, o réu após ter sido oferecida denúncia em seu desfavor, não deve ser tratado já como culpado e sim como presumidamente inocente e muito embora que para o oferecimento da denúncia devam existir lastros probatórios mínimos de materialidade e autoria, o momento correto para o réu ser tratado como culpado é posteriormente o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Segundo Bulos (2015), dentro deste trâmite o acusado exerce o direito de se defender e provar sua inocência, sendo-lhe observado o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa trazido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV: “(...) aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988).

Se após ter sido condenado em primeiro grau de jurisdição o réu não se conformar com decisão proferida é defeso a ele interpor recurso a instância superior, para receber uma nova análise de suas razões pelas quais entende a improcedência da ação penal contra ele movida. O princípio que assegura essa faculdade ao sentenciado é denominado Duplo Grau de Jurisdição, que embora não esteja expressamente implícito na Constituição, foi trazido pelo

Pacto São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, em seu artigo 8º, parágrafo 2º, alínea *h*.

Ademais, a Constituição preceitua que os órgãos do Tribunal de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal são membros do Poder Judiciário, em seu artigo 92, dando-lhes, portanto, competência para julgar matérias as quais a eles são competentes, como por exemplo, os recursos de apelação, especial e extraordinário da forma mencionada acima.

Digo mais, se o julgador ficar diante de uma situação de dúvida sobre a autoria delitiva ou da materialidade deve este absolver imediatamente o acusado com fulcro no Princípio *in dubio pro reo*, alcunhado também por alguns juristas como *favor rei*, sendo esta alternativa “(...) a melhor solução (...), mesmo correndo o risco de colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia.” (RANGEL, 2015, p. 35).

O artigo 386 do Código de Processo Penal traz em seus incisos um rol taxativo de situações em que se forem deparadas pelo magistrado deverá ser computada a absolvição. Podemos citar como exemplo as excludentes de ilicitude, a falta de provas, a atipicidade.

Quanto ao Princípio da Presunção de Inocência, podemos encontrá-lo também na legislação infraconstitucional, qual seja no artigo 283 do Código de Processo Penal que dispõe que o indivíduo somente poderá ser preso em virtude de flagrante em delito, por ordem de autoridade judiciária competente que esteja descrita e fundamentada em sentença penal condenatória transitada em julgado ou durante o decorrer do inquérito ou processo em decorrência de prisão temporária ou preventiva.

Essa redação nem sempre foi assim e foi alterada pela Lei 12.403/11, a qual além de ter feito a modificação do referido artigo também alterou a redação de outros 32 artigos do CPP e revogou 9 dispositivos do mesmo diploma, marcando grandes mudanças no Processo Penal no que se refere às medidas cautelares e a prisão domiciliar, além de deixar mais claro ainda a literalidade do artigo 5º, LVII da CF, haja vista que dois anos antes a publicação desta lei, mais especificamente no ano 2009, o STF declarou pela relatoria do Ministro Eros Grau que a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado é inconstitucional. (BRASIL, 2011).

Quanto às mudanças sobre as medidas cautelares, ficou determinado que para haver prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa da prisão, o magistrado deve apresentar fundamentos a respeito da gravidade do delito, além das circunstâncias do fato e condições desfavoráveis do investigado, conforme reza os artigos 312 e 313 do CPP. (PEREIRA, 2011).

Quanto ao artigo 283 em sua antiga redação era disposto que poderia ser efetuada a prisão em qualquer dia ou hora, desde que fosse respeitada a inviolabilidade do domicílio o que nos faz concluir que após sua alteração e a modificação do entendimento jurisprudencial em 2009 não restou mais dúvidas de que a prisão para fins de cumprimento de pena somente deve ser decretada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ainda se tratando sobre a legislação e a execução provisória da pena, a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça traz que o Princípio do Estado de Inocência é ferido também quando o magistrado na fase de dosimetria da pena utiliza como agravante da pena inquéritos policiais e ações penais em andamento em desfavor do acusado, pois estaria condenando-o antes do trânsito em julgado por outros crimes que não são objetos do processo.

É de se concluir que o Direito Penal não serve apenas para punir e aplicar sanções ao indivíduo, mas também para assegurar os direitos e garantias do condenado. Luigi Ferrajoli, aduz que o Direito Penal deve ser garantista e respeitar o contraditório e ampla defesa até ao seu término:

O modelo garantista (...) apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. (FERRAJOLI, 2015, p. 84)

Se para existir a culpabilidade do acusado é necessário que seja realizado produção de provas à frente de um juiz imparcial, resguardando ao réu o contraditório e ampla defesa, por óbvio é correto afirmar que, para o sujeito iniciar o cumprimento de pena é preciso o réu primeiramente esgotar dos meios de prova e recursos existentes com o fim de provar sua inocência, portanto, o momento adequado para o cumprimento da sanção penal é somente após trânsito em julgado.

2.2 Histórico

O Princípio da Presunção de Inocência já possui raízes no Direito Romano, pois já tinha sua importância na época, mas com a ascensão do catolicismo e a crise do sistema acusatório no Império Romano na Baixa Idade Média, o Estado de Inocência perdeu sua força para a instituição do sistema inquisitório, na época em que foram elaboradas as bulas papais, as quais equipararam os crimes de heresia a crimes de lesa-majestade, condenando seitas hereges a morte

na fogueira, fazendo com que a presunção de inocência perdesse totalmente sua importância. Os tribunais da Santa Inquisição consistiam em buscar a confissão do acusado a qualquer custo utilizando meios cruéis de tortura. Esse sistema (inquisitório) concentrou o poder de acusar, defender e julgar em uma única pessoa, o que fez com que não fosse observado o contraditório e a ampla defesa, característica fundamental do sistema acusatório. (CARVALHO, 2017).

O sistema processual penal acusatório se diferencia do inquisitório, pois distribui as funções de acusar, defender e julgar em partes distintas durante o processo. Ademais, neste sistema são observados além do contraditório e da ampla defesa, os princípios da dignidade humana, o *in dubio pro reo* e a presunção de inocência. “Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado”. (RODRIGUES, 2013, *on-line*).

Após longos anos de Inquisição, lapso de tempo denominado pelos historiadores de “Período das Trevas”, o Estado Absolutista francês entrou em crise com o abuso de poder e impostos elevados, momento em que camponeses, trabalhadores urbanos e burgueses, grupos os quais nunca tinham seus interesses atendidos, reuniu-se em uma Assembleia Nacional, com forte influência do Iluminismo, para cortar privilégios do clero e da realeza, dando início à Revolução Francesa e a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão em 1789, a qual elencava garantias fundamentais que fizeram parte de diversos documentos importantes para o âmbito dos Direitos Humanos.

Segundo Vilela *apud* Rangel (2015), neste período iniciou-se o Iluminismo e o processo penal europeu passou a deixar de sofrer influências do sistema inquisitório, baseado em um Direito romano-canônico. A Declaração dos Direitos do Homem e cidadão reza em seu artigo 7º que: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado (...)”. (FRANÇA, 1789).

Do outro lado do Atlântico, no ano de 1776, ocorreu a elaboração de um outro documento de suma importância para a história do Princípio da Presunção de Inocência: a Declaração dos Direitos da Virgínia, a qual teve forte influência sobre a independência dos Estados Unidos da América e preceituou em seu artigo 10:

Em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da casa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem que ser acareado com seus acusadores e com as testemunhas de apresentar; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que lhe for a seu favor, de exigir processo rápido por um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. (EUA, 1789).

Quase dois séculos depois, vivemos décadas de atrocidades com a ascensão do Nazismo, do Fascismo nas Guerras Mundiais que estarreceram, tendo fim no ano de 1945 com a vitória do

grupo dos países Aliados, como os Estados Unidos, a França e a Inglaterra. Esse grupo alterou generosamente a política social mundial dando origem a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) e em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dentro do grupo dos países Aliados pode-se encontrar, por exemplo, os Estados Unidos, a França e a Inglaterra. (RIBAS, 2016).

Conforme entendimento de Barbosa (2017), a Declaração Universal de Direitos Humanos é um documento que, possui garantias universais inalienáveis que preservam o ser humano contra ações e omissões de governos que eventualmente atentarem contra a dignidade humana. Uma das condições para um país adentrar nessa organização é aceitar todo o teor da Declaração e adicionar as garantias às suas constituições. Tratou em seu conteúdo do Princípio da Não Culpabilidade determinando que ao indivíduo deve ser assegurada a sua dignidade até sua culpabilidade ser provada e não meramente especulada.

Embora o Brasil seja membro da ONU, o documento que teve maior impacto para a instituição do Princípio da Presunção de Inocência na atual Carta de Direitos foi a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida também por Pacto São José da Costa Rica, que foi assinada pelo Brasil na Conferência Especializada sobre Direitos Humanos no ano de 1969.

No seu artigo 8º, item 2, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) trata sobre o Estado De Inocência e preceitua que toda pessoa que for acusada de um crime possui a prerrogativa de ser presumida inocente até que se comprove de forma legal sua culpa. O momento de se comprovar essa culpa é indubitavelmente apenas após o trânsito em julgado após sentença penal condenatória, a qual não cabe mais recurso, e como já foi dito, se o magistrado se deparar com um estado de dúvida deverá absolver o réu imediatamente, como já foi dito supra.

Também pode citar como documento de grande importância para a história do Princípio da Presunção de Inocência a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953) que cita em seu artigo 6º, item 2 que a toda pessoa que for acusada de uma infração penal estende a presunção de inocência até que sua culpa seja provada de forma legal.

Na História do Brasil temos participação do Princípio da Presunção de Inocência na legislação desde a época da Monarquia na Constituição de 1824, mas foi somente com o advento da Carta de 1988, após o fim da Ditadura Militar, que o princípio teve grande força na legislação brasileira, momento em que foi considerado cláusula pétrea.

2.3 A aderência das constituições brasileiras ao Princípio da Presunção de Inocência

O Brasil teve um total de sete constituições, contando com a atual, sendo a primeira denominada Carta Monárquica de 1824, foi concedida por Dom Pedro I e vigeu por um período de 65 anos. Esta Constituição teve inspiração nas revoluções Americana e Francesa e proibiu qualquer espécie de prisão arbitrária, sendo o Princípio da Presunção de Inocência elencado no artigo 179, incisos IX e X. A Carta a necessidade de existência de culpa para permanência na prisão, ou seja, ressaltando o flagrante delito e, mesmo tendo influência em grandes revoluções que prezavam a liberdade do cidadão, não deixou de prever o regime de escravidão, o qual apenas teve término próximo ao fim da vigência desta Constituição, em 1888. (LENZA, 2017).

Na época imperial uma legislação que fez com que o país desse um grande passo no quesito de Direitos Humanos foi o advento do Código de Processo Penal de Primeira Instância no ano de 1832, o qual trouxe em seu conteúdo diversas garantias ao réu, trazendo pela primeira vez o *habeas corpus* no sistema jurídico brasileiro.

Para Lima (2016), mesmo com um Código Processual Penal mais garantidor, o Brasil ainda não respeitava totalmente o acusado na forma de como deveria ser segundo o Princípio da Não Culpabilidade, pois preso em flagrante o réu já tinha sua culpabilidade presumida, tendo as garantias começando a serem respeitadas somente após o fim da Monarquia.

Enfim com o marco do fim da Monarquia e a instituição da República no ano de 1891 foi criada primeira constituição republicana, denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que teve inspiração em ideais da Constituição dos EUA. O Princípio da Presunção de Inocência encontra-se no artigo 72 parágrafos 13 e 14. (BARBOSA, 2017):

§ 13. À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente;

§ 14: Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei permitir. (BRASIL, 1891).

No ano de 1934 foi promulgada a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil com influência da Revolução de 1930, chamada pela História do Brasil de “Era Vargas”. Foi a primeira constituição, a preocupar-se a enumerar os direitos fundamentais.

No que pesa o princípio em estudo, não fico expresso nada ao seu respeito, ficando taxado em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea *a*, que a competência para legislar sobre direito processual era privativa a União, mas o primeiro Código de Processo Penal republicano foi publicado somente em 1941, estando em vigor até os dias atuais. (LIMA, 2016).

A terceira Constituição Republicana foi promulgada em 1937, época em que foi dado poder exclusivamente ao Poder Executivo, conhecida como Polaca, com influência na constituição polonesa, fez história com seus preceitos autoritaristas. Não instituiu em seu conteúdo o Princípio da Presunção de Inocência e manteve como garantia de liberdade apenas o *habeas corpus* e previa a pena de morte para alguns crimes. (BARBOSA, 2017).

A Carta de 1937 não teve uma aplicação regular, haja vista a grande concentração de poder no presidente da república:

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. (SILVA *apud* ALEXANDRINO et al PAULO 2015, p. 29).

Ainda pelos mesmos autores foi acrescentado que a Constituição previa a necessidade de plebiscito, mas isso nunca ocorreu na prática, dando a entender que, por este motivo, a Constituição nunca passou a vigor.

Em 1946, com a crise política e a queda de Getúlio Vargas ocorre instala-se uma Assembleia Constituinte, promulgando a Constituição da República Federativa do Brasil, nesta constituição foi adotada a forma federativa de estado estabeleceu como forma de governo a república, com o sistema presidencialista, e eleições diretas no regime democrático representativo. (ALEXANDRINO *et al* PAULO, 2015).

Embora esta Constituição teve um significado de grande avanço para a democracia no Brasil, o Princípio da Presunção de Inocência não foi expresso em seu texto, mas no artigo 141, parágrafos 20 a 23 foi instituído a possibilidade de prisão em flagrante delito, a fiança e a possibilidade de *habeas corpus* quando a liberdade de locomoção do cidadão fosse ameaçada ou coagida:

§ 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei;

§ 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei;

§ 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora;

§ 23 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*. (BRASIL, 1946).

Em 1964 com os militares em poder após a deposição de João Goulart, foram criados os Atos Institucionais, utilizados para se manterem no poder e dirigir país conforme seus interesses,

afetando o campo de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário e, a partir do poder ganhado pelos militares iniciaram-se perseguições, cassação de mandatos e tortura, uma verdadeira afronta as garantias constitucionais e os Direitos Humanos. (SKIDMORE *apud* LIMA, 2016).

O Princípio da Presunção de Inocência foi esquecido e substituído pelo “princípio da presunção de culpabilidade”, pois houveram algumas reformas no Código de Processo Penal dentre elas o artigo 312 que passou a vigor da seguinte maneira:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria. (BRASIL, 1941).

Com o fim da chamada Ditadura Militar e a redemocratização do país no governo de Tancredo Neves e José Sarney, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada e entrou em vigência em 1988, a qual continua vigorar até os dias atuais e, conforme pontua Abreu *apud* Lima (2016), a nova constituição um valor simbólico muito importante para a democratização do país, pois trouxe com ela diversas garantias e prezou pelo bem-estar do cidadão e aboliu a burocracia tecnocrática-militar que permaneceu no país por mais de duas décadas.

Finalmente tivemos uma constituição que voltou a dar espaço novamente ao Princípio da Presunção de Inocência em nosso ordenamento, no artigo 5º, inciso LVII e proíbe a prisão do indivíduo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ademais, foram garantido ao réu importantes princípios como o do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa e o Devido Processo Legal

Por último, outro ponto muito importante para ressaltarmos a respeito da nova constituição é a questão do artigo 60, § 4º, inciso IV o qual determinou que o Princípio da Presunção de Inocência assim como outros direitos fundamentais são cláusulas pétreas, portanto não são passíveis de alteração ou revogação.

Portanto, podemos concluir que conforme a constituição é necessário por parte do Estado a comprovação da culpabilidade do indivíduo, sob pena de retornarmos ao arbítrio estatal, conforme prega o Ministro Alexandre de Moraes em sua obra de Direito Constitucional.

A Carta de Direitos ainda que proíba a prisão do indivíduo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, existe uma exceção a qual o mesmo diploma expõe como prerrogativa, é o inciso LXI do artigo 5º:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, 1988).

Além do flagrante delito existem outras possibilidades constitucionais de prisão antes do trânsito em julgado; são elas as denominadas prisões cautelares, que são utilizadas em regra para resguardar o andamento do processo penal.

3 DA LEGALIDADE DO TEMA

3.1 Possibilidades constitucionais de prisão antes do trânsito em julgado

A prisão é a privação do direito de liberdade do indivíduo através do flagrante delito ou de ordem de autoridade judicial competente sendo esta em virtude do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, no curso do processo ou investigação. (CAPEZ, 2016).

A nossa Constituição expõe as oportunidades em que o Estado pode privar a liberdade de locomoção do cidadão antes do trânsito em julgado em seu artigo 5º, inciso LXI. São elas a prisão militar e as prisões cautelares.

Já a prisão militar ocorre em virtude de transgressão disciplinar ou de crime propriamente militar e tem como sujeito passivo, apenas o militar que somente poderá ser submetido à prisão quando esta for inevitável para que seja restaurada a ordem administrativa e preservar os princípios da Hierarquia e Disciplina, princípios indispensáveis dentro do Processo Penal Militar. (BISPO, 2011).

Por fim, a prisão cautelar é que uma medida cautelar recaída sobre pessoas, ou seja, um procedimento judicial que tem como objetivo a conservação, defesa ou segurança da eficácia de um direito. São consideradas prisões cautelares a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

Para Nucci (2018), a prisão cautelar no Processo Penal e a tutela de urgência no Código de Processo Civil têm praticamente a mesma função, pois a tutela é aplicada quando há perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo ou quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito, já a prisão cautelar é decretada diante do *periculum libertatis e fumus commissi delicti*, que é o risco de dano ao processo ou a segurança da sociedade e da ordem econômica em razão da liberdade do réu por conta de sua personalidade ajustada para a marginalidade, aumentando o risco de reiteração delitiva.

A prisão em flagrante, como já vimos, apareceu em todas as constituições brasileiras sendo que na atual está prevista no artigo 5º, LXI. Já seu procedimento está previsto nos artigos 301 a 310 do CPP. Qualquer do povo é competente para dar a voz de prisão em flagrante, sendo que a pessoa comum que está diante de uma situação de flagrância não está obrigada a realizá-lo, ao contrário das autoridades policiais, por estarem diante do estrito cumprimento do dever legal em razão de suas funções. (BRASIL, 1941).

O flagrante pode ser feito diante da certeza visual, logo após uma perseguição de um indivíduo que se faça presumi-lo como autor do fato ou quando este é encontrado com objetos que façam o determinar como o autor da conduta delitiva.

Após a voz de prisão o preso é conduzido para a delegacia e é feito a oitiva de testemunhas e, na sua falta, os dois condutores deverão assinar o auto de prisão em flagrante, em seguida é ouvida a vítima, se houver e, por fim, o averiguado, o qual possui a prerrogativa constitucional de se manter em silêncio, lavrando-se o auto de prisão em flagrante e entregando a nota de culpa.

No prazo de vinte e quatro horas o preso é conduzido para o juiz competente que realizará a audiência de custódia, onde o magistrado poderá relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

A audiência de custódia, embora não esteja expressamente prevista na Constituição nem no Código de Processo Penal, o Pacto São José da Costa Rica (1969) reza em seu artigo 7º, 5 preceitua que toda que se encontrar presa ou detida deverá ser encaminhada sem muita espera a autoridade judicial e tem o direito de ser colocada em liberdade ou aguardar o seu julgamento presa em prazo razoável.

Importante lembrar que o indivíduo que se apresenta espontaneamente a autoridade policial não pode ser preso em flagrante, não obstante que lhe seja determinada prisão preventiva ou temporária. (CAPEZ, 2016).

A prisão preventiva, diferente da prisão em flagrante só pode ser decretada pelo juiz em fase de investigação por representação de autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público/querelante. Já em fase processual, além das partes competentes mencionadas, o assistente de acusação também pode requerer a prisão preventiva do denunciado.

Para ser decretada deve o magistrado sentir-se diante do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* e estar convencido da prova de materialidade e indícios de autoria. Ademais, a prisão deve ser motivada para garantia de ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para a segurança da aplicação da lei penal. (NUCCI, 2018).

Ainda como pressuposto para a aplicação desta modalidade de prisão, deve o investigado ser reincidente em crime doloso, ter supostamente praticado crime doloso com pena superior a quatro anos ou ainda, em casos de violência doméstica e familiar, para a garantia da execução de medidas protetivas de urgência. A prisão preventiva não tem prazo e pode ser revogada no qualquer momento após os motivos que a autorizaram terem desaparecido.

O tempo que o indivíduo ficou preso preventivamente é descontado na hora da aplicação da pena da sentença condenatória definitiva, este instituto é chamado de detração, conforme prevê o artigo 42 do Código Penal.

A terceira espécie de prisão cautelar é a prisão temporária que tem todo seu procedimento regido pela Lei nº. 7.960/89. Pode ser decretada em fase de inquérito policial ou investigações. Neste caso, o juiz não pode decretar de ofício, sendo apenas possível a autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. É cabível quando for medida imprescindível para as investigações de inquérito policial, quando o indivíduo não possuir residência fixa, não fornecer os elementos necessários para sua identificação e houver fundadas razões de sua participação nos crimes previstos no diploma mencionado. Seu prazo é de cinco dias sendo prorrogáveis por igual período no caso de comprovação de real necessidade. Nos casos de crimes hediondos e equiparados o prazo se estende para 30 dias, prorrogáveis pelo mesmo período, ressalvando sua extrema necessidade.

Diante o exposto podemos concluir que no Direito Brasileiro não existe qualquer outra forma de prisão admitida em lei antes do trânsito em julgado em sentença penal condenatória a não ser as mencionadas neste tópico,

3.2 O projeto de lei Anticrime e o artigo 283 do Código de Processo Penal

Em 2018, pouco tempo depois da modificação jurisprudencial do Supremo, o Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro diante da crise política no Brasil e a Operação Lava-Jato ingressou com o referido projeto de lei, o qual preceitua seu artigo 1º que o projeto estabelece medidas contra os crimes de corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

Em entrevista para o jornal O Estado de São Paulo (2015), algum tempo antes da apresentação de seu projeto, Moro declarou que para combater os crimes de grandes desvios de dinheiro público a melhor solução seria atribuir à sentença penal condenatória uma eficácia imediata mesmo que ainda caibam recursos e que, neste caso, não é ferido o Princípio da Presunção de Inocência, pois em sua opinião, este serve contra punições prematuras e que a prisão deve ser imposta como regra para crimes graves a partir do primeiro julgamento.

O pacote tem como principais mudanças o enrijecimento das penas, o aumento do tempo para progressões de regime e saídas temporárias para os sentenciados por crime de organização criminosa, alteração de regras no julgamento do recurso de embargos infringentes, a submissão imediata do pronunciado ao julgamento do tribunal do júri, infringindo o princípio do duplo grau

de jurisdição e a modificação do artigo 283 do CPP deixando expressa a possibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

Caso a proposta de alteração do conteúdo do artigo 283 for aprovada o texto ficará da seguinte forma:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado. (BRASIL, 2017).

Porém, se o texto constitucional diz que para o indivíduo ser considerado culpado é obrigatório o trânsito em julgado, qual sentido teria adicionar a condenação criminal exarada por órgão colegiado como outra alternativa? Não faz sentido algum alterar o texto de uma lei infraconstitucional que contradiz uma lei Constitucional.

Um projeto de lei que se diz ser anticrime que aborda somente temas relacionados ao aumento de pena e enrijecimento do ordenamento jurídico penal não conseguirá solucionar a problemática da criminalidade no país, pois o combate ao crime não está relacionado à punição que o indivíduo irá receber, mas sim em estudar a criminologia, descobrir as razões que faz o criminoso delinquir e promover estudos sociais e de personalidade.

Segundo o blog Pastoral Carcerária (2014), uma situação que comprova que o criminoso não se importa com a rigidez das sanções penais é o estudo realizado por José de Jesus Filho, assessor jurídico da Pastoral Carcerária Nacional que concluiu que metade da população carcerária brasileira é reincidente. Na pesquisa, foram analisados 751 presos de diversas unidades prisionais localizadas em São Paulo.

Este estudo é uma parcela do projeto de pesquisa denominado “Populações Carcerárias na América Latina” que também foi desenvolvido em países como Peru, El Salvador, Chile e Argentina, tendo o Brasil perdido em porcentagens de reincidentes apenas para o Chile, que apresentou uma porcentagem de 52,9%. (CRUZ, 2014).

Digo isto, pois a reincidência é uma causa agravante da pena prevista no artigo 61 e incisos do Código Penal, portanto é possível perceber que mesmo o indivíduo ciente de que ser condenado novamente por outro crime de mesma espécie ou não tem sua pena agravada, insistem em reiterarem práticas criminosas.

O Projeto da Lei Anticrime faz o sistema punitivo retroceder no tempo, em verdadeiro, em que legitima todo um imaginário coletivo que busca, acima de tudo, a repressão penal. (PREUSSLER, 2017).

Diante o exposto, pensar que eventual lei consiga combater o crime no país soa, no mínimo, absurdo, pois não existe uma receita certa para colocar fim aos crimes. Quem insiste em acreditar que o enrijecimento das sanções penais irá combater o crime e/ou fazer o criminoso pensar antes de cometer um ato, está enganado, pois o crime sempre fará parte da nossa sociedade.

3.3 A evolução jurisprudencial acerca do tema

No que toca a evolução jurisprudencial houve no total três grandes repercussões no Supremo Tribunal Federal a respeito da prisão em segunda grau de jurisdição e é importante lembrar que também houveram outros julgados no STF que discutiram o tema deste trabalho, mas serão citados os de maior impacto, ou seja, que alteraram o entendimento jurisprudencial na época.

Antes de discutir os posicionamentos, é importante dizer que é o primeiro julgado que abordou o tema foi no ano seguinte da entrada em vigor de nossa atual Carta de Direitos, em 1989 no HC nº 67.245/MG.

O HC mencionado foi impetrado por um paciente condenado como incurso no crime de homicídio por duas vezes como mandante pela pena de 24 anos de reclusão e pediu por aguardar em liberdade o julgamento de recurso extraordinário, pedido este que foi negado por unanimidade, onde o relator ex-ministro Aldir Passarinho utilizou-se do argumento de que o recurso extraordinário possui efeito devolutivo, não ferindo o Princípio da Presunção de Inocência, segundo seu entendimento. Vejamos:

PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICÍDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5.,LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(HC 67245, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ 26-05-1989 PP-08945 EMENT VOL-01543-02 PP-00244)

No ano de 1991, novamente o tema passou a ser motivo de discussão pelo Pleno após o julgamento do HC nº 68.726/DF, onde o impetrante foi condenado como incurso nos artigos 121 §§ 3º e 4º combinados com os artigos 129, parágrafos 6º e 7º do Código Penal, na forma do artigo 70 do mesmo diploma e requereu também a espera do julgamento do recurso extraordinário em liberdade. (STF, 1991).

O relator do acórdão foi o ex-ministro Néri da Silveira e por decisão unânime o pedido de *habeas corpus* foi indeferido, sob o fundamento de que o recurso extraordinário devolve para instância superior o reexame de toda a matéria, porém os efeitos da sentença ficam vigentes, ou seja, possui efeito devolutivo, conforme previa o revogado artigo 27, § 2º da Lei nº 8.038/90. A ementa da decisão ficou da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIACÃO OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR.2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.
(STF – HC: 68726 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209)

A partir daí a decisão foi pacificada e o entendimento se manteve desta forma por mais de uma década, até o momento do julgamento do HC nº 84.078/MG, oportunidade em que o impetrante condenado como incurso nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal a pena de 7 anos e 6 meses de reclusão em regime inicialmente fechado, após ser submetido a novo julgamento depois de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público. (STF, 2009).

O acórdão que teve como relator o ex-ministro Eros Grau, o qual utilizou como respaldo de sua decisão o artigo 637 do Código de Processo Penal e os efeitos dos recursos especial e extraordinário, bem como pontuou sobre a Lei Execuções Penais da seguinte maneira:

A Lei 7.210/84 condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147). Dispõe ainda, em seu artigo 164, que a certidão

da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial. (GRAU, 2009, p. 8).

Em seu voto foi abordado diversas informações acerca das penas restritivas de direitos e a ilegalidade de sua aplicabilidade antes do trânsito em julgado, por ferir o Princípio do Estado de Inocência, trazendo diversos julgados sobre o tema.

Ora, a nada se prestaria a Carta de Direitos se o Supremo Tribunal Federal aceitasse que um indivíduo a ser considerado culpado (suportar a execução da pena) antes mesmo do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (GRAU, 2009).

Diante o exposto, o entendimento da Suprema Corte alterou-se novamente, entendendo pela proibição da execução provisória da pena em razão das vedações em diversas leis e, principalmente na Constituição Federal. A decisão desta vez não foi unânime como nos outros julgados já mencionados anteriormente. Vejamos a ementa:

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. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...) O não conhecimento da impetração no Superior Tribunal de Justiça inviabiliza o conhecimento deste habeas corpus. Há, contudo, evidente constrangimento ilegal, a ensejar imediata atuação desta Corte. Habeas corpus não conhecido; ordem concedida, de ofício.

(HC 98212, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/11/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-02 PP-00305 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 350-356)

Após 7 anos, em 2016, novamente o STF discutiu sobre o tema estudado no HC nº 126.292/MG, mas nesta ocasião, a maioria dos votos concordaram com a constitucionalidade da execução antecipada da pena.

A ordem de *habeas corpus* foi impetrada por um paciente condenado por foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de roubo majorado. (STF, 2016).

O relator do acórdão desta vez foi o ex-ministro Teori Zavascki e para fundamentar sua decisão utilizou-se de julgados anteriores ao do Ministro Eros Grau em que reconheciam a possibilidade da execução antecipada da pena sem infringir o texto constitucional, tendo em vista o caráter devolutivo do recurso extraordinário.

Também foi abordado que tanto o recurso extraordinário quanto o especial ao serem enviados para o terceiro grau de jurisdição não analisam mérito, mas sim questões de direito. “Parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso

concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários.” (ZAVASCKI, 2016, p. 10).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃOCONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado. - MIN. TEORI ZAVASCKI HC 126292 / SP “(...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA.” (JUSBRASIL, 2016).

Assim como no ano de 2009, a decisão não foi unânime, porém a maioria dos Ministros concordou que o nosso ordenamento jurídico permite sim a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sem qualquer infringência Constitucional.

Podemos concluir que é óbvio que o Supremo está dividido quanto ao tema, o que causou diversos reflexos em nosso ordenamento jurídico, tendo vários juristas manifestado sobre a temática, alguns favoráveis, seja por conta do caráter devolutivo do recurso extraordinário, pelo combate a referida impunidade mencionada no pacote Anticrime ou pelo fato de que as instâncias extraordinárias não analisam questões de mérito e sim, de direito.

Já outros continuam se mantendo contra a decisão, tanto por causa do texto constitucional e tanto pelos tratados de direito internacional. Podemos citar como exemplo os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, os quais proferiram decisões monocráticas isoladas acerca do tema. Ademais, ainda estão pendentes de julgamento duas ações declaratórias de constitucionalidade acerca do Princípio da Presunção de Inocência, a execução provisória da pena e o artigo 283 do Código de Processo Penal.

4 OS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO APÓS O HC 126.292

4.1 As ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44

Após a tão comentada decisão da Corte Superior, o Partido Ecológico Nacional (PEN) propôs a ADC de nº 43, onde pugnou como pedido principal a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, sob o argumento de que a Lei 12.403/11 foi criada para frisar ainda mais o Princípio da Presunção de Inocência no Direito Processual Penal brasileiro com a nova redação do artigo.

No mesmo dia, o Conselho Federal da OAB também propôs a ADC 44 a qual também postula pelo reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, sob o argumento de que o acórdão da decisão no HC 126.292 silenciou sobre o dispositivo. “Tal omissão conduz à inequívoca conclusão de que – paradoxalmente – o referido dispositivo permanece válido, devendo, portanto, ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais”. (TRINDADE *et al*, 2016, p. 4).

Os proponentes destacaram o princípio da separação de poderes, o qual delimita a participação de cada um dos poderes, não cabendo ao Judiciário invadir a seara do Legislativo para alterar o que foi fixado expressamente pelo legislador.

Também foi abordado o princípio da reserva legal, o qual proíbe a regulamentação e a criação de modalidades de prisão por meio de sentenças e, portanto, a prisão para a execução provisória da pena está proibida no Direito Brasileiro, até porque o artigo 7º, 2 do Pacto São José da Costa Rica diz que o indivíduo somente poderá ser privado de sua liberdade nas condições previamente fixadas pelas suas constituições políticas dos Estados Partes ou pela legislação de acordo com elas promulgadas. (CARVALHO, 2017).

Repare que as ações possuem o mesmo objetivo – a declaração da constitucionalidade do artigo 283 –, mas o que diferiu a ADC 43 foi que foi apresentado em seu conteúdo dados levantados do STJ de que “a taxa média de sucesso nos recursos especiais tem variado, nos últimos anos, entre 29,30% (2015) e 49,31% (2008).” (SOUSA FILHO *et al*, 2016, p. 79).

Já em relação a recursos extraordinários foi apresentado pelos proponentes que em artigo publicado pelo ex-Procurador Geral da República Rodrigo Janot que o percentual de provimento em favor dos acusados em recursos extraordinários criminais foi de 0,013%. (STF, 2016).

Ao depararmos com esses dados soa no mínimo absurdo imaginar que o acusado após iniciar seu cumprimento de pena em segunda instância tenha provimento em recurso

extraordinário ou especial, pois os danos que serão causados a esse indivíduo serão de grande impacto em sua vida.

Ainda que as chances de provimento sejam pequenas no que pesa ao recurso extraordinário não podemos negar a chance de possibilidade de sucesso apresentada pelos números. Portanto o Supremo não pode deixar a sede de condenação dos acusados da Operação Lava-Jato passar por cima das garantias constitucionais impostas aos réus no Processo Penal.

Como a decisão do HC 126.292 teve grande repercussão, diversas instituições tiveram pedido de participação como *amicus curiae* deferido, como a Defensoria Pública da União, do Rio de Janeiro, do Estado de São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Associação dos Advogados de São Paulo, Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto dos Advogados de São Paulo, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, Instituto Ibero Americano de Direito Público, Instituto dos Advogados Brasileiros e a Procuradoria Geral da República. É possível definir o termo *amicus curiae*, como terceiro admitido no processo que auxilia o julgador na interpretação do Direito, ou seja, o amigo da corte. (CARVALHO, 2017).

As medidas cautelares de urgência nas ações foram julgadas conjuntamente em razão do mérito ser igual, porém foram indeferidas e hoje, as ADCs ainda aguardam julgamento pelo Supremo que em breve será realizado.

4.2 Do caso concreto submetido à análise do STF

O caso submetido à análise do Pretório Excelso tratava-se de um indivíduo que fora condenado a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicial fechado, com direito de recorrer em liberdade, como incurso no crime de roubo duplamente majorado por uso de arma (causa de aumento que ainda vigorava na época, mas foi revogada pela Lei 13.654/18) e em concurso de agentes. (STF, 2016).

Após sentença condenatória em segunda instância, apenas a defesa apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual não proveu o recurso, determinando a expedição de mandado de prisão contra o sentenciado.

Inconformada com a expedição de mandado de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, tendo seu pedido negado pela Ministra Presidente do Colendo Tribunal:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Ainda inconformada, a defesa impetrou o *habeas corpus* 126.292 ao Supremo acreditando em finalmente receber uma decisão que finalmente estive de acordo com a nossa Carta Política, onde, no que se refere ao tema deste trabalho, alegou que a prisão do paciente fora decretada sem a decisão condenatória com trânsito em julgado, já que manifestou a vontade de recorrer. (STF, 2016).

Também foi alegado no referido remédio constitucional que as decisões proferidas anteriormente não prescindiram conforme o entendimento jurisprudencial do Pleno, haja vista que naquela época o entendimento era de acordo com decisão proferida no julgamento do HC 84.078/MG no ano de 2009, pelo Ministro Eros Grau, como já foi mostrado.

Todavia, mesmo com entendimento que perdurou durante quase sete anos de que a prisão só pode ser decretada após o trânsito em julgado em todas as instâncias sem nenhum recurso pendente de apreciação, o Supremo Tribunal Federal mudou novamente sua posição, negando provimento ao HC.

4.3 Do conteúdo dos votos contrários

O Ministro Edson Fachin em seu voto ponderou que a execução provisória da pena é possível ser realizada sem infringir o texto constitucional, haja vista que a Constituição veda o acionamento das Cortes Superiores para resolução de injusto individual e que os recursos especial e extraordinário possuem efeito devolutivo. Ademais, pontuou também que na maioria dos casos os recursos mencionados são interpostos com finalidade meramente protelatória.

Em seu ponto de vista se a Constituição der tamanha extensão ao princípio ao permitir ao réu o aguardo de recursos especial e extraordinário após uma condenação em segundo grau de jurisdição realizada por sábios julgadores nossa Carta Política estaria dando uma presunção de insegurança à credibilidade das decisões das instâncias ordinárias. (STF, 2016).

O Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que o cumprimento de pena em segunda instância não fere a presunção de inocência, pois em sua opinião o princípio não é regra e “pode ser aplicada com maior ou menor intensidade quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”. (BARROSO, 2016, p. 27). Portanto, após uma nova condenação em segunda instância com provas suficientes da autoria do réu a iniciação do cumprimento da sanção que lhe foi imposta não seria inconstitucional.

O Ministro opinou que a decisão além de ser constitucional torna a justiça mais célere e equilibrada, tornando-o mais igualitário, diminui o incentivo à criminalidade e a impunidade dos crimes de colarinho branco.

Também votou contra o provimento do HC o Ministro Luiz Fux, o qual argumentou em seu voto que o conceito de presunção de inocência está descrito na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU da seguinte maneira: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada”, não precisando, em sua opinião, do trânsito em julgado. Porém o nobre Ministro não observou que o dispositivo da DUDH da ONU foi omissivo ao dizer se precisa ou não do trânsito em julgado e, neste caso, é melhor aplicar-se o princípio do *in dubio pro reo*.

Além disso, o Ministro também pretextou que os recursos interpostos ao STJ e ao STF na questão do mérito já possuem coisa julgada e, ademais, que interrompendo-se o cumprimento da pena até o julgamento de todos os recursos, a defesa iria propor recursos *ad in finitum*, podendo em certo momento alegar a prescrição do crime, dando uma sensação de impunidade. (FUX, 2016).

O relator ex-Ministro Teori Zavascki ressaltou que até que a segunda instância é aceitável que o réu aguarde o julgamento dos recursos ainda pendentes sem iniciar o cumprimento da pena, presumindo-se sua inocência, porém, após esse momento os recursos cabíveis às instâncias superiores não analisam provas, portanto, não há que se falar em presunção de inocência neste momento. (ZAVASCKI, 2016).

Ademais, Zavascki lembrou a Lei Complementar 135/2010, conhecida por “Lei da Ficha Limpa”, a qual preceitua que a produção de efeitos de sentença penal condenatória em segunda instância não fere o Princípio da Presunção de Inocência.

Quanto aos votos contrários dos Ministros Gilmar Mendes e Carmen Lúcia, estes em nada inovaram e mantiveram os mesmos argumentos e linha de raciocínio de seus colegas, de que o Estado de Inocência não é infringido com a execução provisória da pena, pois o nas instâncias superiores não são analisadas provas, votando pelo não provimento do HC 126.292.

4.4 Do conteúdo dos votos favoráveis

A Ministra Rosa Weber votou pela manutenção da antiga jurisprudência de 2009, com fulcro no princípio da segurança jurídica. Para sua opinião não há razões para afastar os fundamentos colocados na antiga jurisprudência do STF. Para fundamentar seu voto a Ministra citou o artigo 5º, LVII da CF, além de frisar que a única prisão que deve existir antes de condenação penal transitada em julgado é a prisão de natureza cautelar. A Ministra inseriu em seu voto diversas citações de julgados anteriores sobre o tema.

O Ministro Marco Aurélio em seu voto argumentou que estamos em época de crise, pois o Supremo ao permitir a execução provisória da pena coloca em jogo a o direito de ir e vir e que sem sombra de dúvidas a decisão afronta o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, o qual argumento que em seu ponto de vista, não permite interpretações, pois na hermenêutica quando o texto é preciso e cristalino não é necessário quaisquer espécies de interpretações. “Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”. (AURÉLIO, 2016, p. 76).

O Ministro Celso de Mello aduziu que o Princípio da Presunção de Inocência é uma conquista histórica do povo em sua luta contra a opressão e o abuso de poder e que o princípio é parte da democracia e citou diversos documentos internacionais que o trouxeram em seu conteúdo, quais sejam, o Pacto São José da Costa Rica, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Carta de Banjul, a Declaração Islâmica de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Ademais, o Ministro também trouxe os artigos 105 e 147 da Lei de Execuções Penais, os quais trazem consigo em seu texto que para a expedição de guia para cumprimento de pena tem que haver o trânsito em julgado, finalizando que a execução prematura da pena é totalmente incompatível ao que preceitua a Magna Carta.

Por fim, Ricardo Lewandowski manteve a mesma linha de raciocínio que a de seus colegas, adicionando que o sistema carcerário brasileiro está falido e lotado e que tal tema foi motivo de discussão pelo Pleno na ADPF 347 proposta pelo PSOL e, portanto não há sentido facilitar a entrada de mais pessoas no sistema prisional. (LEWANDOWSKI, 2016).

4.5 Do resultado do julgamento

O resultado do julgamento foi publicado no dia 17 de fevereiro de 2016 e por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o cumprimento de pena em segunda instância com o julgamento de recursos especial e extraordinário nas instâncias superiores não fere o princípio da presunção de inocência.

Dentre os Ministros que votaram contra o provimento do HC estão os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes e o Relator Teori Zavascki. Já os Ministros vencidos que votaram favorável pelo provimento do HC foram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Como representante do Ministério Público falou o ex-Procurador Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, o qual também foi a favor pela denegação da ordem da *habeas corpus* ao impetrante. (STF, 2016).

A defesa continuou entendendo que a expedição de mandado de prisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo afronta diretamente o texto constitucional, pois ainda existia recurso que carecia de julgamento. (STF, 2016).

O resultado desagradou juristas e operadores do direito e passou a ser motivo de discussão no âmbito do Direito. Ademais, destaca-se o Ministro Ricardo Lewandowski que continua proferindo diversas decisões monocráticas favoráveis a ordens de *habeas corpus* que trazem consigo a fundamentação de que a prisão em segunda instância fere totalmente o Princípio da Presunção de Inocência.

4.6 Decisões monocráticas posteriores e manifestações isoladas de ministros

É notório o quanto o mundo jurídico está dividido em relação ao posicionamento quanto ao tema deste trabalho. O Ministro do STF Ricardo Lewandowski, por exemplo, no dia 14 de novembro de 2018 concedeu o HC 137.494/DF, o qual foi impetrado por um paciente condenado à pena de 15 anos de reclusão pelo crime de homicídio qualificado por conta de um requerimento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para expedição de guia de cumprimento provisório da pena ainda com recurso de agravo contra decisão que negou seguimento aos recursos Especial e Extraordinário e mesmo a sentença condenatória tendo permitido ao réu o direito de recorrer em liberdade, o juízo de origem concordou com o pedido do *parquet*. (LEWANDOWSKI, 2018).

Para fundamentar sua decisão, o Relator ressaltou primeiramente a violação ao texto Constitucional, pois o artigo 5º, inciso LVII da CF é protegido contra quaisquer emendas constitucionais que visem modificá-lo ou revogá-lo, pois o artigo 60, § 4º da Carta discrimina

dispositivos que não são passíveis de modificações, entre eles os direitos e garantias individuais, qual seja, um deles, o Princípio da Presunção de Inocência.

Ademais, relembrou do artigo 283 do CPP, bem como o artigo 594 do CPP Militar, os quais trazem a mesma ideia de que para um indivíduo ser preso é necessário o esgotamento de todos os recursos em todos os graus de jurisdição por meio do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não foi a primeira vez que Ricardo Lewandowski profere decisão em relação ao tema com o mesmo posicionamento narrado acima. O Ministro também julgou casos parecidos como, por exemplo, os HCs nº 135.951/DF e 140.217/DF, utilizando-se dos mesmos fundamentos legais citados.

Lewandowski continua mantendo o mesmo posicionamento em suas decisões e a mais recente foi em maio de 2019, quando concedeu *habeas corpus* ao ex-vereador da cidade de Campos Goytacazes – Rio de Janeiro, condenado em segunda instância pelo Tribunal Regional Eleitoral a 4 anos e 8 meses de prisão. A decisão tem como principal argumento o a suspensão do cumprimento da pena do sentenciado até o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44. (POMPEU, 2019).

Outro Ministro que discordou com o cumprimento de pena antecipado foi Celso de Mello ao julgar o HC 135.100/MG, impetrado por um paciente condenado por homicídio que, ao impetrar o HC para o Superior Tribunal de Justiça em razão da determinação da execução provisória de sua pena teve seu pedido denegado, onde o relator Ribeiro Dantas fundamentou a decisão do tribunal utilizando o julgamento do HC 126.292.

Porém, Celso de Mello discorda da aplicação da tese mencionada, pois a decisão proferida pelo STF não possui eficácia vinculante, portanto, não cabe aos juízes aplicarem compulsoriamente tal entendimento:

Nem se invoque (...) o julgamento plenário do HC 126.292/SP (...), pois tal decisão (...), pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, (...) a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral. (MELLO, 2016, p.3)

Ao concluir sua decisão o Ministro asseverou que ainda que a decisão pela constitucionalidade da execução provisória da pena tenha sido majoritária, continua permanecendo na corrente minoritária e que tais posicionamentos proferidos que prevaleceram no dia da votação do HC 126.292 o assusta, pois em sua opinião é uma inflexão hermenêutica, de índole regressista. Ademais, pontuou que o Princípio da Presunção de Inocência não diminui conforme vai sendo discutido recursos em instâncias superiores e que é

inconstitucional qualquer tipo de execução provisória da pena, ainda que de multa. (MELLO, 2018).

Ao analisarmos as decisões monocráticas proferidas, podemos concluir que o entendimento ainda não está pacificado, razão pela qual os Tribunais não devem fundamentar no HC 126.292, haja vista que tal decisão não possui eficácia vinculante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a recém-adquirida interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca do Princípio da Presunção de inocência, é evidente a repercussão causada no mundo jurídico, uma vez que se trata da liberdade do cidadão.

Tem-se que o objeto deste trabalho foi alcançado, em razão de mostrar que a decisão foi inconstitucional, pois ao analisar nossa legislação, não dá para encontrar qualquer brecha que autorize a prisão antes do trânsito em julgado.

Após uma análise criteriosa aos dados informados no presente, facilmente podemos constatar o retrocesso que está havendo no âmbito dos Direitos Humanos no Brasil, isto porque o mundo passou por uma imensa batalha durante a História para poder conquistar seus direitos, inclusive o Estado de Inocência.

Documentos de grande importância na História Mundial preceituaram o Princípio, como por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com a ascensão do Iluminismo e a Constituição dos EUA, redigida após o país conquistar sua independência.

No Brasil, somente fomos ter o Princípio realmente respeitado e aplicado para todos após a Magna Carta de 1988, mesmo que outras constituições o trouxeram em seu conteúdo, em uma época mais distante, os direitos não eram respeitados, por exemplo, na Constituição de 1822, época de escravidão, xenofobia e preconceito.

Em que pese o entendimento jurisprudencial aplicado desde a entrada em vigor da nossa Constituição, ainda que o texto do artigo 5º, LVII seja extremamente claro no que diz, em 2009 finalmente o Pleno entendeu e estabeleceu ser incompatível o entendimento com a literalidade da Constituição e, como guardião da CF, a Suprema Corte votou através da relatoria de Eros Grau pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Lamentavelmente o entendimento fora novamente alterado em 2016 e, nota-se que o Supremo alterou o entendimento simplesmente em razão do momento político em que nosso país vive, onde a população cansada de impunidade aplaude aqueles que condenam, sem ao mesmo conhecer o impacto que uma decisão pode causar, em que pese as garantias constitucionais.

É claro que, conforme asseverado por alguns Ministros na votação do HC 126.292, aguardar o julgamento de recursos especial e extraordinário para poder cumprir a pena imposta pode ser uma brecha para a defesa utilizar-se para escapar seu cliente de sua punição, alegando eventual prescrição. Fazer o que se nossa constituição é garantista?

Outrossim, não podemos revogar um direito para todos pensando em casos isolados e não esquecer que a Lei 12.403/11 adveio justamente para sanar qualquer dúvida existente acerca da legalidade do cumprimento provisório da pena, alterando o texto do artigo 283 do CPP.

Ademais, as ADCs 43 e 44 merecem ser julgadas procedentes, uma vez que o texto constitucional não permite outra interpretação do artigo mencionado, a sede de punição para mostrar eficiência no Poder Judiciário não pode passar por cima dos Direitos Fundamentais, uma vez que estes são considerados pela Lei Maior cláusulas pétreas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Aline. **O princípio da presunção de inocência nas constituições brasileiras até o julgamento do habeas corpus 126.292**. Disponível em:

<https://juridicocerto.com/p/correspondentealineb/artigos/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-nas-constituicoes-brasileiras-ate-o-julgamento-do-habeas-corpus-126-292-3541>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, Rio de Janeiro RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24_compilado.htm. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal** (1941). Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: maio de 2019.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal** (1940). Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43.** Autor: Partido Ecológico Nacional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44.** Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>. Acesso em: setembro de 2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 137.494.** Relator: Ricardo Lewandowski. DJ: 14 nov. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339071271&ext=.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 135.100.** Relator: Celso de Mello. DJ: 1 jul. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160705-02.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292.** Relator: Teori Zavascki. DJ: 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 6 mai. 2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078.** Relator: Eros Grau. DJ: 5 fev. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 6 mai. 2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 68.726.** Relator: Néri da Silveira. DJ: 28 jun. 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 6 mai. 2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 67.245.** Relator: Aldir Passarinho. DJ: 28 mar. 1989. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70222>. Acesso em: 6 mai. 2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Notícias. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 3 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Raphael Fernandes Pinto de. **Princípio da Presunção de Inocência e a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal**. Tese – UFRJ. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-raphael-fernandes-pinto-de-carvalho>. Acesso em: 24 set. 2019.

CORRÊA, Fabrício da Mata. **Pontos Críticos do Projeto Anticrime**. Disponível em: <https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/671521719/pontos-criticos-do-projeto-anticrime>. Acesso em: 12 set. 2019.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1953. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

CRUZ, Elaine. **Metade dos detentos de SP é reincidente, mostra estudo**. Agência Brasil, São Paulo, 24 mar. 2014. *On-line*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/metade-dos-detentos-de-sp-e-reincidente-avalia-estudo>. Acesso em 15 set. 2019.

DIAS, Marco André Bonotto Gonçalves. **Habeas Corpus 126.292: prisão em segunda instância e a presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal**. Tese – UFSM. Santa Maria, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/12654/MARCO_ANDRE_BONOTTO_GON%20C3%87ALVES_DIAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 set. 2019.

EMERICH, Amanda Patussi. **Efeito devolutivo e suspensivo dos recursos**. Disponível em: <https://amandapatussi.jusbrasil.com.br/artigos/113494290/efeito-devolutivo-e-suspensivo-dos-recursos>. Acesso em: 06 mai 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. (1789). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-etdu-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 6 abr. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Tese – UFSC. Florianópolis, 2016 Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/166559/A%20evoluc%20cc%a7a%20cc%83o%20histo%20cc%81rica%20do%20Princi%20cc%81pio%20da%20Presunc%20cc%a7a%20c%83o%20de%20Inoce%20cc%82ncia%20no%20Processo%20Penal%20Brasileiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 out. 2019.

MACEDO, Fausto. O problema é o processo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 29 mar. 2015. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/%3famp>. Acesso em: 6 abr. 2019.

METADE dos presos de SP é reincidente, indica estudo feito por José de Jesus Filho. **Pastoral Carcerária**. Disponível em: <https://carceraria.org.br/noticias/metade-dos-presos-de-sp-e-reincidente-indica-estudo-feito-por-jose-de-jesus-filho>. Acesso em 15 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Forense, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. São Paulo: Método, 2015

POMPEU, Ana. **Lewandowski estende HC e suspende prisão em segundo grau de vereador**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-13/lewandowski-suspende-prisao-segundo-grau-vereador>. Acesso em: 29 set. 2019.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. **Primeiras notas sobre o projeto de lei Anticrime**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6323-Primeiras-notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-Anticrime%20primeiras%20notas%20do%20projeto%20de%20lei%20anticrime. Acesso em: 01 mai. 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIBAS, Caroline de Andrade. **Presunção de inocência e prisão após condenação em segunda instância**. Tese – UTP. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/10/PRESUNCAO-DE-INOCENCIA-E-PRISAO-APOS-CONDENACAO-EM-SEGUNDA-INSTANCIA.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 17 out. 2019.

SANTOS, José Roberto dos; SILVA, Eliel Geraldino da. **A garantia constitucional da presunção da inocência no estado democrático de direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34474/a-garantia-constitucional-da-presuncao-da-inocencia-no-estado-democratico-de-direito-brasileiro>. Acesso em: 20 abr. 2019

SEMER, Marcelo. **A temerária curva do STF**. Revista Justificando, 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/06/04/a-temeraria-curva-do-stf/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e; WERMUTH, Maiquel A. Dezordi; GRANDO, Juliana Bedin. **Ciências Criminais e Direitos Humanos**. 1. ed. Bento Gonçalves: Associação Refletindo Direito, 2015.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.