

PRISÃO COM CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: AFETA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EXPOSTA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA?

PRISON WITH SECOND INSTANCE CONVICTION: AFFECTS THE PRESUMPTION OF INNOCENCE EXPOSED IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION?

Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski*
Bruna de França Hungaro**

RESUMO

Utilizando a metodologia hipotético-dedutiva, o presente artigo visa clarear as percepções acerca de determinadas decisões jurisprudenciais recentes no que tange a prisão com condenação em segunda instância, e, com uma linguagem neutra expor as indagações dos jurisperitos e doutrinadores ao discordarem se a prisão referida afeta o princípio da presunção de inocência, sendo este um princípio constitucional, propunha-se a indagação: a prisão com condenação em segunda instância é inconstitucional? Através dessa indagação, o artigo presente caminhará através dos históricos que antecederam todas as tomadas de decisões, com ênfase no habeas corpus nº 152.752 / PR, afim de motivar as decisões e opiniões diversas explanadas até o presente.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Não-culpabilidade, Habeas Corpus nº 152.752.

ABSTRACT

Using the hypothetical-deductive methodology, this article aims to clarify the perceptions about certain recent jurisprudential decisions regarding the imprisonment with conviction in second instance, and, with a neutral language expose the inquiries of the jurisperits and doctrinators when disagreeing if the imprisonment referred to affects the principle of presumption of innocence, since this is a constitutional principle, the question was asked: is the imprisonment with a second instance conviction unconstitutional? Through this inquiry, the present article will walk through the history that preceded all decisions, emphasis on habeas corpus nº 152.752 / PR, in order to motivate that decisions and opinions that have been explained up to the present.

Keywords: Presumption of innocent, Non-guilty, Habeas Corpus nº 152.752.

1 INTRODUÇÃO

Em face do *habeas corpus* impetrado em favor do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a ilegalidade da condenação de prisão

* Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar; Graduado em Direito e Teologia pelo Centro Universitário Cesumar; Advogado e professor universitário. Endereço eletrônico: matheuswolowski@hotmail.com

**Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cesumar. Endereço eletrônico: brunahungaro.mga@gmail.com

promovida pelo Superior Tribunal de Justiça, vis à sua concordância na decisão de que o princípio da presunção de inocência não interfere no início da execução da pena quando já esgotados os recursos cabíveis nas instâncias ordinárias.

O presente artigo visa explicar a decisão mais recente em consonância com as decisões proferidas ao longo dos anos a partir da promulgação da Constituição Federal Brasileira, pois, há quem defenda que o princípio da presunção de inocência impede a prisão antes do trânsito em julgado, e há quem defenda o oposto.

O Ministro Luiz Fux, em sua tese da qual tangeu seu voto diante do *habeas corpus*, discorreu acerca da hermenêutica jurídica posta sobre a execução prática da norma constitucional referente à presunção de inocência do cidadão até a sentença penal condenatória. Diante destes aspectos hermenêuticos, o artigo presente busca responder a seguinte pergunta: Prisão com condenação em segunda instância afeta a presunção de inocência?

Será trazida à baila a argumentação dos votos dos Ministros que participaram do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, já que envolvem a temática abordada. Ademais, é conveniente, em primeira ordem, lembrar os acontecimentos passados que influenciaram a vida e as decisões ao passar dos tempos, pois é de conhecimento público a história das nações advindas de guerras e falta de respeito com a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, no intuito da eventual solução desse impasse remetido, exsurge clara e insofismável motivação sobre o estudo no entendimento histórico da presunção de inocência, com intento de compreender a situação da qual a nação se encontrara, e consequentemente avaliar os motivos que motivaram o nascimento do princípio. Assim, com a compreensão do passado, o caminho para o erro se elucida.

Os momentos históricos mais convenientes a estudo no artigo presente, remete aos momentos de maiores exaltações do princípio da presunção de inocência, que são logo após a Revolução Francesa com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e auferido no Brasil depois do Regime Militar e posterior Constituição Federal de 1988.

De forma neutra, o artigo destacará as controvérsias acerca da temática, visando a explicação dos motivos que levaram o Brasil a adotar o entendimento de que é lícito a prisão em condenação em segunda instância.

2O BERÇO DE NASCIMENTO DO CONSAGRADO PRÍNCIPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 A Revolução Francesa e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

A primeira aparição expressa do princípio da presunção de inocência deu-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º extrai-se que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Neste ínterim, a presunção de inocência nasceu diante de uma revolução que teve por escopo o surgimento dos direitos fundamentais, este princípio em específico, visava especialmente a abolição da tortura e do sistema da prova legal (SILVA, 2012, p. 19).

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão originou-se diante de uma sociedade da qual a realidade era humilhante para os que lhe integravam, conforme afirma Maluf, “a França estava destinada a conseguir a vitória das ideias democráticas para si e para o mundo inteiro” (MALUF, 1995, p. 125), afirmação que se justifica ao analisar o descontentamento do Estado Monárquico Absoluto instaurado no país mencionado. Esse momento foi constituído pela força do liberalismo que se instituíra na França sob forte influência dos líderes liberais como Montesquieu, Voltaire, D’Argenson, dentre outros (MALUF, 1995, p. 125).

O grande escopo para o início da revolução ocorreu logo em 1788 com a grande ocorrência de geadas inverniais. Em consequência, resultou-se o insucesso no processo de colheita de alimentos, obrigando os moradores do campo a migrar para as cidades em busca de alimento e sustento. Logo, as fábricas utilizaram-se desse infortúnio para explorar, ao máximo, os trabalhadores em troca de condições humilhantes de existência (COGGIOLA, 2013, p. 288). Destarte, conforme a assertiva de Coggiola, as pessoas “viviam à base de pão preto e em casas de péssimas condições, sem saneamento básico e vulnerável às doenças de todo tipo” (COGGIOLA, 2013, p. 289).

Pressagiando desmesurada magnitude e seriedade ao momento histórico à baila, com anseio de transformar aquela sociedade monárquica e opressora, em uma sociedade democrática, face às múltiplas insatisfações do povo francês, inicia-se a revolução francesa. Nesta vereda, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão surgiu sintetizada pelos princípios de “liberdade, igualdade e fraternidade”, transformando os indivíduos em cidadãos, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem fossem superados, e através da declaração em jus objetiva-se assegurar os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem (MALUF, 1995, p. 126). Deste modo, os representantes do

povo francês e os mesmos levaram-se a repudiar a opressão que viveram durante muito tempo em toda a sua circunscrição (ALBUQUERQUE, 1989, p. 300).

O fato de o princípio de presunção de inocência estar impingido no documento permite caracteriza-lo, dentre outras razões, como direito fundamental na busca da democracia, à vista que as mudanças consagradas no seio da sociedade francesa buscavam essencialmente condições mínimas de existência e a ruptura de privilégios somente destinados à nobreza.

O princípio da presunção de inocência vai além de uma defesa, garantindo aos cidadãos a premissa de “proteção” até que o processo judicial despache uma sentença de mérito, como também, englobando, principalmente, o modo pelo qual o agente é tratado durante o processo, “como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente” (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 66).

Ao se deparar com o contexto histórico inerente aos direitos fundamentais, cumpre ressaltar que um dos seus principais objetivos consiste na luta contra a retroação de todas as conquistas realizadas até então, para que a sociedade e os seus cidadãos não se destinem a tamanha opressão e falta de direitos novamente.

Embora os acontecimentos instituídos na França em 1789 e no Brasil por volta de 1988 colocam-se em situações e décadas diferentes, ambas as sociedades nos respectivos momentos ansiavam o mesmo objetivo: a conquista pelo Estado Liberal, consequentemente, as conquistas provindas através da Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem não haveriam de ficar de fora da Constituição Federativa Brasileira de 1988.

2.2 Antecedentes históricos na construção da Constituição Democrática Brasileira de 1988

A Constituição Federativa Brasileira de 1988 nasceu sob um contexto de crise profunda que se debatia no Estado Brasileiro por volta das décadas de oitenta e noventa (SILVA, 2013, p. 20), especialmente a partir do golpe de 1964, do qual foi instaurado o Movimento Militar no Brasil. Sob a ótica deste movimento, foi deposto o Vice-Presidente da República Jango Goulart e assim, os militares assumiram o poder do Estado.

Até então, a luta pelo poder desencadeou crises políticas e conflitos constitucionais, a luta dos militares no anseio de vitória sobre os militantes comunistas viera

de um tempo considerável, logo após assumirem a liderança, decretaram prisões políticas a todos que seguiram ou simpatizavam com o Presidente deposto, com as ideias de esquerda, ou com os que eram contra o Regime Militar (SILVA, 2013, p. 20).

Não obstante, instaurou-se a AI5, conforme dita a assertiva de Jose Afonso da Silva, “foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil” (2013, p. 90). O instrumento em pauta dera todo o completo poder nas mãos do Poder Executivo da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, em consequência, o Presidente Marechal Arthur da Costa e Silva ficara impossibilitado de exercer suas funções.

O Regime Militar instituído no Brasil fora conhecido pela violação de direitos dos cidadãos, especialmente aos políticos e opositores do novo regime de governo instaurado no território. Dentre as principais realizações dos militares, se destaca a cassação de mandatos de deputados, senadores, prefeitos e governadores e a suspensão do habeas corpus para crimes políticos (SILVA, 2013, pp. 19-20).

Em face desses acontecimentos narrados e, diante dos movimentos dos democráticos que mostraram a insatisfação da população com os acontecimentos que pairavam, a vontade de constituir uma Nova República começou a ganhar espaço, a crise instituída no Brasil nesta época refletia claramente a falta da soberania do povo.

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, ‘com prudência e moderação’, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que se ‘definirá pela eliminação dos resíduos autoritários’, e o que é mais importante ‘pelo início decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira’. E, assim, finalmente, a Nova República ‘será iluminada pelo futuro Poder Constituinte que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã’. (SILVA, 2013, p. 90)

Através da nova Constituição instaurou-se a criação de normas fundamentais, incumbindo-lhe a mesma o “instrumento de realização dos direitos fundamentais do homem” (SILVA, 2013, p. 26) com o objetivo de instituir um Estado Democrático. Nesta vereda, consoante a lembrança de José Afonso da Silva, “é a primeira vez que o Direito Constitucional é efetivamente o ápice e fundamento efetivo do ordenamento jurídico nacional”, haja vista que na história brasileira nenhuma outra Constituição teve tamanha consideração popular como a presente, consideração esta que é alimentada principalmente aos

jovens constitucionalistas que buscam compreender e assegurar os direitos fundamentais assegurados na carta magna (SILVA, 2013, p. 27).

Diante disso, sob o ápice da lembrança ministrada por José Afonso da Silva, cabe aos estudantes, doutrinadores e juristas do Direito analisar atentamente os artigos da Nova Constituição Brasileira a fim de garantir que o texto em jus se materialize na legislação e sociedade presente, englobando todos os cidadãos na busca da democracia, de modo igualitário, libertário e digno.

2.3 Hermenêutica constitucional dúbia: princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade?

Ao adentrar no tema do princípio da presunção de inocência, é perspicaz recordar que o referido se nutre pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Brasileira, que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tangendo o inciso em pauta, os doutrinadores identificaram uma “omissão proposita” (GOMES, 2012, p. 252) por conta de não ser referido claramente no texto constitucional o princípio da presunção de inocência.

Tal interpretação recorre aos doutrinadores mundiais acerca de um entendimento plausível. Alfredo Rocco (GOMES, 2012, p. 252), por sua vez, discorre que ao considerar o princípio da presunção de inocência em sua forma literal, se está aceitando que durante todo o processo o réu seja considerado inocente, o que para o autor é uma desconformidade, à vista que no processo não há inocente – tampouco culpado, mas sim a pessoa meramente acusada.

Para tanto, averigua-se que ao cogitar e analisar o processo como um todo na busca de uma definição de termos para as partes envolvidas, nas palavras do autor em destaque, pode-se cogitar na utilização do termo para o réu durante o processo como uma pessoa “indiciada”, sem afirmar sua inocência ou sua culpabilidade, cuja esta ser a corrente doutrinária responsável pela sustentação da utilização do princípio da não-culpabilidade.

Em síntese, há de se visualizar o embate na questão de que por um lado, deve-se considerar o sujeito inocente até que se prove o contrário com a sentença penal condenatória (princípio da presunção de inocência), e de outro lado, deve-se considerar o sujeito não culpado até que se prove o contrário (princípio da não-culpabilidade). Nesta segunda vereda, presume-se que o sujeito não é inocente, e não é culpado, mas sim, um “indiciado”, conforme Rocco salientou.

Entretanto, apesar da linha tênue entre as duas correntes doutrinárias, no Estado Brasileiro é considerada a corrente do princípio da presunção de inocência (GOMES, 2012, p. 253), e ainda, compreende-se que ambos os princípios possuem o mesmo significado, motivado por uma essência constituinte brasileira: a busca pela liberdade, explanada no art. 1º da Constituição Federal. Conforme pondera Gomes (2012, p. 263), no processo penal, a liberdade individual vem em primeiro lugar, com cunho na inviolabilidade da liberdade. Contudo, apenas em casos excepcionais, pode haver a privação ou restrição dessa liberdade.

A luta pela constituição de um novo Estado fora ministrada pelo povo ao decorrer das décadas, essencialmente a liberdade e dignidade, motivadas diante de momentos críticos na história do qual a população se situava a margem daqueles que detinham o poder, injustamente. À evidência, é imperioso ressaltar a importância do princípio da presunção de inocência, a fim de evitar injustiças e propiciar a liberdade merecida aos cidadãos.

3LIBERDADE VERSUS O PODER DE PUNIR: LIMITES IMPOSTOS AO ESTADO E AO CIDADÃO

Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir”, explica que se invocou o poder de punir como uma função geral da sociedade (2014, p. 224). Intrinsecamente, o sistema penal é orientado por um “projeto, um modelo de sociedade pretendida” (JUNQUEIRA, 2004, p. 20), constituída através da Constituição Federal, ou seja, os valores constitucionais que foram declarados devem ser respeitados levando em consideração que estes se apontam como normas de elaboração do próprio Estado, e o Direito Penal faz parte deste arranjado, este “é o primeiro ponto a observar os limites de atuação estatal, as garantias do indivíduo e o modo pelo qual tais interesses podem ser manejados” (JUNQUEIRA, 2004, p. 27).

O Direito Penal, nas palavras de Nucci, “é o corpo de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação” (NUCCI, 2018, p. 59), ou seja, é o instrumento constitucional constituído a fim de manter a “função geral da sociedade”, devendo propor medidas e limites a fim de suprir tal propósito, “em suma, o direito penal é uma proposta de paz. Seguindo-o, vive-se melhor. Não adotando suas regras, pune-se para obter o mesmo resultado” (NUCCI, 2018, p. 59).

Considerando que a liberdade é um direito inerente a todos os cidadãos, a pena de restrição de liberdade é o castigo “igualitário” para aqueles crimes que ofendem toda a sociedade, além da própria vítima do ato infracional (FOUCAULT, 2014, p. 224). O cerne da

questão recai acerca do seguinte questionamento: se a liberdade é um direito fundamental dos cidadãos, qual o limite deste direito quando se tratar de punição? Ou melhor, por qual motivo existe a pena privativa de liberdade?

A suposta contradição entre liberdade e segurança é fenômeno que alcança as mais diversas discussões (JUNQUEIRA, 2004, p. 17). Apesar das diversas teorias acerca do objetivo do direito penal e da pena, há de visualizar que o direito penal é o instrumento que controla a arbitrariedade dos que comandam o poder estatal (JUNQUEIRA, 2004, p. 17). De acordo com a assertiva de Gustavo,

O Direito Penal positivado não é um simples arrolar ordenado de sanções, mas um Direito de Liberdades. Garante ao cidadão o conhecimento de toda atitude sancionada pelo ordenamento de forma prévia – daí a importância da publicidade – para que se possa conhecer os limites de sua liberdade.(JUNQUEIRA, 2004, p. 20)

Visualizando o Direito Penal como um Direito de Liberdades e como uma função geral da sociedade, a pena denota o limite do cidadão em suas atitudes para manter o Estado em controle, visando assegurar as normas contidas na Constituição, devendo reconhecer estas sanções como um mal necessário (CALDEIRA, 2009, p. 271), à vista que o Direito Penal é um meio de publicidade para os cidadãos saberem exatamente seus limites. Conforme dita a lembrança de Hans Kelsen:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto. (KELSEN, 1999, p. 23)

Destarte, nas palavras de Kelsen, a sanção imposta ao indivíduo através da coação deve se importar quando haver a resistência da parte, mas o autor perfaz que há atos de coação estatuídos pela ordem jurídica como sanções, vis ao Estado gozar destas sanções como um caráter preventivo para não haver condutas ilícitas, e ainda, o autor explica que o Direito possui formas de coações que motivam os indivíduos a realizarem a conduta prescrita (KELSEN, 1999, p. 24).

O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele - ou, mais rigorosamente, a sua representação - produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos (KELSEN, 1999, p. 25).

Ao longo das décadas surgiram diversas escolas doutrinárias a fim de explicar o ideal objetivo da sanção. Com ênfase na Escola Positiva, considera-se a sanção como um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela (CALDEIRA, 2009, p. 271), devendo utilizar-se do feito da restrição de liberdade para defender o coletivo, com “a eliminação dos indivíduos inassimiláveis” (ARAGÃO, 1977, p. 278), que serão julgados e condenados quando o considerar culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não obstante, para Nucci, a pena é a “retribuição ao delito perpetrado” (NUCCI, 2017, p. 716) ao criminoso.

Ambos, Direito Penal e Constitucional, sugerem na busca pela ordem da identidade do Estado (respeitando a hierarquia entre as normas). Nesta senda, “o constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, técnica judiciária jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condição de não os poder violar” (JUNQUEIRA, 2004, p. 27).

À propósito, se constata que a própria pena contida no Direito Penal, se pressupõe como um limite aos indivíduos a fim de manter a ordem constitucional. Em resumo, o Direito Constitucional cria o Direito Penal e os próprios limites do Direito Penal, com o escopo de manter a função geral da sociedade, assegurando os direitos básicos dos cidadãos.

Por conseguinte, os agentes estatais que gozam deste poder que o Estado proporciona – como por exemplo o poder de coação mencionado por Kelsen – podem vir a cometer ilegalidades ou abuso de poder ao realizar uma prisão arbitrária. Nesse campo, surge o instrumento de habeas corpus contido na Constituição Federal de 1988, proporcionando o “direito de ir, de vir, de restar, de permanecer” (TEMER, 2008, p. 201), com cunho no princípio da presunção de inocência quando o habeas corpus se remeter a autoridade pública.

Vale frisar, o habeas corpus, de forma geral, “cogita-se, na impetração, da ocorrência de constrangimento que impeça a locomoção, parta de autoridade pública ou particular” (TEMER, 2008, pp. 203-204).

Consequentemente, o controle de constitucionalidade vem assegurar o princípio da supremacia formal da Constituição, de modo que os legitimados para a fiscalização das

normas fiquem responsáveis a declarar a inconstitucionalidade de uma norma quando a mesma não for compatível com a Lei Maior. Forçoso ressaltar a demasiada importância dos instrumentos consagrados a fim de manter a ordem do Estado por parte dos próprios agentes estatais e dos cidadãos.

4 O MOMENTO DE APLICAR A PENA DE PUNIR: PRISÃO COM CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA CONSOANTE AO RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal seguiu seu entendimento definido pela própria corte de permitir a possibilidade de prisão com condenação em segunda instância, mesmo que o condenado tenha recursos pendentes no Superior Tribunal de Justiça ou no STF (RAMALHO, 2016).

O entendimento fixado teve como principais fundamentos: seguir o entendimento da corte em todos os anos de vigência constituinte; a análise de que outros países coadunam com o entendimento da corte brasileira e a efetividade do sistema penal na aplicação da pena, com o embaso de não deixar impune aquele que é culpado (RAMALHO, 2016), dentre outros argumentos.

Na decisão, votaram a favor da prisão depois de condenação em segunda instância os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a Cármen Lúcia, enquanto o relator Marco Aurélio Mello, e os ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello votaram contra, portanto, em 2018, os ministros seguiram seus respectivos entendimentos com exceção da Ministra Rosa Weber.

Segundo o entendimento de Rosa Weber, “para haver nova mudança de jurisprudência, não basta uma mudança na composição do tribunal ou que ministros mudem de opinião” (G1, 2018). Portanto, a ministra alterou seu voto concordando com a prisão em condenação em segunda instância, para se evitar rupturas bruscas nas atualizações do direito (G1, 2018).

Em 2018, portanto, com a decretação de prisão em segunda instância do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, impetrou-se o instrumento de habeas corpus para a soltura do mesmo. Diante de repercussão geral, o tribunal debateu acerca da constitucionalidade da pena privativa de liberdade com condenação em segunda instância.

Para os feitos, discutiu-se, principalmente, se o princípio da presunção de inocência poderia conceder livramento da pena, apenas com condenação em segunda

instância. Por fim, o tribunal reconheceu o andamento no processo de prisão do ex-presidente, assumindo a constitucionalidade da prisão com condenação em segunda instância, “alegando que alguém, por ser presumido inocente, não possa ser submetido à privação de liberdade” (MORAIS, 2018, p. 37).

No intuito de justificar tal decisão, propunham-se três caminhos: 1) Analisando historicamente, por qual motivo a decisão não enseja prejuízos a democracia, 2) Por que a pena privativa de liberdade é aceitavelmente exercida com condenação em segunda instância, e por fim, 3) Prisão com condenação em segunda instância fere o princípio de presunção de inocência? Com o embasamento diante dos votos dos ministros, enseja-se, via de regra, a solução do problema (premissa que pode ser quebrada, considerando a inexistência de verdades absolutas).

4.1 Proteção ao réu e aspectos históricos

Submetendo-se aos tópicos anteriores, sabe-se que a pena é um mal necessário condicionado a restrição de liberdade para garantir o direito fundamental de todos e manter a paz dentro do território nacional, abrangendo todos os princípios e normas constitucionais. À evidência, convém por em relevo que nem sempre o direito foi garantido a todas as pessoas, a história é um papel fundamental para o sábio fazer escolhas fundamentadas para o avanço de uma sociedade em função de todos.

Anota o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, que o dito princípio da presunção de inocência foi consagrado com a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão de 1789, à vista do contexto histórico da época que perpetuava as prisões com o intuito de extrair a confissão por meio de tortura (SCHREIBER apud MORAIS, 2018, p. 39). Ainda acerca de tal pressuposto, Moraes afirma que “é importante considerar que o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade – tem como raiz histórica a superação dos abusos do processo inquisitorial, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência” (MORAIS, 2018, p. 41).

A atual realidade do Brasil é completamente diferente daquela que se antecedeu décadas passadas, todo acusado tem garantia de um processo justo, resguardado por todo um conjunto de normas constitucionais (MORAIS, 2018, p. 41-42), como, por exemplo,

as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das

provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). (MORAIS, 2018, p. 42)

Destarte, o princípio da presunção de inocência “significa que não se exige que alguém prove que é inocente. O acusado, portanto, não pode ser obrigado a provar que é inocente, porque a inocência se presume” (MORAIS, 2018, p. 46), logo, “cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito” (MELLO, 2018, p. 19), deste modo, o intimado presumido inocente resguarda todos os direitos a ele inerentes na posição de inocente. Em consequência,

o princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante ao banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc. (GOMES, 1998, p. 114)

Tal pressuposto deriva da proteção do indivíduo por parte do Estado face à história de se realizar prisões para objeto de manipulação e tortura. Pois bem, concretizado que são inerentes os direitos destacados ao inocente, ao culpado também são resguardados direitos, à vista que “a punição não significa transformar o ser humano em objeto, logo, continua o condenado, ao cumprir sua pena, e o internado, cumprindo medida de segurança, com todos os direitos humanos fundamentais em pleno vigor” (NUCCI, 2018, p. 28).

Analisando minuciosamente os direitos resguardados ao inocente e ao culpado, leva-se ao entendimento de que ambos se pressupõem basicamente na não violação dos direitos que são inerentes ao ser humano, ou melhor, àqueles direitos fundamentais e humanos, pautados essencialmente na dignidade da pessoa humana e sua inviolabilidade, pois há dito, e vale o destaque, que todos os cidadãos resguardam os direitos fundamentais, e a premissa de condenação ou mera prisão cautelar não extingue sua condição de ser humano.

Destarte, à vista que o princípio da presunção de inocência nasceu sob um contexto histórico atormentador sobre os condenados, o princípio possui a essência de

proteção aos desamparados, ou melhor, é o princípio que se consuma o direito básico de liberdade conquistado em detrimento de muita injustiça, há dito a Min. Rosa Weber, “pois a Constituição do Brasil, ao proclamar o estado de inocência em favor das pessoas em geral, estabeleceu o requisito adicional do trânsito em julgado, circunstância essa que torna consequentemente mais intensa a proteção jurídica dispensada àqueles que sofrem perseguição criminal” (2018, p. 50).

Sobre a ótica do Min. Teori Zavascki, “o que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa” (2018, p. 28).

Em suma, em face dos argumentos, a proibição da prisão em condenação em segunda instância pautada sob a ótica de uma “defesa estendida do réu” é refutada teoricamente.

4.2 Hermenêutica do enunciado constitucional

Possuindo em mente que a pena privativa de liberdade é vista como um mal necessário, é indispensável que em algum tempo ao decorrer do processo está pena se inicie, mesmo “a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado o direito de (sempre) recorrer em liberdade” (MELLO, 2018, p. 17).

A Convenção em jus, direciona em seu art. 7º o direito à liberdade pessoal, assinalando, principalmente, o direito à liberdade e à segurança que detém todos os cidadãos, “salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (1969), outrossim,

não constitui demasia assinalar, de outro lado, que o conceito de presunção de inocência, notadamente quando examinado na perspectiva do ordenamento constitucional brasileiro, deve ser considerado nas múltiplas dimensões em que se projeta, valendo destacar, por expressivas, como registra PAULO S. P. CALEFFI, as seguintes abordagens que esse postulado constitucional enseja: (a) a presunção de inocência como norma de tratamento, (b) a presunção de inocência como norma probatória e (c) a presunção de inocência como norma de juízo. (MELLO, 2018, pp. 18-19)

Para o Min. Luiz Fux, a regra de tratamento alega precisamente que “a pessoa deve ser considerada inocente durante todo o decorrer do processo, até que haja o trânsito em

julgado da condenação” (FUX, 2018, p. 46), e a regra probatória incumbe-se “à acusação o ônus de produzir provas lícitas e cabais, suficientes para alterar a qualidade inicial de inocente para a de culpado” (FUX, 2018, p. 46), conseqüentemente, uma das garantias que advém do consagrado princípio, é “não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos” (FUX, 2018, p. 47), para o Ministro, esta consequência, gera “efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional” (FUX, 2018, p. 47).

Cumpre lembrar que a pena deve se iniciar pautada na função social da sociedade e posterior controle da sociedade, e ao se realizar a interpretação literal do artigo constitucional, que faz jus ao princípio da presunção de inocência, verifica-se por uma linha hermenêutica, portanto, que toda a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar (MELLO, 2018, p. 14).

Seguindo a esteira de que mesmo com a prisão do condenado – ao não concluir o trânsito em julgado da sentença condenatória – o indivíduo irá começar a cumprir a pena sendo considerado inocente.

O fato de que a prisão prévia ao trânsito em julgado da sentença condenatória, passou a ser reconhecida nos tribunais, para o Min. Celso de Mello, têm embaso, precisamente, da sua legitimidade fundada em requisitos cautelares (HC, 2017), entretanto, tal posicionamento não condiz com a doutrina majoritária acerca do cerne da questão.

O Supremo Tribunal Federal há julgado, desde a promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, a “possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação” (MORAIS, 2018, p. 3).

Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo Ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje. Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado. (MORAIS, 2018, p. 3)

Como principais motivações, ressalta-se que, apesar do princípio da presunção de inocência impedir o lançamento do nome do acusado no rol de culpados, “não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado”. Nas palavras da Min. Néri de Silveira, “o sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível” (SILVEIRA apud FUX, 2018, p. 21).

Adentrando em uma interpretação sistemática da norma, a dita ‘imunidade à prisão’ é vista na carta magna expressamente, não ocorrendo forma de interpretações dúbias (FUX, 2018, p. 15), como é o caso do art. 53 §2º: “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável (...)” (1988), pautado a isto, se verifica, que caso a intenção do legislador fosse a proibição da condenação em segunda instância, se instituiria a proibição expressamente (FUX, 2018, p. 15), como, por exemplo, “enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação, não será iniciada a execução da pena” (FUX, 2018, p. 15).

Ao analisar o texto constitucional em sua forma literal, deduz-se que:

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (MELLO, 2018, p. 10)

Verifica-se, pois, que tal tratamento diferenciado aos considerados culpados baseia-se, precisamente, na forma de como serão tratados, e não na privação de liberdade propriamente dita, à guisa de que todos os cidadãos possuem direitos iguais, até mesmo aqueles que são condenados.

Em suma, há de se perceber perfeitamente no ordenamento jurídico brasileiro a consagração da “prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão resultante de decisão de pronúncia e prisão fundada em condenação penal recorrível”, por sua vez, todos esses meios de prisões não são impedidos pelo princípio de presunção de inocência (MELLO, 2018, p. 16), fato este que é advogado pela tese de que a “presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, é meramente relativa (‘juris tantum’)” (MELLO, 1989).

Ora, na realidade, “nenhum dispositivo da Constituição exige que a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da condenação esteja fundamentada exclusivamente em requisitos cautelares” (FUX, 2018, p. 16), portanto, consoante a todos os argumentos trazidos à baila, com a intenção de justificar a decisão dos tribunais acerca do cerne da questão, afirma-se que a prisão em segunda instância, tem embaso da própria hermenêutica constitucional em consonância ao histórico inerente ao princípio da presunção de inocência.

4.3 Recursos protelatórios

Analizando o Direito Processual Penal de forma síntese, o trânsito em julgado necessita da cessação de todos os recursos cabíveis para sua celebração. Isto posto, a averiguação da interposição de recursos excessivos não tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, por ter entendido que tais recursos visam prolongar o processo penal, revestindo-se de um caráter abusivo e protelatório, e consequentemente prolongando o início da pena privativa de liberdade.

Impede destaque afirmar, em uma situação hipotética, caso se inicie a decretar, de fato, prisão somente após o esgotamento de todos os recursos, se permite e incentiva, “em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.” (ZAVASCKI apud FUX, 2018, p. 24).

O Min. Teori Zavascki, em um levantamento de dados, concluiu que “de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos” (ZAVASCKI apud FUX, 2018, p. 34).

Ao analisar o limite do princípio da presunção de inocência, há de se considerar a hermenêutica diferenciada de cada país vis à Convenção Americana de Direitos Humanos, que discorreu acerca precisamente deste ponto, no qual cada Estado possui o direito de escolher a hermenêutica que mais se encaixa em sua realidade, no Brasil, portanto, é lícito realizar prisão preventiva de liberdade com condenação em segunda instância, conforme decidiu a maioria do Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

Face aos argumentos evidenciados, é incontestável que há uma dupla interpretação do princípio de presunção de inocência, enquanto uns sustentam a ideia de que princípio consagrado engloba elementos prisionais, acerca da defesa do direito de locomoção e a liberdade, outros sustentam a ideia de que não se deve levar em consideração que o princípio impede a prisão em condenação em segunda instância.

O entendimento jurisprudencial, durante todos os anos de Constituição Federal, defende que a prisão deve se iniciar com a condenação em segunda instância, sob um

elencado de argumentos distintos. Contudo, uma das teses de mais destaque é a interpretação do artigo constituinte que discorre acerca da presunção de inocência, ou seja, todas as teorias visando a explicação de tal entendimento remete-se a hermenêutica jurídica da norma.

A análise histórica é de grande valia para busca da compreensão da verdadeira intenção do legislador ao discorrer acerca do princípio e seus limites, pois, compreendendo a intenção da norma é mais fácil de se visualizar seus possíveis graus de aplicação.

Sabe-se que a pena privativa de liberdade é condicionada ao Direito Penal e Processual Brasileiro, e nem mesmo o princípio da presunção de inocência, com todas as suas contestações, impede que essa pena seja aplicada a alguém considerado culpado, porém, por outro lado, é assegurado ao condenado todos os direitos inerentes a ele em sua condição de ser humano, ressaltando a sua impossibilidade de liberdade.

Instituído sob uma sociedade traumatizada pelos eventos que se sucederam, o princípio possui uma essência de proteção aos condenados que deve ser levada em consideração para que todos os condenados, apesar de poderem ter sua liberdade retirada, continuem gozando de todos os seus outros direitos, como o da dignidade da pessoa humana.

Portanto, se foi mostrado ao longo do artigo, que esses direitos integrados à dignidade do condenado são legalmente previstos na legislação brasileira, devendo serem respeitados assim como todas as normas jurídicas.

Face aos recursos instituídos no Brasil, alega-se ser um argumento a favor da condenação em segunda instância, devido a estes recursos prolongarem o processo sem necessidade, à vista que a porcentagem dos que são admitidos é mínima.

Por fim, o voto do Ministro Luiz Fux que explicou de maneira concisa que a hermenêutica do artigo constitucional pode ser interpretada de diversas maneiras, se abraça com o entendimento firmado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, que defende a livre interpretação da amplitude do princípio de presunção de inocência para as nações.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto. **A Revolução Francesa e o princípio da responsabilidade**. R. inf. legisl. Brasília. a26. n.104. out/dez. 1989. pgs. 299 – 304. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181980/000447971.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 mai. 18.

ARAGÃO, Antionio Moniz Sodré. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica** (estudo comparativo). 8ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 152.752/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min Edson Fachin. Plenário. 04 de mai. 2018.

CALDEIRA, Felipe Machado. *A evolução histórica, filosófica e teórica da pena*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em: 01 de ago. 2018.

COGGIOLA, Osvaldo. **Novamente, a Revolução Francesa**. Projeto História, São Paulo, n. 47, pp. 281-322, ago. 2013.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Edson (Relator). **HC 152.752/PR**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min Edson Fachin. Plenário. 04 de mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374>>. Acesso em: 22 de set. 2018.

FUX, Luiz (Vogal). **HC 152.752/PR**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min Edson Fachin. Plenário. 04 de mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738>>. Acesso em: 22 set. 18.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**.; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ : Vozes: 2014.

G1. **Rosa Weber diz que respeito a decisão colegiada fundamentou voto no julgamento de Lula**. Globo, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/rosa-weber-diz-que-respeito-a-decisao-colegiada-fundamentou-voto-no-julgamento-de-lula.ghtml>>. Acesso em: 27 fev. 19.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais. Vol. 729/ 1996. p. 377. Jul/ 1996. Doutrinas Essenciais Processo Penal. vol. 1. p. 251 – 264. Jun/ 2012. DRT\1996\322.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. – Barueri, SP: Manole, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988** / João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola. — Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. – 23. ed. rev. e atual. / pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – São Paulo : Saraiva, 1995.

MELLO, Celso de. **HC 152.752/PR**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min Edson Fachin. Plenário. 04 de mai. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374952>>. Acesso em: 22 set. 18.

MORAES, Alexandre de. **HC 152.752/PR**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min Edson Fachin. Plenário. 04 de mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423>>. Acesso em: 22 de set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMALHO, Renan. **Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância**. G1, Globo, 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>>. Acesso em: 27 fev. 19.

SAN JOSÉ COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). 1969.

SILVA, Cristiane Vieira. **Presunção de inocência x prisão cautelar: Análise de uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o instituto processual da prisão cautelar à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro**. Centro Universitário de Brasília – Uni. CEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª edição: 2008.

WEBER, Rosa. **HC 152.752/PR**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min Edson Fachin. Plenário. 04 de mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374729>>. Acesso em: 22 set. 18

Submetido em 14.03.2019

Aceito em 11.09.2019