

EXECUÇÃO DA PENA CONDENATÓRIA EM SEGUNDO GRAU

EXECUTION OF CONDEMNARY SANCTION AT SECOND DEGREE

COSTA, João Batista Mata (1); JACOB, Alexandre (2)

(1) Graduando em Direito. Faculdade Alfa Unipac Aimorés. E-mail: joaomataunited@gmail.com

(2) Orientador. Faculdade Alfa Unipac Aimorés. E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

RESUMO

Trata de Direito processual penal e Direito constitucional. Analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal que em 2016 aprovou o início da execução da pena condenatória após a manutenção da sentença em segundo grau de jurisdição e as consequências práticas no Direito brasileiro. A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de presunção de inocência em que o acusado será considerado inocente até sentença penal condenatória transitada em julgado, porém, em 2016 a Corte Suprema entendeu que o acusado poderia cumprir pena a partir do momento que fosse condenado em segunda instância. A decisão causou polêmica até ser pacificada em 2019 com a mudança do entendimento. Vários foram os fundamentos utilizados para a decisão, como o Direito comparado, o sistema carcerário brasileiro e a morosidade processual. Porém, para cada fundamento favorável existe um desfavorável. Conclui que a temática, mesmo positivada em 2019 com a reforma legislativa, ainda é sede de discussões judiciais e doutrinárias.

Palavras-chave: Direito processual penal. Direito constitucional. Presunção de inocência. Sentença condenatória. Prisão em segunda instância.

ABSTRACT

It deals with criminal procedural law and constitutional law. It analyzes the decision of the Federal Supreme Court, which in 2016 approved the beginning of the execution of the sentence after maintaining the sentence in the second degree of jurisdiction and the practical consequences in Brazilian law. The 1988 Federal Constitution adopted the system of presumption of innocence in which the accused will be found innocent until the sentence has become final, but in 2016 the Supreme Court found that the accused could serve a sentence from the moment he was sentenced on second instance. The decision caused controversy until it was pacified in 2019 with the change of understanding. There were several grounds used for the decision, such as comparative law, the Brazilian prison system and procedural slowness. However, for each favorable foundation there is an unfavorable one. It concludes that the theme, even made positive in 2019 with the legislative reform, is still the seat of judicial and doctrinal discussions.

Keywords: *Criminal procedural law. Constitutional right. Presumption of innocence. Sentencing sentence. Second instance arrest.*

1 INTRODUÇÃO

Um dos principais princípios que regem o processo penal é, sem dúvida, o da Presunção de Inocência do réu, princípio este que foi mitigado em 2016 em razão de

uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em que não mais se considerava inocente quem era condenado no 2º grau de jurisdição.

Um dos fundamentos que motivou a referida decisão foi para satisfazer os anseios da sociedade que clamava por uma maior celeridade aos processos criminais, pois a demora na tramitação de tais processos gerava uma ideia, uma sensação de impunidade.

O STF ainda fundamentou tal decisão com a ideia de que o sistema processual brasileiro é possuidor de um excessivo número de recursos, fazendo com que a sentença definitiva seja morosamente alcançada.

A grande questão à época era: essa decisão fere ou não o princípio constitucional da Presunção de Inocência?

Para responder a essa questão usa-se aqui os fundamentos utilizados pelos ministros em seus pareceres, tanto os favoráveis quanto os desfavoráveis à decisão em 2016 e a decisão final em 2019. Não sendo, portanto, o presente artigo, um juízo pró nem contra ao citado entendimento do Supremo.

Outra discussão que se abriu a respeito da citada decisão é a de que se o sistema prisional brasileiro suportaria tamanha demanda, tendo em vista que aumentariam demasiadamente o número de condenados em curtos períodos de tempo. Para isso usa-se dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2014, bem como as obras de Fernando Capez (2015) e Aury Lopes Júnior (2016), dentre outras, para fundamentar os argumentos sobre o tema.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Direito brasileiro vem aos poucos evoluindo, pode-se falar aqui em uma conquista paulatina saindo do chamado positivismo puro, que se analisava apenas a letra fria da Lei, porém o positivismo puro pode muitas vezes gerar atrocidades, como foi o caso do AI-5 no Brasil no qual agia o regime militar apenas nos termos da Lei.

Outro exemplo claro desse risco é o caso que aconteceu na Alemanha durante a segunda guerra mundial, no qual os nazistas se justificavam das barbáries dizendo que agiam nos termos da Lei.

Chega-se então, finalmente, no chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. O professor Pedro Lenza (2011) explana que se deve ler o Direito positivado à luz dos grandes princípios e preceitos do bem comum, do Direito natural, da moral e da razão. Princípios estes muitas vezes expressos em tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, portanto, não se pode interpretar a lei de forma isolada, de forma pura e simples.

Os neoconstitucionalistas alegam que mesmo em caso de uma nova Constituição, onde se tem a ideia de um poder constituinte originário, sendo esse poder ilimitado, porém essa ilimitação não é total, não absoluta, tal ilimitação é apenas jurídica e, portanto, até mesmo o poder constituinte originário deve respeitar os princípios e preceitos outrora mencionados. E o professor Luis Roberto Barroso (2020) define que no Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras.

Exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual o Brasil aderiu em sua promulgação. O artigo 11, §1º da mencionada declaração estabelece um importante princípio do direito individual do homem, qual seja, o Princípio da Presunção da Inocência. Tal artigo evidencia que uma pessoa será considerada inocente até que sua culpa tenha sido provada, observando sempre todas às garantias necessárias à sua defesa:

Artigo 11 [...]

§1º Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 1948).

Como dito anteriormente o Brasil aderiu a essa Declaração em sua Constituição, e tal artigo evidencia claramente a presunção de inocência.

Existem três diferentes sistemas que explicam a Presunção de Inocência. O primeiro sistema é aquele que diz que o acusado não será considerado inocente se houver uma confissão, logo, nesse sistema basta uma confissão do acusado para quebrar tal princípio. Esse sistema é o utilizado pelos Estados Unidos.

O segundo sistema diz que para ser considerado culpado o acusado deve ser condenado em dois graus de jurisdição distintos. E o terceiro sistema é o de que o acusado somente será considerado culpado quando se esgotar todos os recursos previstos no ordenamento jurídico, ou seja, com o trânsito em julgado.

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Quando o Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), vigorava aqui a Constituição de 1946, a constituição democrática. Posteriormente, com o fim do regime militar, instaurou-se um poder constituinte originário para a formulação de uma nova Constituição. O legislador originário resolveu integrar partes da DUDH no texto constitucional a fim de evidenciar ainda mais os direitos e garantias individuais.

Um bom exemplo disso é o inciso LVII do Artigo 5º da Constituição Cidadã, que é um reflexo do artigo 11 da DUDH, porém, mencionado artigo não declara a inocência do acusado, apenas o isenta da culpa pelo fato ocorrido até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, uma sentença que não está mais sujeita a recursos. Assim dispõe o artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Contudo, alguns doutrinadores não consideram esse artigo de Lei como uma garantia para se considerar o acusado inocente, uma vez que não se usa aqui o termo “presumido inocente” como ocorre no Artigo 11 da DUDH. Por outro lado, alguns defendem que não se trata apenas de uma presunção (inocência), mas sim de um estado de inocência garantida em todas as fases do processo, como é o caso do professor Eugênio Pacelli de Oliveira, que assim leciona:

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase

investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

A Constituição da República, portanto, promoveu: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente (OLIVEIRA, 2012).

Em discrepância a esse pensamento, alude Paulo Rangel que:

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência (RANGEL, 2016).

Já o professor Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho defende uma nomenclatura diversa da tradicionalmente usada (presunção de inocência), pois a constituição se refere a não-culpabilidade e nada menciona sobre presunção de inocência:

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é a sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção (*apud* PILONI, 2013).

De um modo geral explana Sérgio Antônio Moro, sobre o Princípio da Presunção de Inocência:

À letra do inciso LVII do art. 5.º da CF/88, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não parece ser determinante desta interpretação, pois nada diz expressamente a respeito de efeitos de recursos no processo penal. Uma interpretação possível é a de que o acusado não pode ser privado de seus bens ou de sua liberdade antes do trânsito em julgado. Tal interpretação extremada, contudo, não é compatível com os institutos processuais consagrados do sequestro e da prisão cautelar. A não ser que se defenda a invalidade de tais institutos, então é forçoso concluir que a interpretação do princípio em termos absolutos não é coerente com o sistema processual. Por outro lado, historicamente, o princípio da presunção da inocência está vinculado à questão probatória e não aos efeitos de recursos no processo penal (MORO, 2005).

O autor fala que a presunção de inocência deve sim ser respeitada, mas apenas durante as fases em que vão haver análises de provas.

Em relação aos sistemas da presunção de inocência outrora citados, a CRFB/1988 adotou inequivocamente o terceiro sistema. O STF seguiu essa orientação de 2009 a 2016, e agora de 2019 em diante. O que vigorou de 2016 a 2019 foi o modelo do segundo sistema. Alguns doutrinadores alegaram que por

adotar a CRFB/1988 de maneira expressa o terceiro sistema essa mudança só poderia ter sido feita por emenda e não por decisão, embora a decisão seja correta na substância.

2.3 DA PRISÃO CAUTELAR

É importante salientar que mencionada decisão não se tratava de prisão cautelar, mas sim do início de cumprimento de pena. As hipóteses da prisão cautelar estão elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal que assim dispõe:

Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º).

§2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (BRASIL, 1941).

Para Renato Brasileiro de Lima:

Em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar o risco (LIMA, 2014).

Vale a pena lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro existem seis hipóteses de prisão cautelar, quais sejam: a) Prisão temporária, que serve para assegurar a investigação; b) Prisão em flagrante, aplicada a quem se encontra praticando um crime; c) Prisão preventiva, para garantir eventual execução da pena, para preservar a ordem pública ou econômica e por conveniência da instrução criminal; d) Prisão em decorrência de pronúncia; e) Prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) Condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

Tais modalidades de prisão poderão ser decretadas apenas como último recurso como explana o professor Fernando Capez:

A prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores. Tem natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CAPEZ, 2015).

Logo, a prisão preventiva será decretada, preenchidos os requisitos desta, para garantir a eficácia do provimento jurisdicional.

2.4 DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2014 o Brasil possuía a quarta maior população carcerária do mundo, com cerca de 620 mil presos e é o segundo país com maior taxa de encarceramento por ano no mundo. A grande maioria está presa por tráfico de drogas, roubo, furto e homicídio, sendo a maioria desses presos homens, jovens (18 a 29 anos), primários, com ensino fundamental completo. Apenas 7% da população carcerária é formada por pessoas do sexo feminino (MJ, 2015).

No Brasil a pena tem tríplice finalidade. Em um primeiro momento tem a finalidade preventiva, retirar da sociedade aquele que infringiu normas de convivência. Em um segundo momento a pena tem um caráter retributivo, de dar ao condenado uma sanção proporcional a infração cometida. E por fim o caráter reeducativo, que é de reeducar o infrator a fim de que volte à sociedade com condições de nela permanecer sem causar transtornos à lei e à ordem (CAPEZ, 2015).

Porém, na prática o que há é um sistema carcerário totalmente falido, incapaz de fazer cumprir todas essas finalidades. O que realmente acontece é presídios superlotados, sucateados e sem qualquer senso de disciplina interna.

Com o entendimento do STF em 2016, por óbvio, a taxa de encarceramento anual aumentou significativamente, sendo, portanto, o atual sistema prisional brasileiro inteiramente incapaz de suportar tal demanda. Logo, se faz necessária uma rápida e urgente revisão nesse setor, que se encontra absolutamente esquecido.

3 PESQUISA E ANÁLISE DE DADOS

3.1 DA EXECUÇÃO DA PENA CONDENATÓRIA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

3.1.1 Do Julgamento

O julgamento do HC nº. 126.292 em fevereiro de 2016, que trata da possibilidade de prisão após decisão condenatória em 2º grau de jurisdição, alterou o antigo entendimento do HC nº. 84.078 também do STF em que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

A ampla defesa não pode ser visualizada de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando o desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado em elidir essa pretensão.

A ministra Rosa Weber, bem como os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio foram vencidos por sete votos a quatro pelos ministros: Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

3.1.2 Dos Fundamentos Favoráveis

A fundamentação usada pelos ministros que foram a favor da mudança da jurisprudência, ou seja, a favor do entendimento de que uma vez ocorrida a condenação em segundo grau está rompida a presunção de não-culpabilidade, e, portanto, há uma possibilidade de dar cumprimento da decisão condenatória foram os seguintes:

O primeiro fundamento é a utilização do Direito comparado, onde os ministros alegaram que em nenhum outro país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o referendo da Suprema Corte. Esse modelo é usado em diversos países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Sobre esse assunto o ministro Luís Roberto Barroso falou em seu voto que os diferentes países do mundo oscilam entre poder executar a decisão desde o primeiro grau ou após a de segundo grau, mas nunca fora disso, ou seja, a pena começa a ser executada desde a primeira sentença condenatória ou após a sua manutenção em segundo grau de jurisdição, mas nunca se inicia nas instâncias extraordinárias.

O segundo fundamento é de que após a garantia do direito ao duplo grau de jurisdição estaria desfeita a presunção de não-culpabilidade uma vez que esta presunção foi observada durante todo o rito ordinário do processo.

O terceiro fundamento é de que o recurso extraordinário e o recurso especial não possuem o condão de investigar o “acerto” ou não da decisão, bem como reestudar os fatos e reapreciar as provas, destinam-se tão somente a discutir alguma questão de Direito, sendo direito constitucional perante o STF e direito infraconstitucional perante o STJ, não possuindo efeito suspensivo.

O quarto fundamento é que a impossibilidade de execução imediata de uma decisão condenatória de segundo grau fomenta a interposição sucessiva de recursos protelatórios.

Barroso em seu voto disse que: “o que se pode fazer aqui é tornar menos interessante a interposição sucessiva de recursos descabidos e protelatórios cujo grau de provimento é inferior a 4%” (STF, 2016).

3.1.3 Dos Fundamentos Desfavoráveis

Os que foram contrários à mudança da jurisprudência alegaram que essa decisão é como uma verdadeira aceitação à execução antecipada da pena. Defenderam, em síntese, que não há margem para interpretação do texto constitucional que trata sobre a presunção de inocência do artigo 5º, inciso LVII da CRFB/1988, assim como argumentaram sobre a desconstrução dos fundamentos do posicionamento contrário, fazendo parecer que a decisão é uma maneira desesperada que os ministros encontraram para se verem livres do enorme número de recursos que chegam à Corte, não com o condão de rever a condenação, mas sim de delongar o início do cumprimento da pena.

O ministro Marco Aurélio em seu voto disse que o legislativo não avançou, porém no Supremo será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não-culpabilidade não encerra a garantia porque antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é possível colocar o réu na cadeia, pouco importando que posteriormente o título condenatório venha a ser reformado.

O primeiro fundamento, relativo ao Direito comparado, expõe uma desconsideração quanto à enorme diferença entre os sistemas jurídicos, por exemplo, a distinção crucial de que alguns dos países citados adotam um julgamento colegiado já em primeiro grau, diferente do que ocorre no Brasil, em que o julgamento de primeiro grau é realizado por um juiz singular.

Além disso, existe a grande diferença no sistema carcerário. Não se pode negar que o Brasil possui um sistema carcerário sucateado. Sobre esse assunto explana Aury Lopes Júnior:

Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para, além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê – ao contrário das invocadas – a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável (LOPES JÚNIOR, 2016).

Quanto ao segundo fundamento, que após a garantia ao segundo grau de jurisdição estaria desfeita a garantia de não-culpabilidade, esse não merece prosperar, tendo em vista que se tratam de dois direitos distintos, ou seja, o do duplo grau de jurisdição e o da presunção de inocência. Um não satisfaz o outro, conforme expõe o autor citado:

O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como 'presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um 'dever de tratamento' no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado (LOPES JÚNIOR, 2016).

Quanto ao terceiro fundamento também não seria válido tendo em vista o que o artigo 27, §2º da Lei nº. 8.038/1990 não seria aplicável ao processo penal. Sobre esse tema Aury Lopes Junior esclarece:

Mais uma herança maldita da Teoria Geral do Processo que volta para nos assombrar. Além de o artigo 27, §2º da Lei 8038 não ser aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias, há que se compreender que o problema (de prender-se antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero 'efeito recursal'. É da liberdade de alguém que estamos tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados — entre outros princípios — pela presunção de inocência.

Também devemos considerar (e assumir) que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o 'tempo' que lhe foi tomado se ao final o STJ/STF anular *ab initio* o processo, reduzir sua pena, alterar o regime de cumprimento, enfim, acolher o recurso. Recordemos Cernelutti, quando dizia que uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal era exatamente essa: enquanto o processo civil se ocupa do 'ter', o processo penal lida como o 'ser'. Enfim, o conceito de trânsito em julgado não tem absolutamente nenhuma relação com o efeito recursal (LOPES JÚNIOR, 2016).

O quarto fundamento, que fala a respeito da não-execução antecipada da pena, fomentar excessivos recursos descabidos e protelatórios que é comprovado pelo baixo índice de provimento dos recursos, também é descabido porque parecem considerar como principal fundamento, para a mudança de entendimento, na verdade não pode ser assim considerado uma vez que se retira um direito individual objetivando melhorar o problema da morosidade do processo penal:

É partir de uma premissa absolutamente equivocada, pois a legitimação dos recursos extraordinários não é 'quantitativa', não depende do número de recursos providos. Como a presunção de inocência não depende do número de sentenças absolutórias. É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini à presunção de inocência, onde o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o 'normal das coisas' era presumir-se o fundamento da imputação como verdadeiro. E vai além, ao afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência.

É mais ou menos o mesmo que dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de pré-questionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral. Enfim, é um argumento insustentável (LOPES JÚNIOR, 2016).

Desta forma o que se pode perceber é que a maior parte dos doutrinadores entendeu essa mudança da jurisprudência do STF como sendo uma forma que o Judiciário encontrou para se desafogar de tantos recursos protelatórios.

Sobre essa decisão sobreveio as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43 e 44, propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Essas ações pediam a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro, que assim lecionava:

Art. 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Alegaram que esse entendimento causou grande controvérsia na jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência. Porém com a decisão de 05 de outubro de 2016, em que a jurisprudência foi reafirmada pelo STF, desta vez pelo placar de 6x5, as liminares foram indeferidas, vigorando o entendimento que o preceito legal do antigo artigo 283 do CPP não impediria o início de cumprimento de pena em segundo grau.

Em dezembro de 2019 entrou em vigor a Lei nº. 13.964, alteradora do Código de Processo Penal, que deu nova redação ao artigo 283, colocando fim a esta polêmica.

3.2 DAS ALTERAÇÕES OCORRIDAS EM 2019 E DAS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Houve uma sugestão do ex-Ministro Cezar Peluso em 2011, na chamada “PEC PELUSO” para, de certa forma, esvaziar um pouco da morosidade da justiça na execução após o crivo revisional formalizado pelo tribunal no julgamento de apelação, porém essa ideia não prosperou no Poder Legislativo.

Atualmente tramita no congresso a Proposta de Emenda à Constituição nº. 199 de 2019, apresentada pelo deputado Alex Manente (Cidadania-SP), que visa extinguir os recursos extraordinário e especial, transformando-os em ações revisionais de competência originária do STF e STJ. A PEC está pronta para submissão à pauta de julgamento (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020a).

Além dessa, havia a PEC nº. 410 de 2018, também do deputado Alex Manente (Cidadania-SP), contudo, tal proposta não avançou no Legislativo, pois houveram muitas críticas no sentido de que ela comprometia o princípio da presunção da inocência, uma cláusula pétrea, sendo arquivada (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020b).

No dia 07 de novembro de 2019, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. A partir de então o início do cumprimento da pena passava a ser apenas com o esgotamento dos recursos (STF, 2019).

Vale lembrar que a decisão não afasta a possibilidade da prisão preventiva, caso haja requisitos no caso concreto que a enseje. Em dezembro de 2019, com a reforma do Código de Processo Penal, o artigo 283 foi alterado, passando a determinar que: “Art. 283. 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” (BRASIL, 1941), sepultando definitivamente a discussão.

4 CONCLUSÃO

Como se pôde observar, o princípio da presunção de inocência foi relativizado com a decisão do Supremo Tribunal Federal em 2016, o que para muitos foi uma grave afronta à CRFB/1988, pois a mesma garante que o acusado seja presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por outro lado, há aqueles que a acolheram de bom grado, alegando que dessa maneira seria o fim da ideia de impunidade que se vive atualmente.

Além disso, viu-se também que o sistema prisional brasileiro se encontra em estado crítico, sendo incapaz de suportar a demanda de encarcerados.

Em outra frente, alguns doutrinadores e também os próprios ministros do STF fizeram declarações dizendo que essa decisão não iria perdurar por muito tempo, o que realmente aconteceu, posto que, em 2019 o entendimento mudou, consolidando-se com a prisão somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/35YvoZf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Catete, 1941. Disponível em: <https://bit.ly/39kfkTj>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.038 de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília-DF: Senado, 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3o4x09A>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº. 199 de 2019**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2Je1irR>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº. 410 de 2018**. Altera o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/3o1gYxw>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. **Consultor Jurídico**, 04 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/33ow0pb>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MJ. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – Infopen 2014. Brasília-DF: Depen, 2015.

MORO, Sérgio Fernando. Opinião: justiça criminal em risco. **Migalhas**, 30 jun. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3fHHeKi>. Acesso em: 20 nov. 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://bit.ly/2KMpu55>. Acesso em: 20 nov. 2020.

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. Princípio da não-culpabilidade: aspectos teóricos e práticos. **Jus.com.br**, out. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3q9T84C>. Acesso em: 20 nov. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 126.292-SP**. Plenário. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília-DF: DJe, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2V7XIHx>. Acesso em: 20 nov. 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. **Notícias**, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3qe4apx>. Acesso em: 20 nov. 2020.