

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

The (In)Constitutionality of the Provisional Execution of the Penalty and the Relativisation of the Principle of the Presumption of Innocence

João Mauro Dorneles Filho¹

Ana Paula Araújo Moura^{2*}

Palavras-chave:

Constitucionalidade,
Imputabilidade,
Recursos Protelatórios.

RESUMO - A presente pesquisa utilizou-se de bibliografias captadas das decisões do Supremo Tribunal Federal e de doutrinadores renomados, alinhada a um método hipotético-dedutivo, visando a identificar as discussões trazidas nos votos dos ministros acerca da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, com intuito de responder ao problema gerado pela aplicação absoluta do princípio da presunção de inocência, qual seja o incentivo para a interposição de recursos protelatórios e a imputabilidade seletiva, tendo em vista que somente aqueles que detêm de maior poderio econômico é que poderiam levar seus recursos até os tribunais superiores com o fito de retardar o cumprimento da pena. Por outro lado, a pesquisa também se fundou em analisar se as decisões das Ações Diretas de Constitucionalidade estavam de acordo com as premissas constitucionais, trazendo à tona a tese das normas constitucionais inconstitucionais e sua admissibilidade no direito brasileiro. Assim, é notório que foi reconhecida a presença de um outro direito absoluto no Brasil, qual seja o de ser considerado inocente até que haja o julgamento de todos os recursos cabíveis, no entanto, é inegável que essa decisão trouxe diversas consequências, bem como divergências e floreadas discussões, fomentando o debate público a respeito da matéria que ganhou um grande espaço midiático no país.

Keywords:

Constitutionality,
Imputability, Resources
Delay.

ABSTRACT - The present research used bibliographies captured from the decisions of the Federal Supreme Court and renowned scholars, aligned with a hypothetical-deductive method, aiming to identify the discussions brought in the ministers' votes about the provisional execution of the sentence before the final decision, in order to respond to the problem generated by the absolute application of the principle of the presumption of innocence, which is the incentive for the filing of delaying appeals and selective imputability, bearing in mind that only those who hold greater economic power could take their appeals to the higher courts with the aim of delaying the fulfillment of the sentence. On the other hand, the research was also based on analyzing whether the decisions of the Direct Actions of Constitutionality were in accordance with the constitutional premises, bringing up the thesis of unconstitutional constitutional norms and their admissibility in Brazilian law. Thus, it is clear that the presence of another absolute right was recognized in Brazil, which is to be considered innocent until all applicable appeals are judged, however, it is undeniable that this decision brought several consequences, as well as divergences and flowery discussions fostering public debate on the subject that gained a large media space in the country.

1. Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Morgana Potrich (FAMP) Mineiros-GO, Brasil

2. Professora do curso de Direito da Faculdade Morgana Potrich (FAMP) Mineiros – GO, Brasil. *Autor para Correspondência: E-mail: anapaulamoura@fampfaculdade.com.br.



INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade da prisão em segunda instância ganhou destaque na mídia geral no ano de 2019, tendo uma grande repercussão no Brasil e criando diversos debates no que se refere aos efeitos que as decisões poderiam gerar. As decisões das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 54, foram julgadas pelo STF no ano de 2019, determinando que só poderia haver o cumprimento da prisão-pena após julgados todos os recursos cabíveis.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, previu em seu Art. 5º, LVII, a presunção de inocência que determina que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, ou seja, quando a decisão se torna imutável e definitiva. Entretanto, o Brasil admitiu, de 1988 a 2009, o cumprimento da pena após julgado o recurso de apelação, havendo uma aplicação flexível e relativa do referido princípio (BRASIL, 1988).

No ano de 2009, o Habeas Corpus (HC) nº 84.078 tratou da inconstitucionalidade da chamada “Execução Antecipada da Pena”, sendo julgado procedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), determinando que todos devem ser considerados não culpados até o julgamento de todos os recursos admitidos (BRASIL, 2009). Tal decisão perdurou até o ano de 2016, com o julgamento do HC nº 126.292, também julgado pela Suprema Corte que determinou novamente a relativização do princípio da presunção de inocência (BRASIL, 2016).

Por fim, em 2019, pela primeira vez a matéria relativa à execução provisória da pena e relativização do princípio de presunção de inocência foi tratada em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo pretório excelso, por meio das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, entendendo mais uma vez pela aplicação absoluta do princípio mencionado.

Nessa perspectiva, deve-se observar previamente a organização estrutural do Poder Judiciário que se compõe das chamadas instâncias ordinárias consistentes nas justiças de 1º e 2º grau e das instâncias superiores formadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A primeira instância, como também é chamado o juízo de 1º grau, é composta pelos Juízes de Direito singulares que atuam nas comarcas realizando os julgamentos e proferindo sentenças condenatórias ou absolutórias. A segunda instância, por sua vez, é composta por Desembargadores que atuam nos Tribunais de Justiça de cada Estado, proferindo acórdãos e reanalisando a sentença proferida em 1º grau.

Outrossim, deve-se ressaltar as funções das instâncias superiores que são formadas pelo STJ que é composto por 33 ministros, tendo sua competência definida pelo Art. 105 da Constituição Federal, que, dentre elas, é o julgamento de recurso especial quando decisão proferida pelos tribunais de segunda instância contrariarem lei federal.

Ademais, o STF é composto por 11 ministros e realiza o controle de constitucionalidade, bem como o julgamento de recursos extraordinários quando a decisão de 2º grau contrariar dispositivo constitucional.

Diante disso, convém destacar o cenário atual após a decisão das ADCs nº 43, 44 e 54 que criaram o seguinte caminho: havendo a condenação em primeira instância, poderá ser interposto o recurso de apelação que será julgado pelo Tribunal de Justiça Estadual competente. Assim, mantida a condenação pelo Tribunal, a irresignação pela decisão poderá ser levada às instâncias superiores, quando não será mais discutido o mérito da causa, mas apenas questões que possam contrariar Lei Federal ou a Constituição.

Em face do exposto, houve demasiados debates na comunidade política e jurídica acerca da possibilidade da execução da prisão-pena após o julgamento do recurso de apelação, de modo que juristas, a exemplo dos professores Pedro Lenza e Luiz Flávio Gomes, os quais consideraram que a decisão do STF gera uma enorme sensação de impunidade perante a sociedade, pois, passado o julgamento do recurso de apelação, não havia mais discussão das chamadas matérias de fato (LENZA, 2019).

Por outro lado, há argumentos favoráveis à prisão após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, como o do professor Aury Lopes Jr, em uma entrevista para o Brasil de Fato, afirmando que, sob o fundamento de que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, seria uma clara afronta ao princípio da presunção da inocência, expresso na Constituição Federal de 1988 (LOPES, 2019). Diante desse embate, é imperioso o aprofundamento do tema, com o fito de averiguar possível insegurança jurídica que possa ter sido desencadeada pela mais recente decisão, a qual visa a analisar a constitucionalidade da prisão em segunda instância, bem como a relativização do princípio da presunção da inocência.

Importante destacar que a justificativa da temática se vislumbra quando a Suprema Corte Brasileira reviu seu posicionamento mais de uma vez acerca da execução da pena antes do trânsito em julgado, gerando como possível consequência uma porta para interposição de recursos supostamente protelatórios, o que pode levar a uma certa impunidade (BRASIL, 2019).

Ademais, deve-se observar a instrumentalidade do Processo Penal, em consonância com as garantias estabelecidas na Constituição Federal que, sem dúvida, há que serem respeitadas, mas que, por outro lado, poderão levar a um caminho da dissidia.

É notório que a decisão da Suprema Corte pode inspirar a sensação de insegurança jurídica em relação à matéria, isso se dá devido às variadas mudanças de entendimentos da Corte, gerando discussão, no que se refere à impunidade, à relativização do princípio da presunção de inocência e à interposição de recursos protelatórios.

Em face do apontado, a problematização da pesquisa se deu em responder se as decisões das ADCs nº 43, 44 e 54 do STF estabelecem o princípio da presunção de inocência com aplicação absoluta e estimulam a interposição de recursos protelatórios visando ao não cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância.

Com a presente pesquisa, buscou-se compreender os argumentos favoráveis e os desfavoráveis dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e da doutrina em relação às decisões que tratam exclusivamente da execução da pena antes do trânsito em julgado, buscando entender como o princípio da presunção de inocência foi utilizado para fundamentar tais decisões, de modo que implicasse ou não em sua aplicação absoluta.

Diante disso, para alcançar o objeto de pesquisa e seu problema, utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica alinhada ao método hipotético-dedutivo, procedendo-se com a análise das mudanças de entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da prisão em segunda instância, bem como as consequências práticas e a relatividade do princípio da presunção de inocência, compreendendo argumentos contrários e favoráveis da Suprema Corte, em conjunto com a doutrina para identificar os motivos que levaram às variadas mudanças jurisprudenciais acerca do tema.

PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, coexistem as chamadas prisões provisórias e as prisões-penas. Em 2016, Roberto Veloso, em uma entrevista para a Revista Brasil, explicou as diferenças entre as prisões processuais e as prisões-penas: as prisões processuais ou provisórias possuem natureza cautelar, podendo ser temporária ou preventiva e visa a evitar que o suspeito destrua provas, fuja ou ameace testemunhas. Por outro lado, a prisão-pena é definitiva e ocorre após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, visando ao cumprimento da pena imposta. (VELOSO, 2016).

Cumprido ressaltar que, após a sentença condenatória proferida pelo 1º grau de jurisdição, não enseja por si só, a prisão, uma vez que para negar ao acusado o direito de recorrer em liberdade, devem estar presentes os requisitos da prisão preventiva, conforme leciona o professor Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2023).

Nesses termos, deve-se evidenciar o que trata o professor Aury Lopes Jr e o juiz Alexandre de Moraes Rosa, os quais entendem que a prisão cautelar tem sido degenerada para atender fins diversos dos processuais, em virtude da pressão da sociedade na busca pela justiça. Assim, conclui-se que as prisões cautelares estão banalizadas, uma vez que está prendendo primeiro para depois se buscar o suporte probatório que legitime tal medida (LOPES, MORAIS, 2019).

Diante disso, denota-se que, apesar das prisões penais e processuais terem fins diversos, vêm ocorrendo diversas confusões, como a delineada acima. Não obstante, a diferenciação de ambos os institutos é fundamental, de modo que, ainda que haja condenação na primeira e segunda instância, não implicará diretamente na condenação, entretanto, poderá haver a decretação de prisões cautelares desde que haja os requisitos previstos no Código de Processo Penal.

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, por meio do HC nº 84.078, decidiu que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória violava o princípio da presunção da inocência (BRASIL, 2009). Assim, superou-se o entendimento anterior da Suprema Corte que vigorava desde 1991.

Vislumbra-se que tal decisão foi alvo de diversas críticas durante os debates, como a do Ministro Joaquim Barbosa, que afirmou: “Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim” (BRASIL, 2009). No ano de 2016, o HC nº 126.292 teve como relator o Ministro Teori Zavascki, que em seu voto inferiu que o princípio da presunção da inocência não impede a execução provisória da pena, após confirmado o acórdão da apelação (BRASIL, 2016).

Ressalta-se que o voto do Relator visou a superar o entendimento estabelecido em 2009, no HC nº 84.078, que impedia a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e restabelecer o que era admitido em parte pelo pretório sob mesmo fundamento do HC nº 68.726 de 1991, que decidiu por maioria que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução da prisão-pena após a ratificação da condenação do recurso de apelação (BRASIL, 2016).

É imperioso ressaltar ainda que, em 2019, a matéria foi rediscutida pela Suprema Corte, por meio das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, mudando novamente o entendimento, impedindo o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2019).

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 tiveram como Relator o Ministro Marco Aurélio, que votou pela constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal que diz que ninguém poderá ser preso se não houver condenação criminal transitada em julgada, sob o fundamento de que a Constituição é clara ao estabelecer o princípio da presunção da inocência, não dando margem para semânticas distintas (BRASIL, 2019). Diante disso, o relator, em seu voto, afastou a possibilidade da execução antecipada da pena, retornando-se ao entendimento adotado em 2009.

Frise-se que a decisão da Suprema Corte proferida em 2019 também possui muitas divergências. Nesse ditame, deve-se observar o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que votou pela improcedência das ADCs nº 43, 44 e 54, não havendo que se falar em desrespeito ao princípio da presunção da inocência, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (BRASIL, 2019).

Insta salientar ainda que há divergentes posicionamentos doutrinários acerca do tema, que dentre os argumentos desfavoráveis à execução antecipada da pena, deve-se observar o que diz o renomado doutrinador Aury Lopes Jr (2022, p.41):

Não pode o STF, como fez no HC 126.292 (autorizando a execução antecipada da pena), com a devida vênua e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.

Apesar disso, o Professor Aury Lopes Jr, na página MINDJUS CRIMINAL, pontua que o direito penal é seletivo, punindo sempre o mais pobre e que a pena não deve punir nem rico, nem pobre, devendo punir todos de maneira igual (LOPES, 2022).

É de axiômica relevância ressaltar o posicionamento crítico do ilustre professor Rogério Sanches Cunha (2018), no que tange à decisão das ADCs nº 43, 44 e 54, em seu vídeo publicado no Youtube, o qual afirma que pessoas que não tem condições de levar o processo perante o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, cumprirão pena, já as pessoas que possuem condições de recorrerem aos Tribunais Superiores, não correriam esse perigo. Dessa forma, a execução da pena após o trânsito em julgado geraria uma imputabilidade seletiva.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRINCÍPIOS COLIDENTES

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade é previsto na Constituição Federal, no Art. 5º, LVII, que afirma: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Assim, conforme trata o professor Pedro Lenza, o ônus de provar a culpa incumbe a parte que acusa,

devendo o acusado ter sua inocência devidamente presumida até que se prove o contrário (LENZA, 2022).

Nesses termos, Nucci, fazendo uma alusão a Bentham, no que se refere à aplicação do princípio da presunção de inocência: “é melhor deixar escapar um culpado que condenar um inocente, ou, em outras palavras, deve cuidar-se muito mais da injustiça que condena do que da injustiça que absolve” (NUCCI, 2022).

Por outro lado, o referido princípio vem colidindo com outros princípios, principalmente no que concerne ao tema da prisão em segunda instância, uma vez que a aplicação do princípio de maneira absoluta poderia ensejar na não incidência do princípio da efetividade e da razoável duração do processo, pois, conforme leciona Candido Rangel Dinamarco: “Um processo tardio e ineficaz, fracassa na tutela e na realização do direito material, não proporcionando a devida paz social” (DINAMARCO, 2008).

Ademais, o professor Guilherme Souza Nucci ressalta que a decisão de 2016, a qual entendeu que a prisão em segunda instância não violava o princípio da presunção de inocência, foi estabelecida por critérios de Política Criminal visando a combater a impunidade, uma vez que muitos defensores utilizavam dos Recursos Especiais e Extraordinários para postergar o trânsito em julgado, buscando atingir a prescrição da pena (NUCCI, 2022).

Em face disso, no entendimento do professor Guilherme de Souza Nucci (2022), com a decisão de 2016, o princípio da presunção de inocência havia sido violado, pois a Constituição Federal estabelece com clareza a aplicação do princípio até o trânsito em julgado da condenação, não podendo ser reinterpretado o conceito de trânsito em julgado, sob pena de subversão de conceitos doutrinários dominantes há muito tempo.

CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES E RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ante às divergências dos ministros do pretório excelso, deve-se observar as hipóteses elencadas de possíveis consequências das decisões proferidas. Consoante dispõe o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nas ADCs nº 43, 44 e 54, o cumprimento da pena após o trânsito em julgado de todos os recursos incentiva a interposição de recursos protelatórios que acarretam uma possível impunidade (BRASIL, 2019).

Outrossim, é de notável relevância observar o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o qual evidenciou que “as instâncias ordinárias não podem ser transformadas em meros juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais” (BRASIL, 2019). Desse modo, o voto do Ministro buscou demonstrar que há a possibilidade de as instâncias ordinárias se tornarem ineficientes, tendo em vista que só haveria execução de prisão-pena após julgados os recursos dos Tribunais Superiores.

Ademais, deve-se ressaltar o voto do supramencionado Ministro quando diz que ignorar a possibilidade da prisão-pena após o julgamento do recurso de apelação acarretaria a aplicação absoluta do princípio da presunção de inocência, atribuindo nenhuma eficácia ao princípio da efetiva tutela jurisdicional (BRASIL, 2019).

Não obstante, ao contrário do voto retratado acima, o professor Lopes Junior disserta (2022, p.41):

Muito importante sublinhar que a presunção constitucional de inocência tem um marco claramente demarcado: até o trânsito em julgado. Neste ponto nosso texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência. Há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Mas também não é uma construção única, basta ler as Constituições italiana e portuguesa, que também asseguram até o trânsito em julgado.

Denota-se que o renomado doutrinador prevê o princípio de presunção de inocência como um princípio inafastável do acusado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, é imperioso salientar que o fato da presunção de inocência perdurar até o trânsito em julgado não impede que o investigado ou acusado seja preso antes disso (LOPES, 2022).

Deve-se ainda destacar um dos fundamentos do voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, no HC nº 126.292, o qual preceitua que o princípio da presunção de inocência é um princípio e não uma regra, podendo ser aplicado com maior ou menor intensidade, quando ponderado com outros princípios constitucionais colidentes. Em face disso, quando já estiver demonstrado a responsabilidade penal do réu, está encerrada a apreciação de fatos e provas e o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com princípio da efetividade da lei penal (BRASIL, 2016).

Salienta-se, ainda, que o Professor Pedro Lenza destaca fundamentos pragmáticos, trazidos no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso acerca da prisão em segunda instância, os quais permitem “tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária” (LENZA, 2022).

Outrossim, ainda sobre os fundamentos destacados por Pedro Lenza (2022), a prisão em segunda instância

diminui a imputabilidade seletiva, reduzindo os incentivos aos crimes de colarinho branco.

Por outro lado, deve-se ressaltar a consequência retratada na sustentação oral do jurista Lenio Streck (2019) nas ADCs nº 43, 44 e 54, o qual evidencia uma tremenda insegurança jurídica ao realizar a observação de que a Constituição Federal espelha o Art. 283 do Código de Processo Penal, assim, considerar tal artigo inconstitucional seria dizer que a constituição é inconstitucional, fazendo-se presente outra indagação: Seria possível uma norma constitucional inconstitucional?

NORMAS INCONSTITUCIONAIS

CONSTITUCIONAIS

A tese das normas constitucionais inconstitucionais surge com o professor alemão Otto Bachof, o qual questiona a possibilidade de uma norma originária da própria Constituição ser declarada inconstitucional (BACHOF, 1994)

O STF, por meio da ADI nº 815, entendeu que era inconcebível a tese de que há hierarquia entre as normas constitucionais, o que admitiria a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional em face de outra (BRASIL, 1996).

Ademais, deve-se observar também alguns princípios de interpretação constitucional, a exemplo o princípio da unidade da constituição, que, segundo o professor Pedro Lenza, exalta a ideia de que a Constituição deve ser interpretada sem que haja aparentes antinomias, ou seja, as normas constitucionais devem coexistir de forma harmônica, cumprindo também o chamado princípio da concordância prática ou da harmonização (LENZA, 2022).

Diante disso, denota-se que não é possível que uma norma constitucional seja declarada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, a indagação realizada por Lênio Streck (2019) é ainda mais pertinente uma vez que a declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que é uma norma de reprodução obrigatória, ensejaria em uma declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional, qual seja o art. 5º, LVII.

VARIADAS MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE E A INSEGURANÇA JURÍDICA

O professor Luiz Flavio Gomes, em opinião publicada no site Conjur, define qual o motivo das variadas mudanças de entendimento ao redor dos anos; para ele: “nossa Constituição falou em trânsito em julgado, mas não definiu o que se entende por coisa julgada. Trata-se de uma lacuna constitucional” (GOMES, 2019). Ademais, Luiz Flavio Gomes ainda pontua

Desde que se respeite a garantia da presunção de inocência (que é intangível), não há nenhum impedimento para que o legislador derivado reformador conceitue o instituto da coisa julgada. Aliás, ao contrário, tudo recomenda que isso seja feito o mais pronto possível, diante da balbúrdia gerada pelas várias interpretações antagônicas do STF. (GOMES, 2019).

Nesse ditame, o Ministro Luiz Fux, em seu voto nas ADCs nº 43, 44 e 54, ressaltou que os Tribunais Superiores não analisam mais as matérias de fato, ou seja, após o julgamento do tribunal de apelação, não há mais que se falar em reexame de fatos e provas, havendo o trânsito em julgado dessas matérias (BRASIL, 2019).

Infere ainda o aludido Ministro: “o que a Constituição quer dizer é: até o trânsito em julgado, o réu tem condições de provar sua inocência. À medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma gradação” (BRASIL, 2019). Não obstante, deve-se observar o voto da Ministra Rosa Weber, que atesta:

Poderia, o Constituinte de 1988, ter-se limitado a reproduzir a fórmula segundo a qual ninguém será preso, ou conservado em prisão, sem “culpa formada”, com as ressalvas expostas, contida na Constituição Imperial, de 1824 (art. 179, VIII)3, e reproduzida na Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 14)4 e na Constituição do Estado Novo, de 1937 (art. 122, § 11)5. Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expresso, ao definir, com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória (BRASIL, 2019).

Diante disso, denota-se que as variadas mudanças de entendimento podem se dar devido à problemática trazida pelo professor Luiz Flávio Gomes (2019), ou seja, pela lacuna constitucional quanto ao momento em que se dá o trânsito em julgado. Segundo sua opinião deixada na revista *Conjur*, a indefinição de coisa julgada “vem gerando uma enorme incerteza jurídica. E a verdade é que, apesar das polêmicas, a coisa julgada continua sem definição na nossa Carta Maior,

embora já transcorridos 30 anos de sua promulgação”. (GOMES, 2019)

Assim, percebe-se há divergência até mesmo nos motivos que ensejaram as variadas mudanças de entendimentos da Suprema Corte, uma vez que para alguns há certeza de que a Constituição estabeleceu um marco delimitado. Não obstante, há aqueles que conseguem vislumbrar quando se dá o trânsito em julgado, pois, conforme mencionado, passado o julgamento em segunda instância, não se analisa mais as matérias de fato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se que o tema possui grande relevância e gerou imensuráveis debates acerca do assunto. Assim, a presente pesquisa buscou responder o seguinte questionamento: Com o julgamento das ADC nº 43, 44 e 54 de 2019, o princípio da presunção de inocência é aplicado de maneira absoluta, de modo que gere um incentivo para interposição de recursos protelatórios?

Para responder a esse questionamento, foram observadas as alegações dos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), os quais divergiram em inúmeros argumentos. Dentre esses, deve ser ressaltado o do Ministro Alexandre de Moraes que tratou especificamente da aplicação absoluta do princípio da presunção de inocência, destacando ainda a ineficácia do princípio da efetiva tutela jurisdicional, pois o princípio da presunção de inocência aplicada de maneira absoluta inferiria que as instâncias ordinárias fossem apenas instâncias de passagem.

Percebe-se que o argumento trazido pelo Ministro Alexandre de Moraes traduz a realidade prática das instâncias após o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54. Por outro lado, como bem mencionou o professor Rogério Sanches, tal decisão gera uma imputabilidade seletiva e, apesar de as instâncias ordinárias se tornarem apenas de passagem, conforme ressaltou o Ministro Alexandre de Moraes, somente os mais ricos é que conseguiriam levar seus recursos até os tribunais superiores, ou seja, são instâncias de passagem apenas para aqueles que detêm de maior capacidade econômica, enquanto para os mais pobres, não há que se falar em instâncias de passagem.

Nesses termos, é imperioso ressaltar os argumentos trazidos pelo Ministro Luiz Fux, os quais aduzem que os tribunais superiores não analisam mais as matérias de fato, ou seja, não analisam mais as provas, ensejam no trânsito em julgado das matérias de fato. Assim, é notório que se os tribunais superiores não analisam mais os fatos, não haveria motivos para prolongar o cumprimento da pena, aguardando o pronunciamento do STJ ou do STF, sob pena de uma justiça criminal desequilibrada e disfuncional.

Cumprir mencionar que o Ministro Luís Roberto Barroso cita fundamentos pragmáticos em favor da prisão em segunda instância, dentre eles é justamente a coibição de recursos protelatórios e a valorização das instâncias ordinárias, demonstrando mais uma vez que o problema de se interpretar o princípio da presunção de inocência de maneira absoluta gera a interposição de recursos protelatórios.

Ademais, deve-se ressaltar que Luís Flávio Gomes entende que o motivo das variadas mudanças de entendimento da suprema corte ocorrem pelo fato de a Constituição não estabelecer o conceito de trânsito em julgado, gerando a rediscussão da matéria reiteradas vezes. Por outro lado, a Ministra Rosa Weber argumenta que a Constituição fixou um marco temporal para a presunção de inocência, gostando ou não, que é até o trânsito em julgado.

Diante disso, é cediço que o STF não poderia reinterpretar o conceito de trânsito em julgado quando achasse conveniente, pois, conforme disse o professor Aury Lopes Jr, o STF é o guardião da Constituição e não seu dono, argumentando ainda que a Constituição tem um marco delimitado, qual seja “até o trânsito em julgado”, conforme art. 5º, LVII da CF.

Nesse ditame, é importante salientar a tese do Otto Bachof, a qual menciona a possibilidade de controle de constitucionalidade em face de outra norma constitucional, chamada de “Tese das normas constitucionais inconstitucionais”. Ressalta-se que tal possibilidade foi afastada pelo STF, com argumentos baseados em princípios como o da unidade da Constituição e da harmonização das normas constitucionais, uma vez que não há hierarquia entre elas.

Dito isso, a brilhante sustentação de Lênio Streck no STF infere que o Art. 283 do CPP declarado constitucional pelas ADCs nº 43, 44 e 54 reproduziu exatamente o Art. 5º, LVII da Constituição Federal. Dessa forma, se mostra evidente que caso fosse declarado inconstitucional o Art. 283 do CPP, iria também dizer que o Art. 5º LVII da CF era inconstitucional e como já foi tratado acima, não há possibilidade de uma norma constitucional ser inconstitucional.

Em face do exposto, conclui-se que, de fato, a decisão de constitucionalidade das ADCs nº 43, 44 e 54 ensejam em uma aplicação absoluta do princípio da presunção de inocência, sendo um outro direito considerado absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, só podendo ser considerado culpado após o trânsito em julgado, ou seja, após o julgamento de todos os recursos.

Dessa forma, é possível vislumbrar que tal decisão não é inconstitucional, muito pelo contrário, a decisão de constitucionalidade proferida foi corretamente julgada seguindo os parâmetros dispostos na Constituição Federal. Por outro lado, é impossível negar que esta decisão tem consequências que recaem principalmente sobre os mais pobres, uma vez que as pessoas com recursos possuem os meios para “atrasar” o trânsito em julgado.

Por fim, se observa que não há como se discutir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do princípio da presunção de inocência. Entretanto, é possível que se discuta uma reforma no Código de Processo penal acerca do sistema recursal visando a definir quando ocorrerá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, respeitando as garantias do referido princípio, mas estabelecendo mecanismos que coíbam recursos que somente objetivam atrasar o cumprimento da pena e violar o princípio da efetiva tutela jurisdicional.

BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3. Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, 28 de março de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21/09/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20/09/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 18/09/2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Congresso pode permitir prisão após 2ª instância via emenda constitucional. Consultor jurídico – CONJUR, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/luiz-flavio-gomes-congresso-permitir-prisao-instancia>. Acesso em: 16 out. 2022.

Lenza, Pedro. Esquematizado - Direito Constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, (26ª edição). Editora Saraiva, 2022. See More

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

REFERÊNCIAS

LOPES JUNIOR, Aury. Jurista desmonta argumentos que defendem prisão após segunda instância: "Falácias". Brasil de Fato, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/17/jurista-desmonta-argumentos-que-defendem-prisao-apos-segunda-instancia-falacias>. Acesso em: 18 set. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury, "Mais uma fala marcante do nosso mestre aurylopesjr, traz a realidade em que vivemos". MINDJUS CRIMINAL, 2022. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CmpWSCNDDiO/>

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

MORAES DA ROSA, Alexandre, LOPES JUNIOR, Aury. Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar. Consultor Jurídico – 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar#_ftn10 – Acesso em: 05 de março de 2023.

Nucci, Guilherme de S. Curso de Direito Processual Penal. Disponível em: Minha Biblioteca, (20ª edição). Grupo GEN, 2023. E-book.

Pedro Lenza. Execução provisória da pena após 2º grau (Prisão após 2ª Instância) Pedro Lenza e Luiz Flávio Gomes. Youtube, 10 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pCfp5iMjLwI>>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

SANCHES CUNHA, Rogério. STF - ADCs 43 e 44: execução penal provisória. YouTube, 26 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PL7ARiTafiG6SnDSVKaSGsUdG7mv7pcJv2>>. Acesso em: 16 de outubro de 2022.

VELOSO, Roberto. Roberto Veloso esclarece a diferença entre prisão penal e prisão processual. Revista Brasil – 2019. Disponível em: <https://radios.ebc.com.br/revista-brasil/edicao/2016-09/Roberto-Veloso-esclarece-diferenca-entre-prisao-penal-e-prisao-processual> - Acesso em: 05 de março de 2023.