

MARCELO DE SÁ PACHECO

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: Análise de Propostas
Legislativas para Alterar as Regras da Prisão em Segunda Instância**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2021

MARCELO DE SÁ PACHECO

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTANCIA: Análise de Propostas
Legislativas para Alterar as Regras da Prisão em Segunda Instância**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. José Rodrigues Ferreira Junior.

ANÁPOLIS - 2021

MARCELO DE SÁ PACHECO

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTANCIA: Análise de Propostas
Legislativas para Alterar as Regras da Prisão em Segunda Instância**

Anápolis, ____ de _____ de 2021.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela minha vida e por ter me permitido cursar Direito no Centro Universitário UniEvangélica. Durante esses cinco anos Deus foi o meu melhor amigo e me deu força, saúde, disposição, paciência, além de me mostrar sempre o melhor caminho a ser seguido;

Agradeço à minha família, em especial minha esposa, meus filhos, meu pai, minha mãe, minha sogra, integrantes do meu núcleo familiar, que me deram todo suporte necessário, fazendo ser possível realizar o sonho de me formar em um curso superior.

Agradeço, também, as amizades firmadas durante a graduação, por todos os momentos que compartilhamos e dos inúmeros desafios que enfrentamos (com sucesso).

Por fim, agradeço ao corpo docente do Centro Universitário UniEvangélica, Campus Anápolis, por todos os ensinamentos valiosos, em especial ao meu professor orientador, pela dedicação e conhecimento compartilhado, cooperando para a conclusão dessa etapa da vida acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa analisar os projetos que estão em tramitação no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, buscando um consenso ao texto constitucional sem alterar a sua literalidade, especificamente, ao texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, no que tange ao princípio da presunção de inocência. Dessa forma, busca-se analisar alguns posicionamentos que norteiam o tema, ora entendendo ser inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, ora entendendo ser possível a prisão após a decisão dos Tribunais de segunda instância, fato que gera grande insegurança no sistema jurídico brasileiro. Assim, apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ser rígida, isto é, seu texto só poderá ser alterado através de um procedimento formal, percebe-se a possibilidade do Poder Legislativo dar novas interpretações ao texto constitucional.

Palavras-chave: presunção de inocência, poder legislativo, prisão em segunda instância.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPITULO I – PRISÕES CAUTELARES | 3 |
| 1.1 Espécies de Prisões Cautelares | 3 |
| 1.1.1 Prisão em Flagrante | 4 |
| 1.1.2 Prisão Temporária | 5 |
| 1.1.3 Da Prisão Preventiva | 6 |
| 1.2 A Natureza Jurídica das Prisões Cautelares | 9 |
| 1.3 As Inovações da Lei Nº 12.403/2011 no Instituto das Prisões Cautelares | 11 |
| CAPITULO II - PRISÃO CAUTELAR E A PRESUNÇÃO DE INOCENCIA | 13 |
| 2.1 Presunção de Inocência como Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988 | 16 |
| 2.2 As Implicações da Presunção da Inocência no Devido Processo Legal | 19 |
| 2.3 A Cautelaridade no Processo Penal | 20 |
| 2.4 O Princípio da Presunção de Inocência não é Absoluto | 21 |
| CAPITULO III – PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA ALTERAR AS REGRAS DA PRISÃO EM SEGUNDA INTANCIA | 23 |
| 3.1 Projeto de Lei do Senado nº 166/2018 | 23 |
| 3.2 Proposta de Emenda à Constituição 199/2019 | 28 |
| 3.3 Ausência de Efeito Suspensivo no Recurso Especial e Recurso Extraordinário | 31 |
| CONCLUSÃO | 36 |
| REFERÊNCIAS | 38 |

INTRODUÇÃO

A ideia deste trabalho monográfico é analisar a prisão em segunda instância e a presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. A presunção de inocência sempre foi um tabu para a sociedade, sendo um direito fundamental e um princípio constitucional implicando em discórdias nos Tribunais Superiores a respeito de tal conceito. E diversas vezes aplicado a casos concretos de julgados relacionados à prisão em segunda instância no Brasil. Dessa forma, há dois conceitos para conseguir um melhor entendimento acerca do tema proposto. Nesta linha de raciocínio, associa-se diretamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aos assuntos descritos, como forma de se conseguir uma certa precisão e atualidade neste trabalho.

Sendo assim, o método a ser utilizado na elaboração da monografia será o de compilação ou o bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolver-se-á uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros periódicos.

Diante dos argumentos acima expostos, o princípio da presunção de inocência está expressamente afirmado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, onde está proclamado que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, todos serão presumidos inocentes até que ocorra o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Observe-se, aliás, de que se trata de uma temática que vai muito além das especulações de

natureza teórica, mas é de interesse de todas as pessoas por sua influência na vida prática.

Assim sendo, destaca-se dentre os diversos aspectos que envolvem o princípio da presunção de inocência, a prisão, pois esta afeta um dos principais, quiçá o principal direito fundamental da nossa constituição: a liberdade. Tema complexo, o qual obteve um aprofundamento intenso nos últimos anos. A execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado é um tema que vem sendo abordado com frequência no Brasil, à luz dos Tribunais Superiores com ministros e seus entendimentos diversos a respeito do assunto.

A princípio, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, ainda que ausentes os requisitos da prisão cautelar, a Suprema Corte autorizava a execução provisória da pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instância. Posteriormente, veio à tona a discussão de que talvez esse entendimento fosse inconstitucional, ou seja, contrário a Carta Magna do Brasil, levando o Superior Tribunal Federal a reconsiderar seu entendimento. A partir daí, o tema passou a ser abordado com frequência nos tribunais brasileiros, sendo alvo de várias reviravoltas ao longo dos anos.

CAPITULO I – PRISÕES CAUTELARES

A prisão penal é o resultado da pretensão punitiva estatal, e se caracteriza por ser definitiva. Muito embora o seu uso venha sendo reduzido ao mínimo necessário, ela representa um mal do qual não podemos prescindir.

A prisão cautelar é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e visa assegurar a eficácia da investigação ou do processo, garantindo a sua instrumentalidade. É medida excepcional, onde não é analisada a culpabilidade do agente, mas, sim, a sua periculosidade.

A prisão cautelar se caracteriza como uma providência urgente que objetiva uma prestação jurisdicional mais justa em prol do estado no processo penal. A prisão cautelar não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar da sua natureza instrumental (LIMA, 2011, p.79).

Em suma, a prisão penal é o exercício do direito de punir do Estado, enquanto que a prisão cautelar é uma forma de prevenção de um eventual direito de punir, através da qual se pretende eliminar os riscos à instrução do processo ou à eventual aplicação da lei penal (NICOLITT, 2011, p.46-47).

1.1 Espécies de Prisões Cautelares

O processo cautelar tem caráter instrumental e acessório em relação ao principal, pois sua utilização é destinada a garantir a situação existente

atualmente, para assegurar o êxito dos processos de conhecimento ou executivo.

Conforme preleciona LOPES JUNIOR (2017), as medidas cautelares de natureza processual penal têm o objetivo de garantir o desenvolvimento do processo e a aplicação da lei penal de maneira eficaz. Ou seja, buscam proteger o andamento do processo, de modo a obter o melhor resultado final. A prisão cautelar, portanto, é uma das medidas cautelares passíveis de aplicação no curso do processo penal, além das demais hipóteses taxativas apresentadas pela Lei 12.403 de 2011.

Hoje, pode-se dizer que as principais modalidades de prisão cautelar são: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

1.1.1 Prisão em Flagrante

Com relação à natureza jurídica Capez (2012), diz que a prisão em flagrante passou, assim, a ser uma mera detenção cautelar provisória pelo prazo de vinte e quatro horas, até que o juiz decida se o indiciado deve ou não responder preso à persecução penal.

De acordo com Capez (2012) O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder, é o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo.

Segundo Marque (2011, p. 64) “Flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penal ilícita”.

Conceitua Capez:

“É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.” (CAPEZ, 2012, p. 314)

A própria Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso LXI, a possibilidade de prisão mesmo antes da sentença penal condenatória, ao excepcionar as prisões decorrentes de flagrante delito e as baseadas em ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, que seriam os casos da prisão temporária e da prisão preventiva. (BRASIL, 1988)

1.1.2 Prisão Temporária

A prisão temporária é uma prisão cautelar que tem o intuito de auxiliar nas investigações durante o inquérito policial, e por isso ela nunca poderá ocorrer durante a ação penal, somente durante as etapas das investigações policiais, sendo decretada pelo juiz. (BRASIL, 1988)

Como menciona o art. 2º, da Lei nº 7.960/89, para ser decretada a prisão temporária, deverá estar evidenciada extrema e comprovada necessidade, isso significa que deverão estar presentes fundadas razões para se tomar decisão que justifique privação da liberdade de alguém, eis que isso é uma exceção, principalmente porque a regra é a liberdade de locomoção.

A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, 1989)

Conforme está expresso no art. 1º da Lei n. 7.960/89, “cabera prisão temporária quando, imprescindível para as investigações do inquérito policial; o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado”. (BRASIL, 1989).

A regra contida no artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.072/90, assegura a prorrogação do prazo da prisão temporária por mais trinta dias nas hipóteses de crimes hediondos, exige a comprovação de sua necessidade.

“A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” (BRASIL, 1990)

Não consubstancia constrangimento ilegal, susceptível de ataque por via de habeas corpus, a ordem de prorrogação de prisão temporária provida de fundamentos indicativos da presença efetiva de sua necessidade. Assim, no entendimento de alguns doutrinadores citados no decorrer deste artigo, percebe-se que o instituto da prisão temporária ousou ao desafiar os ditames da Constituição Federal, permitindo que o cidadão fosse preso durante as investigações policiais, violando, assim, o princípio da presunção de inocência. (BRASIL, 1988)

1.1.3 Da Prisão Preventiva

A prisão preventiva é a prisão processual por excelência na legislação processual vigente, sendo a principal modalidade de prisão cautelar da qual advêm as demais modalidades de prisões processuais, cuja finalidade coincide com os fins do processo penal, ou seja, garantir a utilidade e eficácia do futuro provimento jurisdicional.

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). (LIMA, 2017, p. 956)

Esta prisão pode ser decretada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do querelante, do Ministério Público, ou de ofício tanto na

ação penal pública quanto na ação penal privada, durante o inquérito policial ou durante o processo penal, antes do trânsito em julgado, conforme artigo 311 do CPP:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. (BRASIL, 1941)

Para Nucci (2013) trata-se de uma medida cautelar de constrição a liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.

Em sua obra, Capez (2012, p.330) preleciona que a prisão preventiva é:

“Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.”

No entanto, a prisão de cunho preventivo somente pode ser decretada quando for necessária e fundamentada na lei, no intuito de atender a finalidade do processo, já que se o acusado ficar em liberdade durante seu andamento colocará em risco sua efetividade. Caso seja decretada com outro fundamento, que não seja a prevenção, ferirá o princípio da presunção de inocência. (BRASIL, 1988)

A conveniência da instrução criminal, de acordo com Capez (2012) visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime .

A este aspecto o próprio Beccaria (2004), depois de tê-la considerado necessária contra o perigo de fuga ou de deterioração das provas,

chegou a considerá-la também uma pena que por necessidade, deve, diferentemente de qualquer outra, preceder a declaração do delito.

Diante de tal argumentação, assume primordial importância à análise de seus fundamentos legais previstos no Código de Processo Penal, bem como, da necessidade de se aprofundar em sua motivação prisional em estrita obediência ao que determina art. 93. IX da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Além das disposições específicas concernentes ao instituto processual assentes no diploma legal de ritos processuais penais. Assim, buscar o discernimento das raízes da prisão preventiva é o caminho mais adequado para conhecê-la, aspergindo seus parâmetros às demais formas de prisões cautelares.

Para aplicação de medidas cautelares devem possuir alguns pressupostos, quais sejam: a) natureza da infração (alguns delitos não admitem como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade de condenação (*fumus boni iuris*, ou seja, fumaça do bom direito); perigo na demora (*periculum in mora*); e d) controle jurisdicional prévio. (NUCCI, 2013 *apud* MARQUES, 2011, p. 604)

Cabe destacar, segundo Capez (2012) que não existe prisão preventiva obrigatória, pois nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena, privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência.

“Possui 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 (CPP, art. 282, § 6º). Nesse sentido: “A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos

drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP.” (CAPEZ, 2012, p. 329)

A necessidade de uma maior reflexão sobre os limites de sua motivação, sobre seus fundamentos ou mesmo a possível ausência de pacífica fundamentação, tem como finalidade concorrer para sua melhor adequação, ressaltando a proporcionalidade harmoniosa que deve existir entre o direito à liberdade e o poder de punir do Estado, sem afrontar o princípio da presunção de inocência.

1.2 A Natureza Jurídica das Prisões Cautelares

O direito processual penal, prevê o instituto da prisão cautelar que se dá no curso do processo penal, a saber, quando ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado. Trata-se de uma modalidade de encarceramento que se caracteriza como uma medida de coação, acarretando a privação da liberdade do acusado mesmo não declarado culpado.

Diante de previsões Constitucionais e legais, resta configurada, ao menos aparentemente, um conflito entre os princípios Constitucionais da liberdade pessoal e da presunção da inocência. Isso porque qualquer prisão que seja decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (prisão cautelar), é medida que parece desafiar o princípio da presunção da inocência, estampado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Não obstante, decorre desse princípio a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão processual não constitui cumprimento de pena, ao contrário do que a denominação reservada a algumas modalidades de prisão processual possa erroneamente sugerir.

Ainda assim, para Mouguenot (2015) a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão o *fumus boni iuris*, a existência do risco social no caso de não ser decretada a sua prisão- *periculum libertati*.

“Ainda assim, a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão (de modo geral, provas que, embora não demonstrem cabalmente a culpa do acusado, sejam suficientes para constituir suspeita válida de que o acusado efetivamente seja culpado – o *fumus boni juris*, ou fumaça do bom direito - e existência de risco social no caso em que não seja decretada sua prisão - o *periculum libertatis*). Sem esses elementos, que devem ser avaliados em cada caso concreto, a prisão se toma ilegal, podendo ser atacada pela via do *habeas corpus*.” (MOUGUENOT, 2015 p. 96)

A prisão cautelar ou sem pena, na lição de Mirabete (2009), é também denominada de prisão processual, provisória. É a prisão cautelar, em sentido amplo, a exemplo da prisão em flagrante, da prisão temporária e da prisão preventiva.

Para Capez (2012) a prisão sem pena, trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com a finalidade cautelar, destinada assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que solto, o sujeito continue praticado delitos.

Ao contrário da prisão pena, cuja finalidade essencial é repressiva, essa modalidade tem aplicação durante a persecução penal, podendo ser decretado o cerceamento da liberdade do indiciado ou réu antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em situações excepcionais descritas em lei.

Constitui, sua decretação exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência, daí a demonstração da sua real necessidade durante o inquérito policial ou a instrução processual.

1.3 As Inovações da Lei Nº 12.403/2011 no Instituto das Prisões

Cautelares

A Lei nº 12.403/2011 alterou o regime jurídico da prisão processual e as medidas cautelares diversas. Tenta-se inverter a lógica da utilização da prisão praticamente como regra. A prisão é a privação de liberdade de determinado indivíduo, do qual é recolhido no cárcere. A regra no Direito Penal Brasileiro é que a pessoa somente poderá ser presa após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (ou seja, a liberdade é a regra). (BRASIL, 2011)

Existem situações que autorizam o recolhimento de autores de infração penal antes de sua condenação. São, situações derivadas de regras e cunho processual, com o intuito de resguardar a própria persecução penal em seu trâmite regular.

A Constituição Federal em seu art.5º, inc. LXI, da CF/88, c/c art.283 do CPP, assevera que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, 1988)

Daí, já se percebe que a prisão em nosso ordenamento jurídico deve ser consequência, ou de flagrante delito, ou por ordem expressa e fundamentada de juiz competente.

São inúmeras as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, passando desde a mais grave (a prisão) até a menos grave (de se comunicar com determinada pessoa, por exemplo). E para que essas medidas cautelares sejam aplicadas, alguns requisitos precisam estar presentes.

De acordo com o art. 282 do CPP, os requisitos para aplicação das medidas cautelares devem respeitar o binômio necessidade - adequação, ou seja, devem estar presentes: "*Necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; *Adequação* da medida à gravidade do

crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. (BRASIL, 1941).

Também é importante ressaltar que a aplicação das medidas cautelares somente será possível quando a infração cometida pelo agente for no mínimo cominada com pena privativa de liberdade.

Ademais, o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista (quando não for mais necessária ou adequada), bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

CAPITULO II - PRISÃO CAUTELAR E A PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

Os princípios possuem um relevante papel no sistema normativo brasileiro, se diferenciando das regras, pois são mais amplos, trazem ideais, objetivos gerais a serem atingidos e indicam uma forma de visão que devemos ter sobre todo o sistema jurídico.

Segundo a doutrina a expressão “presunção da inocência”, não afirma presumir uma inocência, mais sim, de garantir que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inc. LVII);

Este princípio reconhece, assim, um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido status processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. (MOUGENOT, 2015, p. 95)

A força normativa da nossa Constituição encontra-se, nas normas que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais.

A origem do princípio da presunção de inocência ou, o princípio da não culpabilidade, remonta ao Direito Romano e veio trilhando um longo caminho de Evoluções e involuções ao longo da história segundo destaca (FERRAJOLI, 2002).

Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção da inocência, até que, provem o contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média (FERRAJOLI, 2002).

Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semi-prova, que comportava um juízo de semi-culpabilidade e uma semi-condenação a uma pena mais leve (FERRAJOLI, 2002).

Conceitua Aury Lopes Júnior (2012), que o princípio da presunção de inocência teve sua origem, no Direito Romano, com o surgimento da regra *in dubio pro reo*, sendo fortemente atacado e até invertido na inquisição da Idade Média, quando passou a existir, na verdade, uma presunção de culpabilidade.

Dessa forma, vê-se claramente que a presunção de inocência sofreu uma grande involução na Idade Média, vindo a se reerguer somente em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (JUNIOR, 2012).

Segundo o contexto histórico dos Direitos Humanos, na Declaração da Virgínea de 1776, constituiu o registro de nascimento dos direitos humanos na História. Seguidamente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos reconheceu solenemente que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao constante aperfeiçoamento de si mesmos (PIOVESAN, 2010).

Com a Revolução Francesa, a ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Logo, o reconhecimento da fraternidade, foi alcançada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 (PIOVESAN, 2010 p.11/12).

Com aprovação da Declaração Universal em 1948 e diante da nova concepção de direitos humanos, houve a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais.

A partir do mesmo cria-se um sistema normativo de proteção aos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Sobre o qual, se integra os

Pactos Internacionais de Direitos civis e Políticos e de Direitos Econômicos, sociais, culturais, e as Convenções interamericanas que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação (PIOVESAN, 2010 p.13).

No século XIX, com o início do constitucionalismo, as Declarações dos Direitos Humanos passam a ser inseridas nas Constituições dos Estados, a partir do pós-guerra, observa-se um segundo impacto. O pós-guerra impulsiona emergência do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que acaba por criar uma sistemática internacional de proteção aos homens (PIOVESAN, 2010).

O princípio se positiva pela primeira vez no art.9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, inspirado na razão iluminista de (Voltaire, Rousseau). Posteriormente reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres 1948, e, no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas em 1948 (MOUGENOT, 2015 p. 94):

“Precedentes históricos: o princípio se positiva pela primeira vez no art. 92 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rousseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10.12.1948) (MOUGENOT, 2015).”

É somente aí que, a Constituição Federal de 1988 situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. No âmbito constitucional, há uma prerrogativa de preservação da própria dignidade, considerada valor fundamental da República, de garantir que a pessoa seja seu próprio guia de sua realidade antropológica (MOUGENOT, 2015).

Esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948,

teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira como valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal (MOUGENOT, 2015).

Este princípio reconhece, assim, um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido status processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Por conseguinte, a pessoa acusada é presumida inocente até que passe em julgado sentença penal que a condene. Consagrando-se, deste modo, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

2.1 Presunção de Inocência como Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988

O Brasil, após o longo período de vinte anos de regime militar, deflagrou-se o processo de democratização. Em face de solucionar as dificuldades do sistema autoritário, as forças civis se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mesmo que lenta e gradual a transição democrática permitiu um controle civil sobre o militar. Iniciou-se aí a elaboração de um novo Código, nasceu assim, a Constituição Federal de 1988 (PIOVESAN, 2010).

A Constituição institucionalizou e instaurou um novo regime político democrático no Brasil. Introduziu também um indiscutível avanço de proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira ao incorporar os direitos e garantias fundamentais.

Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional (PIOVESAN, 2010).

Segundo Miranda (2008), os direitos fundamentais são considerados como elementos básicos para realização do princípio democrático, tendo em vista, que exercem uma função democratizada.

Pois, a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado (MIRANDA, 2008).

Desde o século XVII, com o advento do constitucionalismo que é um “Sistema Político com base Constitucional”, iniciou-se à proteção aos direitos fundamentais frente ao poder do Estado. Visto que, os Estados e os entes públicos, encontravam-se, em nível superior àquele ocupado pelos indivíduos (MORAES, 2010, p. 38).

A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, é a mais famosa das declarações. Por força do preâmbulo da Constituição de 1958, como ocorreria na de 1946, está em vigor na França. Integra o chamado, “*bloc de constitutionnalité*”, em face do qual opera o controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional (PIOVESAN, 2010).

Entretanto, sua importância decorre de ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merecer o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do homem. Sua primazia entre as declarações vem exatamente do fato de ter sido considerada como modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal (PIOVESAN, 2010).

Constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesiva por parte dos mesmos (liberdade negativa) (PIOVESAN, 2010).

Ressalta-se que, as constituições escritas estão diretamente ligadas as Declarações de Direitos dos Homens. Com a finalidade de impor limites a atuação política estatal, ocorrendo à incorporação dos direitos subjetivos nas normas.

Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão, são os direitos de prestação negativa, entendidos como direitos e garantias individuais políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Constituição (MORAES, 2010).

Há muito tempo, tais direitos estão sendo construídos e sua temática, apenas de nova, possui defesas velhas e protetivas à dignidade.

Classificam-se em direitos de primeira dimensão dos homens, são os de liberdade, ou seja, poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. Pode exemplificar, os direitos de primeira dimensão como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, etc (MORAES, 2010).

Desse modo, Moraes (2010) diz que, “a primeira dimensão seria a dos direitos de liberdade, e da segunda os direitos de igualdade, e as de terceira, complementar o lema da Revolução Francesa liberdade, igualdade e fraternidade”.

Conclui-se que os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados pela Constituição em seu artigo 5º, não podem ser usados como verdadeiro escudo protetivo de prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena, de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2010).

Dessa forma, vale ressaltar a importância do modelo do Estado social, em que sua função não mais se contém na de simples garantia de regras entre indivíduos formalmente dotados de igualdade, em paradigma de

não intervenção, própria do liberalismo, dessa segunda vertente do princípio da dignidade, consistente na promoção positiva de condições ao desenvolvimento da pessoa, da globalidade de seus elementos, com claro reflexo na extensão do conceito de direito da personalidade (MORAES, 2010).

O recolhimento ao cárcere antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória passou a ser uma medida de extrema *ratio*, isto é, aplicável quando não forem cabíveis as alternativas legalmente previstas, priorizando-se o debate contraditório, sempre que possível, a fundamentação das decisões, bem como a necessidade e a adequação da cautelar, cuja funcionalidade é assecuratória (urgência e segurança) e não acessória do processo (antecipação da tutela penal).

A Constituição Federal de 1988 limita o poder do Estado, a fim, de proteger o direito individual frente ao abuso do poder público, reconhecendo as garantias fundamentais, considerando-os invioláveis, fazendo com que sejam por todos respeitados.

2.2 As Implicações da Presunção da Inocência no Devido Processo Legal

O princípio da presunção da inocência é direito relacionado à tutela jurisdicional, uma vez que a demonstração da culpabilidade deve ser realizada por procedimento legal, público que garanta a efetividade do direito de defesa (MOUGENOT, 2015).

A Constituição Federal através do seu artigo 5º elenca uma série de garantias que reforçam o direito à liberdade e conseqüentemente aumenta o valor a respeito da dignidade da pessoa humana (MOUGENOT, 2015).

Entre essas garantias encontramos a presunção da inocência, e o devido processo legal. Sob os quais, o reconhecimento da culpabilidade do cidadão deve se dar através de um processo justo entre o direito que o Estado tem de punir com relação à liberdade (MOUGENOT, 2015).

Isso, nada mais é do que o meio de contrabalancear a condição de desvantagem do cidadão com relação ao Estado.

2.3 A Cautelaridade no Processo Penal

O direito processual penal, prevê o instituto da prisão cautelar que se dá no curso do processo penal, a saber, quando ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado. Trata-se de uma modalidade de encarceramento que se caracteriza como uma medida de coação, acarretando a privação da liberdade do acusado mesmo não declarado culpado (BECHARA, 2005).

Diante de previsões Constitucionais e legais, resta configurada, ao menos aparentemente, um conflito entre os princípios Constitucionais da liberdade pessoal e da presunção da inocência. Isso porque qualquer prisão que seja decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (prisão cautelar), é medida que parece desafiar o princípio da presunção da inocência, estampado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (BECHARA, 2005).

Não obstante, decorre desse princípio a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão processual não constitui cumprimento de pena, ao contrário do que a denominação reservada a algumas modalidades de prisão processual possa erroneamente sugerir (MOUGUENOT, 2015 p.96).

Ainda assim, a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão o *fumus boni iuris*, a existência do risco social no caso de não ser decretada a sua prisão- *periculum libertati* (MOUGUENOT, 2015 p. 96):

“Ainda assim, a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão (de modo geral, provas que, embora não demonstrem cabalmente a culpa do acusado, sejam suficientes para constituir suspeita válida de que o acusado efetivamente seja culpado – o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito - e existência de risco social no caso em que não seja decretada sua prisão - o

periculum libertatis). Sem esses elementos, que devem ser avaliados em cada caso concreto, a prisão se torna ilegal, podendo ser atacada pela via do habeas corpus.”

A prisão cautelar ou sem pena, na lição de Mirabete (2009, p. 360), é também denominada de prisão processual, provisória. É a prisão cautelar, em sentido amplo, a exemplo da prisão em flagrante, da prisão temporária e da prisão preventiva.

Para Capez (2012, p. 227) a prisão sem pena, trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com a finalidade cautelar, destinada assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que solto, o sujeito continue praticado delitos.

Ao contrário da prisão pena, cuja finalidade essencial é repressiva, essa modalidade tem aplicação durante a persecução penal, podendo ser decretado o cerceamento da liberdade do indiciado ou réu antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em situações excepcionais descritas em lei (CAPEZ, 2012).

Constitui, sua decretação exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência, daí a demonstração da sua real necessidade durante o inquérito policial ou a instrução processual (CAPEZ, 2012).

2.4 O Princípio da Presunção de Inocência não é Absoluto

O princípio de estado de inocência refere-se sempre aos fatos, já que implica que seja ônus da acusação demonstrar a ocorrência do delito (*actori incumbit probatio*), e demonstrar que o acusado é, efetivamente, autor do fato delituoso. Portanto não é princípio absoluto, alterando-se a presunção da inocência (“presunção” *juris tantum*), uma vez provada a autoria do fato criminoso (MOUGENOUT, 2015 p. 96):

“O princípio do estado de inocência refere-se sempre aos fatos, já que implica que seja ônus da acusação demonstrar a ocorrência do delito (*actori incumbit probatio*), e demonstrar que o acusado é, efetivamente, autor do fato delituoso. Portanto, não é princípio absoluto, alterando-se a “presunção”

da inocência ("presunção" *juris tantum*), uma vez provada a autoria do fato criminoso."

Nos casos em que não for provada a existência do fato, não existir prova de ter concorrido para prática da infração penal ou não existir prova suficientemente segura para fundamentar o juízo condenatório será o juiz obrigado a absolver o acusado, não lhe poderá ser imputada culpa por presunção. Nesse caso, porém, falamos da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* (MOUGENOT, 2015 p. 96).

Em última análise, percebe-se que a ocorrência dos dois direitos que não necessariamente se contrapõem que é o direito do cidadão de ser presumido inocente e o direito estatal de garantir a eficácia do processo penal, evitando o *periculum in mora*, em busca da justiça e da proteção social. A partir das restrições trazidas pela própria legislação que visa assegurar ao acusado uma série de garantias fundamentais para impedir a arbitrariedade do Estado no processo penal, é possível a convivência harmônica entre o princípio da presunção da inocência e o instituto da prisão processual.

CAPITULO III – PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA ALTERAR AS REGRAS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTANCIA

Nesse capítulo farei uma análise de dois projetos que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, projetos esses que alteram a legislação a respeito da prisão em segunda instância.

Há atualmente dois projetos no Congresso Nacional sobre a Prisão em Segunda Instância uma no Senado com Projeto de Lei nº 166/2018 e outro na Câmara dos Deputados pela Proposta de Emenda à Constituição nº 199/2019.

3.1 Projeto de Lei do Senado nº 166/2018

O projeto explica que com a aprovação fica determinado que a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente decorrente de juízo de culpabilidade poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal. (BRASIL, 2018)

Justifica que a atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) tem permitido a interpretação de que a prisão em razão de juízo de culpabilidade só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, leitura, contudo, que deve ser considerada em desacordo com o disposto nos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88). (BRASIL, 2018)

O inciso LVII do art. 5º da nossa Carta Política declara apenas que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória. Não diz que ninguém será preso até o trânsito em julgado. Apenas que não será tratado como culpado. Tanto é assim que são hipóteses legais de prisão antes do trânsito em julgado, em nosso ordenamento, a prisão preventiva e a prisão temporária, modalidades de prisão cautelar que podem ocorrer no curso do processo ou mesmo da investigação policial, quando presentes os respectivos requisitos (arts. 10, 283 e 312, entre outros, todos do CPP; e Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989). (BRASIL, 2018)

Há na situação em análise dois valores constitucionais a serem sopesados: de um lado, a presunção de não culpabilidade do réu; de outro a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade dos brasileiros em geral, que restariam ameaçadas pela permanência em circulação de criminosos já condenados pelas instâncias ordinárias, foros naturais da comprovação da materialidade (existência) dos crimes praticados e de sua autoria pelos condenados. (BRASIL, 2018)

É preciso fazer uma interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da CF/88. O primeiro declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; o segundo, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Ambos os dispositivos possuem a mesma estatura constitucional, devendo ser interpretados em conjunto. (BRASIL, 2018)

O art. 5º, LXI, da Lei Magna permite a prisão da pessoa por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, sem mencionar que isso só pode ocorrer após o trânsito em julgado da ação penal. Ocorre apenas que, presentes os requisitos para tal prisão antes da finalização definitiva do processo, seja a prisão cautelar, seja a decorrente de juízo de culpabilidade, o preso não pode ser tratado como culpado, nos termos do art. 5º, LVII, da CF/88. (BRASIL, 2018)

Tal lição é antiga, remontando aos idos da Revolução Francesa: o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estatui que todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado e, caso se

julgue indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei. (BRASIL, 2018)

O foco do inciso LVII do art. 5º da CF/88, portanto, não está em coibir a prisão, quando cabível e necessária à preservação da ordem pública, mas em declarar que o ônus da prova da culpa penal é do Estado e em estatuir uma regra de tratamento, para vedar a arbitrariedade do poder estatal na execução da pena, especialmente contra quem ainda não é considerado culpado. Nesse sentido, o próprio STF já decidiu 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 (HC 95886/RJ). (BRASIL, 2018)

A lei deve ser interpretada à luz da Carta Magna, e não o contrário, sob pena de subversão do ordenamento jurídico. Diante da incerteza jurídica criada pelas divergências acerca do tema, nota-se a necessidade da atuação legislativa para aperfeiçoar a redação do CPP e evitar interpretações equivocadas na aplicação da lei. (BRASIL, 2018)

O Direito Processual Penal deve ser capaz de conferir proteção adequada aos bens jurídicos que cabe ao Estado proteger, como a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade dos brasileiros, nos termos do art. 5º, caput, da Lei Maior. A regulamentação legal do princípio da não culpabilidade deve equilibrar tais valores, ambos de igual importância, assegurando ao réu seus direitos constitucionais fundamentais, de um lado; e conferindo efetividade à tutela penal do Estado, de outro. É preciso, portanto, haver uma harmonização entre a presunção de não culpabilidade e a garantia da segurança pública, ambos preceitos fundamentais de idêntica estatura na Constituição. (BRASIL, 2018)

Nesse sentido, vedar a prisão após a condenação em 2º grau, em instância única ou recursal, seria minar a atribuição constitucional do Estado de proteger a população e promover uma proteção insuficiente aos direitos

fundamentais da sociedade. Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proporcionalidade na interpretação dos direitos fundamentais abrange não somente a proibição do excesso, mas também a proibição da insuficiência no campo jurídico-penal, no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado. (SARLET, 2004)

Por isso, a lei processual deve cuidar não somente do tratamento ao réu que aguarda condenação definitiva, mas também da efetividade do processo penal, sem que isso represente ofensa à presunção de não culpabilidade. Ampliar tal presunção ao ponto de vedar a prisão antes do trânsito em julgado seria proibir até mesmo as prisões cautelares, muitas vezes necessárias ao inquérito policial e à instrução criminal, bem como a própria investigação da culpabilidade. (BRASIL, 2018)

Segundo o Ministro Gilmar Mendes (2015), a definição do que vem a ser tratar alguém como culpado depende de intermediação do legislador. Embora haja, segundo ele, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa, a cláusula magna não impede a lei de regulamentar os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Entende o supremo magistrado que é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento, sendo aceitável, desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso do réu.

Gilmar Mendes (2015) relembra também que, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já pode ter sido estabelecida pelas instâncias ordinárias, soberanas para a análise dos fatos, e que a análise das questões de Direito em recursos especiais e extraordinários, ainda que por provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e no aperfeiçoamento da jurisprudência. Afirma que, esgotadas as instâncias ordinárias, com a condenação à pena privativa de liberdade, tem-se uma declaração com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão é necessária, sendo compatível com a presunção de não culpabilidade

determinar o cumprimento da pena nesse estágio, ainda que pendentes recursos.

Não há dúvida, por outro lado, sobre a conveniência política e social da expressa previsão legal da possibilidade de prisão decorrente de juízo de culpabilidade a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal, evitando divergências jurisprudenciais quanto a tal questão. Nosso atual sistema processual penal permite que o réu continue a recorrer contra as sucessivas decisões condenatórias por anos, impedindo o trânsito em julgado da ação criminal e atraindo a ocorrência de prescrição penal, quando então o criminoso, ainda que provada a autoria e a materialidade de seu delito nas instâncias ordinárias, deixa de cumprir a devida pena. (BRASIL, 2018)

O sistema recursal brasileiro, portanto, ao permitir a interposição sucessiva de inúmeros recursos, alguns nitidamente protelatórios, impedem que o trânsito em julgado da decisão condenatória se configure, conforme a disposição e a criatividade da defesa em recorrer. Além disso, ainda que o Estado consiga executar tardiamente a pena, uma sanção aplicada de forma exageradamente extemporânea perde seu efeito inibitório e aumenta a sensação de impunidade em nossa sociedade. (BRASIL, 2018)

Conforme declarou a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, nossa Constituição garante não só a presunção de inocência, mas também a segurança jurídica e a efetividade do processo criminal, que, se não forem observadas, fazem com que o processo criminal não termine ou só termine quando está prescrito. Tal situação, segundo ela, favorece a impunidade e põe em descrédito a Justiça brasileira, por perda de confiança da população em um sistema em que, por uma combinação de normas e fatores jurídicos, a lei deixa de valer para todos. Nas palavras de Dodge, “uma justiça que tarda é uma justiça que falha”. (DOGDE, 2018)

O projeto é de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS) e esta parado desde dia 22/09/2020, mas pronto para deliberação do plenário.

A CCJ entende que o PLS nº 166, de 2018, é constitucional formal e materialmente, mas merece alguns aprimoramentos. Apresentando emenda

substitutiva para ampliar o âmbito de alcance das alterações no CPP, modificando, além do já citado art. 283, igualmente, o art. 637. Onde veem ser necessário deixar claro que o recurso extraordinário e o especial não têm efeito suspensivo, mas que, em casos muito excepcionais, o STF e o STJ poderão concedê-lo, especialmente se o recurso puder resultar em absolvição, anulação, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou alteração do regime de cumprimento de pena para o aberto. (BRASIL, 2018)

E também julgaram ser necessário criar um art. 617-A para disciplinar a forma em que se dará a execução provisória nos Tribunais de segundo grau, igualmente prevendo a possibilidade de não se executar a condenação caso haja questão constitucional ou legal relevante que possa levar a revisão da condenação. Com o cuidado de prever que os eventuais embargos de declaração, de nulidade ou infringentes também serão hábeis a suspender a execução provisória. (BRASIL, 2018)

3.2 Proposta de Emenda à Constituição 199/2019

Essa proposta 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.

E justificando ao analisar a estrutura constitucional, e as funções institucionais do Supremo Tribunal Federal, e do Superior Tribunal de Justiça, constatamos que tais tribunais se qualificam, não propriamente como cortes recursais, mas como cortes de vértice, destinadas a atuar reativamente – ou seja, quando necessário, contra a própria manifestação do Poder Judiciário – “reagindo às violações ao seu texto mediante um escrutínio pontual da decisão judicial recorrida”.

Apesar da importante Reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com estruturação de meios destinados à racionalização do sistema processual constitucional – particularmente em relação estrutura recursal –, com relevante destaque às súmulas vinculantes e à repercussão geral, ainda sofre a Corte Constitucional, e o Superior Tribunal

de Justiça, com carga de trabalho que torna inviável não apenas a realização hábil dos trabalhos, mas inviabiliza a otimização do princípio da segurança jurídica – intimamente ligando não apenas ao sobre princípio do Estado de Direito, mas como à própria ideia de dignidade humana. (BRASIL, 2019)

Conforme extrai-se de dados coletados e processados pelo Conselho Nacional de Justiça, consoante relatório Justiça em Números, os Tribunais Superiores “acabam se ocupando, predominantemente, de casos eminentemente recursais os quais correspondem a 89,4% de suas cargas de trabalho”, situação certamente preocupante, que impede o desenvolvimento das atividades que caracterizariam as funções institucionais e estruturais dos referidos tribunais. (BRASIL, 2019)

Em mesmo sentido, apontando à discrepância e o distanciamento da função constitucional da Corte é apresentado pelo estudo Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), do qual extrai-se que, desde 1988, o Supremo Tribunal Federal tratou, em todos os julgamentos, de apenas 0,51% de ações propriamente constitucionais – de controle concentrado de constitucionalidade. As ações recursais, por seu vértice, consumiram 91,69% do total das estatísticas. (BRASIL, 2019)

A proposta de emenda à Constituição visa, em apertada síntese, a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, caput, III) e especial (art. 105, caput, III) em ações revisionais, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários. (BRASIL, 2019)

Tal alteração permitiria a execução imediata das decisões das cortes regionais, sejam os Tribunais de Justiça dos Estados, sejam os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cortes estas que promovem, efetivamente, análise probatória – razão pela qual seu julgamento deve ser prestigiado. A proposta, ao cabo, enseja a devolução da carga de responsabilidade institucional às instâncias ordinárias, que passarão por escrutínios maiores do que aquele ao qual estão atualmente expostos. (BRASIL, 2019)

Assim, o trabalho do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça limitar-se-ia à análise de situações de efetiva gravidade, evitando a interposição automática dos recursos extraordinário e especial – que, por sua vez, ensejam em muitos dos casos, a interposição dos agravos discriminados no artigo 1.042, da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil, afogando os tribunais em uma enxurrada de recursos diversos. (BRASIL, 2019)

No âmbito penal, ainda, mais do que incentivo à protelação, pela da possibilidade de permanecer o réu solto enquanto recorre, o sistema recursal ainda apresenta incentivo pernicioso às tentativas de indução de prescrição. Isto é, por vezes, apesar de ter tramitação relativamente rápida nas instâncias ordinárias, o trâmite no Superior Tribunal de Justiça, e no Supremo Tribunal Federal – por tratarem-se de cortes com limitadíssimo número de ministros – tendem a julgar os casos com menor celeridade, razão pela qual em inúmeras hipóteses eventuais condenações sequer chegam a ser executadas, vez que afetadas pela prescrição da pretensão executória. Isto é: condenado o réu, reconhecida a materialidade e autoria do crime, ainda assim este não mais é obrigado a cumprir pena. Trata-se de incentivo pernicioso: impede a punição do condenado; inunda o judiciário com, no mais das vezes, recursos meramente protelatórios; e impede que o Direito Penal se torne verdadeiro instrumento de prevenção geral, de desestímulo à prática criminosa. (BRASIL, 2019)

Por tais razões a transformação dos recursos extraordinário e especial tenderia a, não apenas remover incentivo positivo à interposição de recursos protelatórios, mas ainda a dar verdadeira efetividade às decisões judiciais que hoje arrastam-se décadas a fio sem a devida efetivação do direito material. (BRASIL, 2019)

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprovou, no dia 20 de novembro de 2019, parecer com complementação de voto da Deputada Federal Caroline de Toni (PSL/SC), pela admissibilidade da presente proposta de emenda à Constituição. (BRASIL, 2019)

O projeto é de autoria do Deputado Federal Alex Manente (CIDADANIA/SP) e o último requerimento aprovado foi de n. 9/2020 da

Deputada Federal Caroline de Toni (PSL/SC) que requer realização de Audiência Pública para discussão do tema. (BRASIL, 2019)

Em seu ultimo estagio encontra-se pronta para pauta na Comissão Especial destinada a proferir parecer.

3.3 Ausência de Efeito Suspensivo no Recurso Especial e Recurso Extraordinário

Os recursos extraordinário e especial são excepcionais, de modo que possuem natureza jurídica diferenciada dos demais, apresentando características particulares, a exemplo da exigência do prequestionamento, da impossibilidade de reexame de matéria probatória, da sua não vinculação direta ao princípio do duplo grau de jurisdição e, no âmbito processual penal, da divergência doutrinária a respeito da possibilidade de suspenderem a execução da sentença penal condenatória.

Os recursos extraordinários (em sentido amplo) possuem como espécies o recurso extraordinário, cabível perante o Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça. O RE e REsp são classificados pela doutrina como recursos constitucionais, já que estes, assim como o recurso ordinário previsto para as hipóteses de crime político, possuem seu regramento estabelecido diretamente pela Carta Magna. (CAPEZ, 2011)

Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu o §3º do artigo 102, de modo que a interposição de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal passou a exigir do recorrente, além dos já existentes requisitos de admissibilidade, a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em sua causa. Por outro lado, inexistente exigência semelhante em relação aos recursos especiais. A matéria foi regulada pelo parágrafo único do art. 322 do Regimento Interno do STF, *in verbis*:

Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de

vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. (BRASIL, 2020)

Todavia, não é admitida a interposição dos recursos extraordinários para o reexame dos fatos ou das provas carreadas aos autos. Assim, têm-se que o exame probatório é de competência exclusiva das instâncias ordinárias, de modo que o RE e REsp deve limitar-se a abordar as questões de direito passíveis de impugnação. (DIDIER JR, 2010)

Conforme salienta Tourinho Filho (2011, p. 912), prequestionar é questionar antes, é tratar com autoridade, sendo preciso que a parte, no recurso interposto contra uma decisão de primeira instância, cuide, de modo expresso, da matéria que, eventualmente, possa servir de fundamento à interposição de recurso extraordinário.

Com efeito, não é considerado suficiente para fins de prequestionamento que o litigante suscite a matéria perante o juízo *a quo*, pois o julgador deve apreciar, especificamente, a questão. Assim, caso haja omissão do juízo que preferiu decisão contra a qual pretende-se interpor recurso excepcional, o vício deve ser sanado através do manejo de embargos declaratórios, sendo, inclusive, entendimento expresso na Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça que “*embargos de declaração com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*”. (TOURINHO, 2011)

A grande controvérsia acerca dos recursos extraordinários no processo penal reside na possibilidade de sua interposição suspender os efeitos da sentença penal condenatória até o seu julgamento. De antemão, vale ressaltar que, diante da principiologia do processo criminal, não há possibilidade de produção de efeito suspensivo em relação às sentenças absolutórias através do manejo de recursos excepcionais (ou, ainda, de recursos ordinários). (TOURINHO, 2011)

Assim, o artigo 637 do Código de Processo Penal determina que os recursos extraordinários somente são dotados de efeito devolutivo, nos termos seguintes:

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. (BRASIL, 2020)

A mesma determinação também pode ser observada no art. 27, §2º, da Lei nº 8038/90, que regulamenta o processamento dos recursos nos tribunais superiores, *in verbis*:

Art. 27. § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Por outro lado, parcela significativa da doutrina brasileira advoga que tais dispositivos são inaplicáveis ao processo penal moderno diante da violação ao princípio da presunção da inocência, consubstanciado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que reza: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”. (TOURINHO, 2011)

Nesse sentido, a doutrina majoritária defende que a execução provisória da sentença condenatória durante o julgamento dos recursos excepcionais violaria o estado de inocência do acusado, na medida que a interposição de qualquer recurso, ainda que extraordinário, impede que a sentença proferida transite em julgado, continuando a imperar o estado de inocência. (TOURINHO, 2011)

A doutrina brasileira, majoritariamente, inclina-se no mesmo sentido, defendendo que os recursos extraordinários interpostos contra as sentenças criminais condenatórias devem suspender seus efeitos em razão das garantias processuais do acusado contidas na Carta Magna. (CAPEZ, 2011)

Para FERNANDES (2001) não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito. Aliás, a própria Lei de Execução Penal (n. 7219.84) só prevê a expedição da guia de recolhimento para a execução transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade (art. 105). E também o art. 160, do mesmo

diploma, estabelece que a audiência admonitória do *sursis* só é realizada depois de transitada em julgado a sentença condenatória.

Conforme salienta TOURINHO (2011) de acordo com o art. 637 do CPP e o §2º do art. 27 da Lei n. 8038/90, o recurso extraordinário tem apenas efeito devolutivo. Contudo, uma vez que a Carta Magna dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), é um não senso executar uma decisão sujeita a recurso extraordinário. Por isso mesmo, o STF e o STJ já vêm se conscientizando de que tanto o recurso extraordinário quanto o especial têm ambos os efeitos, a despeito da Súmula 267 do STJ.

Todavia, há corrente minoritária que defende a produção, tão-somente, de efeito devolutivo dos recursos extraordinários no processo penal, conforme demonstram as seguintes opiniões: Para NUCCI (20210) o efeito desses recursos é meramente devolutivo, razão pela qual, se for o caso, pode acarretar a prisão do réu. Atualmente, está em vigor a Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça: 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão'. Excepcionalmente, em casos teratológicos, pode-se impetrar habeas corpus, pleiteando se aguarde em liberdade o julgamento de qualquer deles (recurso especial e extraordinário), o que é raro ser concedido.

ALENCAR (2009) salienta que o processamento do recurso especial e do recurso extraordinário é regulado pela Lei nº 8038/90. Tais recursos são recebidos tão-somente no efeito devolutivo (§2º, art. 27). GRECO FILHO (2010) fala sobre recurso extraordinário que não tem efeito suspensivo, e o procedimento é o da Lei n. 8038/90.

O Superior Tribunal Federal reviu seu entendimento durante o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, e decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. (BRASIL, 2019)

A decisão não veda a prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (BRASIL, 2019)

Conclui-se que a parcela majoritária da doutrina brasileira, entende que o princípio da presunção de inocência, na forma como foi consagrado pela Constituição, faz com que seja necessário atribuir o duplo efeito aos recursos extraordinários, sob pena de violação dessa garantia processual do acusado. Há, todavia, entendimento minoritário que não enxerga conflito entre a execução da sentença criminal não transitada em julgado e o estado de inocência do réu, admitindo, portanto, o recebimento dos recursos excepcionais tão-somente no efeito devolutivo.

De fato, o sistema recursal atual torna difícil a convivência entre a previsão constitucional segundo a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua condenação, e a execução de sentença contra a qual pende o exame de recurso, já que, nesses casos, não se operou ainda seu trânsito em julgado.

CONCLUSÃO

Sendo a presunção de inocência um tema tão debatido nos últimos anos, nunca se chegou a uma conclusão unânime a respeito, com reviravoltas jurisprudenciais e repercussões que estas mudanças trazem aos milhares de processos criminais em curso em todo o País. Outrossim, as concepções acerca deste princípio passam por uma revisão de conceitos, em decorrência de várias interpretações feitas ao artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 pelos Tribunais Superiores brasileiros e conseqüentemente, pela sua jurisprudência.

Agora, o enfrentamento jurídico deste princípio cinge-se à disciplina do uso do mesmo, visto que alguns doutrinadores entendem que o artigo supramencionado refere-se ao princípio da não culpabilidade, enquanto o princípio da presunção de inocência é previsto somente no Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, que haveria uma distinção entre os dois princípios, não podendo os unificar.

Partindo dessa premissa, e considerando que o constituinte originário optou por adotar o termo “não culpado” em detrimento do vocábulo “inocente”, poder-se-ia concluir que Brasil não existe presunção de inocência. No entanto, existem particularidades que permitem inferir o contrário, as quais foram debatidas neste trabalho.

Finalizando, a pesquisa desenvolvida envolve uma área problemática para o país e sua população, que dependem profundamente de uma resposta não ambígua a respeito do tema. Deste modo, este trabalho visou fazer uma análise crítica dos principais argumentos trazidos pelos pelo ordenamento jurídico, bem como os doutrinadores e recentes decisões do

Supremo Tribunal Federal, e que o Legislativo tem discutido propostas para apaziguar esse tema que é tão importante para o Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 1989.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F191CD08E03C505975A13D2491632686.node2?codteor=537435&filename=LegislacaoCitada+-PL+2753/2008. Acesso dia 10 de Nov. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso dia 10 de Nov. de 2020.

BRASIL. **Projeto Lei nº 402, de 2015.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121995>
Acesso dia 10 de Novembro de 2020.

BRASIL. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: acesso em 10 de Novembro. 2020.

BRASIL. **Projeto Lei do Senado nº 166, de 2018.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>
Acesso dia 15 de Março de 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda a Constituição nº 199, de 2019**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938> Acesso dia 15 de Março de 2021.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. vol. III.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª edição, Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, A.P.; GOMES FILHO, A.M.G.; FERNANDES, A.S. **Recursos no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MANZANO, Luiz Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal. Ed. Especial, São Paulo: Atlas 2011**.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade**. In: Marco Aurélio Mello: ciência e consciência. São Paulo: Migalhas, 2015, v. 1, p. 33-48.

MOUGENOT, **Edilson Bonfim**. **Curso de Processo Penal**. 10º ed. editora Saraiva 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21º edição, São Paulo: ed. Atlas, 2010.

JUNIOR, Aury Lopes. **Prisões Cautelares**. 5º edição, São Paulo: ed. Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6º edição, São Paulo: Revista dos tribunais 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana**. São Paulo: ed. 7º, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de Processo Penal**. 16º edição, São Paulo: Saraiva 2009; 2011; 2013.