

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Orientado: Thiago Honorato LIMA¹

Orientador: Sergio Augusto FREDERICO²

Coorientadora: Elizete Mello da SILVA³

¹*thiagohonoratodelima@gmail.com*

²*frederic@femanet.com.br*

³*dedemelo@femanet.com.br*

RESUMO: O artigo 5º, LVII, da CF/88, faz menção que todo cidadão é inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mas no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, pelo Supremo, decidiu-se pela prisão após condenação em segunda instância.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Constituição Federal; *Habeas Corpus*; Impunidade; Presunção de Inocência.

ABSTRACT: The Article 5, item LVII, of the Federal Constitution from 1988, mentions that every citizen is presumed innocent until proved otherwise in a *res judicata* decision. However, in the trial for the *habeas corpus* application 126.292/SP, the Supreme Court has decided for imprisonment after conviction in second instance only.

KEYWORDS: Declaratory Action of Constitutionality; Federal Constitution; Habeas Corpus; Impunity; Presumption of Innocence.

1. Introdução

¹Graduando em Direito – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis/SP.

²Mestre em Direito pela ITE – Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP, e professor do curso de Bacharelado em Direito na FEMA / IMESA – SP. Orientador.

³Doutora em História pela UNESP - Universidade Estadual Paulista em Assis – SP, e professora do curso de Bacharelado em Direito na FEMA / IMESA – SP. Coorientadora.

O presente trabalho tem o escopo principal de ilustrar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal aplicação vem sendo utilizada na jurisprudência nacional. Primeiramente, analisaremos o princípio da não culpabilidade, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição, no qual estabelece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (VADE MECUM JUS PODIVM, 2018, p. 43), e no art. 283, do Código de Processo Penal, expondo que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (VADE MECUM JUS PODIVM, 2018, p. 610). Em seguida, analisar-se-ão os votos proferidos nos julgados dos *habeas corpus* nº 84.078/MG e nº 126.292/SP e Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, todas na Suprema Corte Brasileira. E, para concluir, examinar-se-á se é ou não constitucional a tese defendida pelo Supremo quanto à execução provisória da pena privativa de liberdade em segunda instância.

A Constituição é a lei que prevalece sobre todas as outras leis no país, e o Supremo é a instância que julga a constitucionalidade das decisões tomadas nos degraus inferiores.

2. Dos direitos e garantias fundamentais

A Constituição de 1988 foi a primeira a positivar, em seu art. 5º, os direitos e garantias individuais e coletivos como cláusulas pétreas, ou seja, imutáveis e perpétuas. No entanto, o ministro Celso de Mello aduz: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”⁴.

São cláusulas pétreas da Constituição de 1988 aquelas relacionadas no art. 60, §4º incisos de I a IV, a saber: a) a forma federativa de Estado; b) a forma de voto: direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário; e d) os direitos e garantias individuais que são garantidos na Constituição.

Os direitos e garantias estão dispersos por toda a Constituição Brasileira, porém a maior concentração destas encontra-se ao longo do art. 5º da Magna Carta.

⁴ STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello.

Ao propósito deste trabalho, o princípio constitucional da presunção de inocência constitui-se em cláusula pétrea e, portanto, não pode ser alterada ou excluída.

3. Cláusulas Pétreas e a PEC (Proposta de Emenda Constitucional)

Em regra, as cláusulas descritas na Carta Constitucional de 1988 podem ser modificadas ou revistas por meio de PEC. Toda regra, entretanto, tem sua exceção, é o que acontece com as cláusulas pétreas, que não podem ser modificadas ou extintas.

3.1. O objetivo da cláusula pétrea dentro da Constituição de um Estado

As cláusulas pétreas existem para impedir que sejam feitas modificações nas garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Elas garantem a soberania da nação e a ininterrupção do regime democrático de direito. Para modificá-las ou extingui-las, faz-se necessária a criação de uma nova Constituição.

4. Princípio da Presunção de Inocência

O **princípio da presunção de inocência, presunção da não culpabilidade** ou, ainda, **princípio do estado de inocência**, são denominações tratadas como sinônimas pela doutrina recente, sendo uma das principais garantias Constitucionais e Processuais Penais do nosso ordenamento jurídico.

Tal princípio tem por objetivo garantir a liberdade do ser humano até que se prove a sua culpabilidade e, conseqüentemente, ele venha a pagar pelos seus atos.

4.1. Modelos utilizados no mundo para anular a presunção de inocência

O princípio da não culpabilidade está previsto em todo o mundo, porém os países divergem no modelo que utilizam.

O primeiro se pauta na **simples confissão por parte do acusado**, afastando assim a garantia de presunção de inocência (modelo esse que é utilizado pelos norte-americanos, para os quais a confissão derruba a presunção de inocência e conseqüentemente já se quantifica a pena);

O segundo é aquele em que há **condenação em dois graus de jurisdição distintos** (modelo utilizado pela maioria dos países ocidentais);

O terceiro e último modelo se dá **após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**, ou seja, quando já se esgotaram todos os recursos previstos pelo ordenamento jurídico. Esse foi o modelo que nossa Constituição adotou.

Nossa Constituição, analogamente à de outros países (minoria), adotou o terceiro modelo, pelo qual o investigado só poderá ser preso após o esgotamento de todos os recursos (ordinários – 1º e 2º graus e extraordinários – 3º e 4º) previstos em lei.

Segundo Tavares (2013, p. 716): “Trata-se de um princípio penal o de que ninguém poderá ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito senão após ter sido como tal julgado pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa”.

No mesmo viés (AVENA, 2017, p. 64) afirma:

[..] trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, decorre da regra inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, preconizando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De um modo geral, significa que todo acusado deve ser presumidamente inocente até que ocorra uma sentença condenatória transitada em julgado, obedecendo ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, ambos assegurados pela Lei Magna de 1988.

Assim, o princípio da presunção de inocência impede a prisão do réu e a inclusão de seu nome no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.2. Presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da não culpabilidade foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela primeira vez com a criação da Constituição Federal de 1988, expresso em seu art. 5º, inciso LVII.

As Constituições de 1967/1969, por exemplo, não positivavam o princípio em tela, mas alguns Tribunais da época consolidavam entendimentos jurisprudenciais, dizendo que o princípio do estado de inocência havia sido inserido no ordenamento jurídico pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil foi

signatário. Tamanha é a importância do princípio que está previsto em algumas Declarações e Convenções:

[...] **está consagrada não só** nas Constituições democráticas **de inúmeros** países (**como** o Brasil), **mas**, também, como anteriormente assinalado, em **importantes declarações internacionais** de direitos humanos, **como a Declaração Universal** dos Direitos da Pessoa Humana(1948), **a Convenção Europeia** para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), **a Carta dos Direitos** Fundamentais da União Europeia (2000), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), **a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (1990), **o Pacto Internacional** sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966) **e a Convenção Americana** de Direitos Humanos (1969). (BRASIL, 2016, p. 89 e 90).

Devemos ressaltar que o princípio em tela, assim como qualquer outro direito, não é absoluto, havendo a possibilidade de prisão preventiva, desde que tal conduta seja fundamentada em algum dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, aludindo que A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (VADE MECUM JUS PODIVM, 2018, p. 613).

4.2. O princípio do estado de inocência e suas regras fundamentais

O princípio em estudo tem duas regras fundamentais:

Regra probatória ou **regra de juízo**, que trata do ônus de provar a culpabilidade, cabendo este a quem acusa, de forma que o acusado não tem o dever de provar sua inocência. Restando dúvidas (**princípio do “in dubio pro reo”**), o réu é considerado inocente.

Já a **regra de tratamento** diz respeito à excepcionalidade da privação da liberdade, sendo justificada apenas em hipóteses estritas; a regra é que se responda o processo penal em liberdade, sendo as prisões cautelares medidas excepcionais.

Assim sendo, o princípio garante que nenhum cidadão deve ser preso antes de a ação penal ter tido seus recursos totalmente exauridos.

4.3. A posição atual do STF diante do princípio constitucional da não culpabilidade.

Desde a publicação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, até 05 de fevereiro de 2009, a Corte Brasileira manifestou entendimento harmônico quanto à possibilidade de antecipar a execução da pena já após condenação em segunda instância, independentemente da existência ou não de recurso pendente de julgamento nas instâncias extraordinárias. O STF entende que⁵:

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. (BRASIL, 2016).

De 2009 até 2016, a Corte Brasileira adotou em sua jurisprudência o terceiro modelo, de acordo com o qual só poderia ocorrer a prisão do acusado quando exauridos todos os recursos previstos em nosso ordenamento jurídico, ou seja, prisão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, se reuniu para julgar o *habeas corpus* nº 126.292/SP, que por 7 votos a 4 retomou o segundo modelo, porém tal decisão não foi vinculante.

Já no dia 05 de outubro de 2016, em votação apertada entre os ministros (6 votos a 5), houve a ratificação da votação anterior, sendo esta vinculante.

Em 10 de novembro de 2016, o guardião da Carta Magna afasta o modelo de presunção adotado pela Constituição de 1988 e opta por aplicar o segundo modelo, com eficácia *erga omnes*, mudando assim, em 2016, a sua jurisprudência, segundo a qual, após condenação em segunda instância, a prisão é imediata, mesmo restando os recursos especial (STJ) e extraordinário (STF).

O ministro Luís Roberto Barroso se refere a essas mudanças como “mutação constitucional”.

É notória a inconstância do Supremo - e a conseqüente insegurança jurídica - que paira no meio jurídico nacional e até mesmo internacional.

⁵ Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (iii) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie. Confirmam-se, ainda, as Súmulas 716 e 717: Súmula 716 “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”. BRASIL, 2016, p. 30.

5. Principais argumentos favoráveis à execução provisória da pena

Em razão dos vários argumentos favoráveis à execução provisória da pena, nos debruçaremos sobre os mais significativos.

O **primeiro** argumento a ser listado é a respeito da questão fática, de acordo com o qual, após segunda instância, não se analisa mais questão de fato, mas sim de direito; logo, a terceira e a quarta instância só analisaram questão de direito. Mas o que é questão de fato e o que é questão de direito?

Questão de **fato** consiste em as partes (autor e réu), por todos os meios de provas legalmente admissíveis, procurarem convencer o juiz de que estão com a razão na matéria fática, tentando provar a ele quem está com a verdade, sem adentrar aqui no aspecto filosófico.

O ministro Edson Fachin diz: “As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes”. (BRASIL, 2016, p. 23).

Já a questão de **direito** consiste em o juiz, após a juntada e verificação dos documentos, enfim, da investigação de todos os fatos, por meio dos métodos de interpretação e aplicação da lei, decidir quem está correto dentro da relação processual.

A ministra Ellen Gracie, no *habeas corpus* nº 84.078/MG, fala sobre a questão fática:

[...] chego à conclusão de que raras, raríssimas serão as hipóteses em que esta Corte concederá qualquer valia, seja à sentença de primeiro grau, onde extensamente foi examinada prova e fato, ou à sua eventual confirmação pelo segundo grau de jurisdição que, como todos sabemos, tem ampla liberdade para revisar produção dessas provas e definir a certeza sobre os fatos (BRASIL, 2010, p. 121).

Tanto o STF⁶, como o STJ⁷ interpretam que as instâncias extraordinárias não analisam questão de fato, apenas questão de direito.

O **segundo** argumento diz respeito ao considerável número de recursos extraordinários interpostos, sem sucesso, pelos acusados^{8 9} e a seletividade penal¹⁰, que

⁶ Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

⁷ Súmula 07 - a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

⁸ Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria. (Brasil, 2016, p. 33).

favorece os réus mais abastados, intensificando os recursos dilatórios. Esse fato contribuiu de maneira significativa para a exacerbação do descrédito e da “impunidade” do ordenamento jurídico brasileiro frente à comunidade:

[...] caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos. (BRASIL, 2016, p. 46).

O **terceiro** argumento, no tocante ao princípio em tela, discorre sobre sua relativização, ou seja, o princípio constitucional não é absoluto, podendo ser flexibilizado no decorrer da análise processual. Os princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. A propósito:

[...]na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. (Brasil, 2016, p. 41).

O ministro Barroso aduz:

[...]a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso. (CONJUR, 2018, on-line).

Vemos nas palavras do ministro Barroso que o princípio em estudo não é regra, ou seja, sua aplicabilidade é algo relativo e flexível, assim como os outros princípios

⁹ Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições. (BRASIL, 2016, p. 33).

¹⁰ O ministro Barroso utiliza o termo “seletividade penal” no sentido de que somente os mais pobres eram punidos em detrimento dos mais abastados economicamente que, por possuírem um corpo jurídico à disposição e extremamente competente, protelavam os autos. (BRASIL, 2016, p. 52).

previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso ocorre não somente em relação aos princípios, pois - em se tratando de direito -, nada é absoluto. Enfim, com as condenações em primeira e segunda instância, o réu deixa de ser presumivelmente inocente.

O **quarto** argumento a ser listado diz respeito à “mutação constitucional”, ou seja, às mudanças significativas que têm ocorrido, ao longo dos anos, na jurisprudência nacional.

O Ministro Luís Roberto Barroso, diz:

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. (...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro”. (BRASIL, 2016, p. 32).

O **quinto** argumento alude à parte literal da Constituição, na qual a Carta Maior faz distinção entre as palavras “culpa” (art. 5º, LVII) e “prisão” (art. 5º, LXI):

[...]enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória). (BRASIL, 2016, p. 36).

Com base nos argumentos citados, a tese da constitucionalidade quanto à execução provisória da pena privativa de liberdade ganhou força na jurisprudência nacional a partir do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP. Existem, no entanto,

entendimentos jurídicos suscitados pelos próprios ministros do Supremo que vão de encontro às argumentações que aceitam a prisão após segunda instância.

6. Principais argumentos contrários à execução provisória da pena

O **primeiro** argumento reside na interpretação literal do art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, texto este taxativo em dizer que ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado. Não comporta outra interpretação. Tal entendimento foi explanado no *habeas corpus* nº 126.292/SP, nos votos dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, afirmando que o texto literal da Constituição e as regras infraconstitucionais reprovam de maneira clara a execução provisória da pena. O ministro Lewandowski, em seu saber, aduz:

[...]que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*. (BRASIL, 2016, p. 97).

O **segundo** argumento repousa na fala do ministro Marco Aurélio no *habeas corpus* nº 126.292/SP e na do ministro Carlos Britto no *habeas corpus* nº 84.078/MG, quanto aos danos sofridos pelo acusado quando se decreta a prisão após sentença em segundo grau. Isso porque esses danos não cessam com a possível absolvição em instâncias superiores. O tempo passado no cárcere, privado de seus familiares e amigos, não lhe será retornado ou devolvido. O ministro Carlos Britto, no *habeas corpus* nº 84.078/MG, fala sobre a gravidade de se encarcerar um inocente:

[...] de fato, é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso. Primeiro, com sua ordem de prisão, o indivíduo sofre um abalo psíquico. A sua autoestima fica ao *rés* do chão. Segundo, é um desprestígio familiar, é um fato que causa uma comoção doméstica, inclusive com repercussão no trabalho, na obtenção do ganho da família. Terceiro, é um fator de desqualificação profissional. O fato em si da prisão circula, chega ao conhecimento de outras pessoas, de outras esferas sociais e o indivíduo, que é preso vê reduzidas as suas oportunidades de emprego. E, finalmente, o desprestígio social, o conceito social, que também fica abalado. É tão grave quanto irreparável o dano da prisão nessa quádrupla projeção. (BRASIL, 2010, p. 106 e 107).

O **terceiro** argumento refere-se à comparação de ordenamentos jurídicos estrangeiros, como, por exemplo, o da França e o dos Estados Unidos. As constituições

desses países não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal para que possa ser aplicada a pena.

O decano ministro diz:

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, **ao contrário** da nossa, **não impõem** a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. (BRASIL, 2016, p. 88).

Sendo assim, não podemos comparar os ordenamentos jurídicos acima citados e não podemos invocá-los para justificar o caso concreto brasileiro.

O **quarto** argumento se encontra no *habeas corpus* nº 84.078/MG, em que o ministro Celso de Mello explana sobre a prisão cautelar. Executar de forma antecipada a pena privativa de liberdade é o mesmo que utilizar-se da prisão cautelar de forma desvirtuada:

Impõe-se advertir (e relembrar) que a prisão cautelar ("*carcer ad custodiam*") - **que não se confunde** com a prisão penal ("*carcer ad poenam*") - **não objetiva infligir punição** à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** ideia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar "em benefício da atividade desenvolvida no processo penal". (BRASIL, 2010, p. 61).

Mesmo com a exposição dos argumentos contra a execução da pena após condenação em segunda instância, a Corte Nacional insiste na tese de que o princípio da não culpabilidade é relativo e não absoluto, podendo ser flexibilizado em relação à efetividade e credibilidade da justiça. Diante dos fatos, vemos um embate entre o que determina a Constituição Federal de 1988 e a sua interpretação por parte dos ministros da Suprema Corte Brasileira.

Posteriormente ao julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propuseram as ADCs nº 43 e nº 44, ambas similares, defendendo tese de inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

7. Resumo dos fatos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADCs - nº 43 e nº 44

A primeira proposta foi apresentada no dia 19 de maio de 2016, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN); a segunda em 20 de maio de 2016, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de forma bem pontual e objetiva. Ambas foram

propostas com o escopo de harmonizar o art. 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988. O texto discorre sobre o conflito constitucional, qual seja, da validade do art. 283 do Código de Processo Penal, ocorrida após o julgamento do *habeas corpus* acima mencionado. Em 05 de outubro, ambas ADCs foram julgadas e indeferidas. Nessa ocasião o relator foi Marco Aurélio Mello, que recomendou que os pedidos do PEN e da OAB fossem aceitos. Seu voto, no entanto, vencido, mais uma vez, pelos ministros: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que escolheram manter a decisão de fevereiro.

8. Conclusão

O referido tema, desde sua origem até os dias atuais, comporta muitas divergências. A decisão do STF tem causado polêmica na comunidade jurídica. O princípio da presunção de inocência fora uma conquista obtida com muita luta e hoje faz parte do rol dos direitos e garantias fundamentais da nossa Constituição Federal. No entanto, como analisado no presente trabalho, ele não é absoluto, assim como os direitos e garantias.

Daí que, em que pesem as respeitáveis opiniões contrárias, conclui-se que a execução provisória da pena privativa de liberdade não é inconstitucional pelas seguintes razões: a) desde o início do processo até o julgamento em segunda instância, as provas (questão fática) foram analisadas duplamente, minimizando assim a chance de erros; b) o número de recursos propostos em instâncias superiores (terceira e quarta), que foram revistos e reformulados em favor do réu, é irrisório, ou seja, mantêm a decisão proferida por instância inferior; c) a Constituição traz em seu texto a distinção entre as palavras “culpa” e “prisão”, assim sendo, o artigo no qual está inserido o princípio em tela é taxativo em trazer em seu corpo a palavra culpa; d) o princípio da não culpabilidade não é regra, tampouco absoluto, sendo relativizado no transcorrer processual. Por esses motivos, referendando o entendimento dos ministros favoráveis à prisão após segunda instância, consideramos que essa medida não fere os direitos e garantias previstos em nossa Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em 19 nov.2018.
- Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/peticao-liminar-adc-43-execucao.pdf>>. Acesso em 27 out.2018.
- Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 Distrito Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em 11 out.2018.
- Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em 13 set.2018.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquemático*. 8.ed. São Paulo: Método, 2017. Edição digital.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 84.078-7/MG*. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. 28 fev. 2010. Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em 15 out.2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 126.292/SP*. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 25 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança: MS 23452 RJ*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em 05 nov.2018.
- GIMENES, José Jácomo. *Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-ferre-constituicao>>. Acesso em 30 jul.2018.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. *Manual de Processo Penal: volume único*. 5.ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Afinal de contas, o que é um princípio jurídico?*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-26/processo-afinal-contas-principio-juridico>>. Acesso em 14 nov.2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*. 33.ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 19 set.2018.
- QUINAIA, Cristiano. *Questão de fato e questão de direito: superação das súmulas 7 e 279*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/cristiano-quinaia-questao-fato-direito-sumulas-279>. Acesso em 19 out.2018.

ROSSI, Júlio César. *Questão de fato e de direito: por que estamos a esse paradigma?* 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/diario-classe-questao-fato-direito-estamos-presos-paradigma>>. Acesso em 13 nov. 2018.

SILVA, Renan Lourenço. *A presunção de inocência e a execução provisória da pena no panorama jurídico internacional e estrangeiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66948/a-presuncao-de-inocencia-e-a-execucao-provisoria-da-pena-no-panorama-juridico-internacional-e-estrangeiro>>. Acesso em 30 jul.2018.

STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>.

Acesso em 08 nov.2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?* 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim>>. Acesso em 10 out.2018.

_____. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!* 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar!>>. Acesso em 09 out.2018.

Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 03 out.2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Vade Mecum JusPodivm 2018. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 2384p.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2013.