

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM 2ª (SEGUNDA) INSTÂNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Vinícius Corrêa de Queiroz

Advogado, Pós-graduado em Direito Processual e em Advocacia Criminal

INTRODUÇÃO

Com o advento da Carta Magna ocorreu uma estruturação das bases do Estado Democrático de Direito, dentre as quais a implementação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sejam brasileiros ou estrangeiros, incluindo também as pessoas jurídicas de direito público e privado.

Destaca-se que os direitos e garantias consolidados na Carta Magna têm como estrutura os princípios constitucionais, conhecidos como regras substanciais, os quais são fundamentais para o exercício pleno das normas e regulamentos instituídos na Constituição denominada de Cidadã.

Como direitos e garantias fundamentais, destacam-se os direitos e deveres individuais e coletivos insculpidos no art. 5º, bem como os direitos sociais previstos no art. 6º e seguintes da Constituição da República/1988.

No âmbito da seara criminal, denominado também como direito penal, os princípios constitucionais são essenciais para a aplicação da hermenêutica ao conjunto de regras formais (legislações infraconstitucionais), pontuando, nesse aspecto, os princípios da legalidade, da ampla defesa, da irretroatividade da lei penal, da intervenção mínima, da adequação social, do *in dubio pro reo*, da isonomia, da individualização da pena, da igualdade, do prazo razoável de duração do processo e da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

O tema em questão vislumbra dar ênfase ao princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade e seu impacto na aplicação e interpretação constitucional com relação ao encarceramento após decisão de 2º (segundo grau) no Estado Democrático de Direito.

Após a promulgação da Constituição da República, em 1988, o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal foi quanto a compatibilidade da execução provisória após a decisão condenatória do Juízo de 2º grau com o princípio da presunção de inocência. Assevera-se que a primeira mudança de entendimento da Corte Superior ocorreu em fevereiro de 2009 no julgamento do HC nº 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, que por maioria, decidiu que a prisão de condenados só deveria ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, aplicando interpretação restritiva ao art. 105 da Lei nº 7.210/1984.

Contudo, em fevereiro de 2016, o STF mudou novamente o entendimento, desta feita ao julgar, por maioria, o HC nº 126.292, sob a relatoria do então insigne Ministro Teori Zavascki, prevalecendo assim a compreensão da possibilidade de execução provisória da pena após a decisão condenatória de 2ª (Segunda) Instância.

Ao julgar em definitivo as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nsº 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal alterou a concepção quanto a prisão após a decisão condenatória em 2ª Instância, a qual, via de regra, só deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sobre esse prisma e considerando a hermenêutica da legislação infraconstitucional com base na Carta Magna, o presente tema tem como objeto analisar uma das mais instigantes polêmicas do direito processual penal constitucional vigente, qual seja, a (in)constitucionalidade da prisão após decisão condenatória exarada pela 2ª (Segunda) Instância do Poder Judiciário.

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – PRECEITO CONSTITUCIONAL

A promulgação da Constituição da República/1988 instituiu como preceito constitucional os direitos e garantias fundamentais, sejam de caráter individual ou coletivo, bem como contemplou as pessoas jurídicas de direito público e privado.

Nesse sentido, dentre os diversos direitos gerados pelo Poder Constituinte Originário, consubstancia a norma atinente ao princípio da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (Revista dos Tribunais, 2008).

Registra-se que o preceito constitucional referente aos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Magna é considerado como o núcleo rígido da redação constitucional, indispensável à cidadania e ao Estado Democrático de Direito.

Por oportuno, assevera-se que os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, estão previstos em diversas normas do texto constitucional, em especial nos arts. 5º e 6º da Constituição da República/1988, acrescentando, todavia, que os mencionados dispositivos são consagrados como cláusulas pétreas da Carta Magna.

1.1 Cláusula Pétreas

Apesar de divergências na doutrina, prevalece o entendimento de que a terminologia, cláusula pétrea, refere-se a uma garantia constitucional imutável, impedindo assim que o constituinte reformador proceda alteração nas normas protegidas por esta rubrica, salvo na possibilidade de ampliação do catálogo já existente.

Na hipótese de necessidade de alteração do conteúdo garantido nas cláusulas pétreas, como os direitos e garantias fundamentais será preciso e necessário promulgar uma nova Constituição, estabelecendo para tanto um Poder Constituinte Originário.

1.2 Princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade

A Constituição da República consagra no art. 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência, considerado, na narrativa do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”. (MORAES, 2005).

Não restam dúvidas de que eventual culpa do indivíduo deve ser comprovada de forma robusta pelo Estado, afinal o cidadão tem como garantia constitucional a presunção de inocência, sob pena de se configurar o pleno arbítrio estatal.

Embora a presunção de inocência seja um princípio de direito e garantia fundamental, protegido por cláusula pétrea constitucional, nos deparamos constantemente com os atos que suprimem esta impostergável conquista.

Não é raridade, que a todo momento, esbarramos de forma súbita com a atuação abusiva do Estado, mediante a sanha punitiva do Ministério Público e o clamor popular inquisitivo, que a todo custo vislumbram e divulgam condenações de indivíduos de forma antecipatória, derogando os princípios constitucionais e processuais basilares como do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da não autoincriminação.

Tendo em vista o isolamento processual do indivíduo que já postula em seu desfavor com o Estado, ressaltando aqueles que atuam em representatividade desse Órgão, quais sejam, o Ministério Público, as Autoridades Policiais, além de ente privado, como o Assistente de Acusação, as manifestações populares e a opinião pública, resta apenas, como pontualmente explanado no voto proferido pelo abalizado Ministro Celso de Mello, ao julgar as ADC`s nº 43, 44 e 54, o qual citou um trecho do Juiz Federal Paulo Mário Canabarro T. Neto, aduzindo que “a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional” (STF. Celso de Mello *apud* T. Neto. 2019).

Destarte, o que se almeja, é a manutenção incondicional do direito e garantia fundamental quanto ao princípio da presunção de inocência, estabelecido como cláusula pétrea na Constituição da República, afastando-se, desse modo, qualquer possibilidade abusiva e autoritária do Estado que possa emergir na tentativa de imputar e antecipar

uma condenação, e via de consequência, promover a execução provisória de pena do cidadão, antes do trânsito em julgado.

Derrogar o princípio da presunção de inocência resultará no fatídico sepultamento da liberdade, considerado como outro princípio inarredável e basilar das garantias e direitos fundamentais do cidadão, consubstanciando-se, como dito alhures que cabe apenas ao Poder Judiciário a legitimidade quanto a imposição de sanções, pois como colacionado pelo professor Paulo Bonavides, "...onde não houver o primado da ordem jurídica, não haverá liberdade." (BONAVIDES, 2004).

2 DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À LIBERDADE

Revela-se de extrema importância destacar que àqueles que se levantam contra as leis, jamais serão livres. A ausência da liberdade, ora mencionada, não se refere apenas a figura do encarceramento, mas sobretudo à inexistência de valores, tais como, da ética, da fé, da personalidade, da perseverança, da solidariedade e da dignidade humana.

Na precisa lição do professor Paulo Bonavides, "...só os valores fazem, na consciência social, legítimas as leis." (BONAVIDES, 2004).

O renomado professor Paulo Bonavides leciona também que a ausência de legitimidade acarreta o tenebroso arbítrio e assevera com pontualidade que "as leis ilegítimas não só atropelam o Direito como expõem a liberdade". (BONAVIDES, 2004).

Tem-se, então, nos dizeres do professor Bonavides, que a liberdade associada à Democracia é o abrigo que protege a Sociedade com o objetivo de exercer os direitos que possam garantir e assegurar a dignidade da pessoa humana.

3 DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43, 44 E 54

As ADC's – Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, foram propostas, respectivamente, pelo PEN – Partido Ecológico Nacional, atualmente denominado como Patriota, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo PCdoB – Partido Comunista do Brasil, notadamente, com o objetivo de julgar procedentes os pedidos formulados nas mencionadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, em especial para reafirmar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, prevalecendo a tese de que as condições para efetuar a prisão, carece do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Não obstante, o resultado do mérito do julgamento, foi pelo entendimento quanto a constitucionalidade do dispositivo previsto no art. 283 do Código de Processo Penal, o que resulta na impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, cabendo nesse momento, trazer à baila os entendimentos manifestados nos julgados anteriormente proferidos.

Ainda, antes mesmo de mencionar os entendimentos pretéritos, registre-se que o plenário do Supremo Tribunal Federal finalizou, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), o julgamento quanto à impossibilidade de prisão após a condenação em 2ª (Segunda) Instância, decorrente das ADC`s nºs 43, 44 e 54.

Então, analisando o histórico das decisões tem-se que após o advento da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, o tema quanto a compatibilidade da execução provisória decorrente de sentença penal condenatória decidida em 2ª Instância, associado ao princípio da presunção de inocência foi submetido à Colenda Corte pela primeira vez em março de 1989. Coube a Segunda Turma do STF, julgar o HC nº 67.245/MG, e sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho, por unanimidade, decidiram pela constitucionalidade da prisão, asseverando em síntese, que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo.

Em momento posterior, junho de 1991, ocorreu a primeira decisão do plenário da Corte (ausentes os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio) atinente à mesma matéria, desta feita para julgar o HC nº 68.726/DF, relatado pelo Ministro Néri da Silveira. Da mesma forma, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia conflito do art. 5º, LVII da CR/1988, com a expedição de mandado de prisão para dar ensejo a execução provisória da pena imposta.

Todavia, em fevereiro de 2009, operou-se a primeira alteração pelo Plenário da Corte Superior, que ao julgar, por maioria (placar de 7 votos a 4) o HC nº 84.078/MG, tendo como relator o Ministro Eros Grau, decidiu que a prisão de condenados, pela 2ª (Segunda) Instância, só deveria ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, aplicando interpretação restritiva ao art. 105 da Lei nº 7.210/1984.

Posteriormente, em fevereiro de 2016, o STF alterou novamente o entendimento, ao julgar por maioria o HC nº 126.292, coincidentemente pelo mesmo placar (7 votos a 4), contudo com composição diversa, destacando que naquela oportunidade a relatoria coube ao então insigne Ministro Teori Zavascki, prevalecendo a partir desta decisão a compreensão da possibilidade de execução provisória da pena após a decisão condenatória de 2ª (Segunda) Instância.

Ressalta-se que o posicionamento acima aduzido, qual seja, a decisão de mérito do HC nº 126.292, foi mantida na decisão das liminares manejadas nos ADC`s nºs 43, 44 e 54, ocorrida em outubro de 2016.

Recentemente, ao analisar o mérito das ADC`s nºs 43, 44 e 54, o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria (6 votos a 5), em novembro de 2019, julgar procedentes os pedidos elencados nestas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, assentando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, passando a vigorar então, via de regra, a concepção de que a prisão após a

decisão condenatória em 2ª Instância, só deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nota-se que todas as decisões anteriores ao julgamento das ADC`s diziam respeito, exclusivamente, a cada caso concreto interposto, sempre com a pretensão de tutelar a manutenção da liberdade pela via do remédio heroico.

Ao decidir pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, via julgamento das ADC`s interpostas, o Supremo Tribunal Federal cumpriu com sua obrigação de “guardião” da Constituição e não deixou que fosse derogado o preceito constitucional atinente aos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Magna.

Cabe asseverar que a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal tem como preceito basilar o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República, o qual define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2008).

Acrescenta-se, ainda, que o princípio da presunção de inocência tem proteção garantida por se tratar de cláusula pétrea, observando que sua substância jamais poderá ser afetada, permanecendo intangível o sentido da norma.

4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

De plano registre-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional elencado como fundamento do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º, III da CR/1988:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.” (Revista dos Tribunais, 2008).

A Carta Política estabelece ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um direito e garantia fundamental, ou seja, trata-se de um preceito constitucional estatuído no art. 5º, XLIX, o qual define que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012).

Ademais, a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que foi recepcionada pela CR/1988, prevê no bojo de suas normas, que o Estado deve assegurar ao apenado a assistência material, art. 12, (alimentação, vestimenta, condições higiênicas), bem como assistência à saúde, art. 14, que compreende atendimento médico, farmacêutico e odontológico. (BRASIL, Lei de Execução Penal. 2019)

O mesmo dispositivo legal assegura no art. 85, violado por todo o Brasil, que os estabelecimentos penais devem funcionar com uma lotação compatível com sua estrutura e finalidade (BRASIL, Lei de Execução Penal. 2019).

A Lei de Execução Penal estabelece também, no art. 88, que o apenado deve ser acolhido em cela individual contendo dormitório, sanitário e lavatório, definindo ainda como requisito básico a salubridade do ambiente evitando aeração, insolação e condicionando-o à temperatura adequada, observando que a extensão mínima do calabouço deve ser de 6 m² (seis metros quadrados), (BRASIL, Lei de Execução Penal. 2019).

Tem-se uma nítida incompatibilidade entre os conceitos previstos nas normas que disciplinam o encarceramento e a realidade fática dos apenados que se encontram recolhidos na diversa gama do sistema penitenciário.

No que tange a prisão, já dizia Beccaria em sua intocável e atual obra que “É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça;” (BECCARIA, 1764).

Nesse sentido, superando os entendimentos quanto a (in)constitucionalidade da prisão após a decisão de 2ª (Segunda) Instância, cabe indagar como será a efetividade quanto a garantia de aplicação da justiça face um sistema carcerário estritamente caótico?

Não restam dúvidas de que a situação do sistema prisional brasileiro está em rota diversamente oposta ao que prevê as normas contidas na legislação penal.

As prisões estão em situações desumanas, um verdadeiro estopim pré-guerra, o que acarreta uma constante circunstância de tensão aos apenados, mas também aos servidores estatais e as pessoas que convivem junto as Instituições Carcerárias.

As prisões estão em sua essência superlotadas, infringindo a devida dignidade que é garantida ao encarcerado. Isso sem considerar as condições insalubres submetidas aos presos, pois muitos quando dormem, devem se recolher ao chão das celas que foram alocados, as vezes nos banheiros, deitados próximos a buracos de esgotos ou até mesmo pendurados em redes.

Acrescenta-se também a baixa qualidade nutritiva e o alto risco de contaminação por doenças infecciosas, o que facilita a transmissão para todos os integrantes do sistema prisional, sejam pessoas que estejam cumprindo a pena ou não.

A ressocialização do preso acaba sendo uma utopia, porque o ingresso no sistema prisional brasileiro será na realidade uma escola de marginalização, onde em raríssimas exceções os apenados se recuperam.

Cabe, neste aspecto, trazer um trecho de Jair Aparecido Ribeiro, em sua obra, “Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário Paranaense”, que assim pronunciou:

“O Estado deslocou seu foco, para uma simples manutenção da ordem, esquecendo-se dos princípios orientadores, seus fundamentos, isto leva a mudança de visão acerca do preso, pois quando o próprio Estado esquece que o indivíduo preso é um cidadão que faz parte do mesmo, isto se reflete em toda sociedade, a qual passa a tratar o preso, mesmo depois de ter cumprido a pena, como não mais sendo este um cidadão.”
(RIBEIRO, Jair Aparecido. 2009)

CONCLUSÃO

O tema tem o objetivo de analisar o devido processo penal como garantidor da tutela de liberdade à luz do Estado Democrático de Direito, aplicando e implementando os preceitos constitucionais vigentes.

Registra-se que o estudo em questão jamais poderá ser rotulado como algum aspecto que possa gerar interpretação de impunidade, asseverando que a causa desse instituto é característico de Nações carentes de investimentos, sobretudo, nas áreas de educação, saúde, habitação e saneamento.

Destaca-se, ainda, que a impunidade é uma das graves consequências do sistema carcerário desregrado, o qual é também um fomentador da marginalidade.

Lado outro, cabe acentuar que o princípio da presunção de inocência trata-se de um direito e garantia fundamental do cidadão, preceito constitucional, garantido por cláusula *pétrea*, contudo não possui caráter absoluto, posto que o trânsito em julgado de sentença penal condenatória irá acarretar a condição de culpado do apenado.

Outra exceção do princípio da presunção de inocência se refere à possibilidade quanto a necessidade da prisão cautelar, tais como a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão resultante de decisão de pronúncia e prisão fundada em condenação penal recorrível.

Em momento de crises, as escorregadas operações como do mensalão e inúmeras etapas da lava-jato, bem como as diversas hipóteses de tipicidade criminal, o processo penal constitucional deve emergir como garantidor e implementador da Justiça, mas sempre com base nos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Magna.

Assim, como forma de garantir a efetividade da condenação penal transitada em julgado e mediante instrumento de combate à criminalidade, com observância aos preceitos constitucionais, sugerimos que sejam estabelecidas, aos apenados, práticas e atividades educativas, laborar em segmentos essenciais para o desenvolvimento do Estado, como construção e manutenção de obras e sobretudo converter para o Poder Público os ganhos auferidos como resultado da atividade criminosa, afinal o

encarceramento deve ser aplicado como exceção, porém em Sistemas Prisionais efetivos, diversamente oposto aos vigentes em nosso país.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 1999.

RIBEIRO, Jair Aparecido. Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário Paranaense, Ponta Grossa: UEPG, 2009.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União: 13 jul. 1984.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: 13 out. 1941.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. In: Notícias STF. Brasília, 07 nov. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359> Acesso em: 02 junho.20.