

# Constitucionalidade da prisão em 2ª instância e não violação da presunção de inocência

*“Por todos esses argumentos, nada justifica que o STF altere o que vem decidindo, no sentido de que é juridicamente adequado à Constituição da República o início do cumprimento da sanção penal a partir da decisão condenatória de 2ª instância. A mudança da jurisprudência, nesse caso, implicará a liberação de inúmeros condenados, seja por crimes de corrupção, seja por delitos violentos, tais como estupro, roubo, homicídio etc.*

*Ante o exposto, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário abaixo assinados manifestam-se pela constitucionalidade de prisão após a condenação em 2ª instância:”*

*Este foi o trecho final da Nota Técnica dos 6 mil. Publicada em centenas de órgãos da imprensa em todo o Brasil, às vésperas de uma decisão que mudaria tudo no combate ao crime: foi uma nota histórica.*

*Histórica porque conseguiu reunir assinaturas de quase um quinto de todos os Membros do MP e da Magistratura de todo Brasil e no exíguo prazo de 5 dias, durante um feriado: a Semana Santa*

*Histórica porque veio em um momento decisivo para o Brasil: na época em que começaram a tentar impedir e dificultar as bem-sucedidas atuações contra a corrupção e a criminalidade, exatamente como aconteceu após a Operação Mãos Limpas na Itália: exatamente como prevíamos que aconteceria.*

*Histórica porque a prisão em 4ª, em 5ª instância, após vários recursos, era um escárnio contra a Sociedade, um estímulo à criminalidade, uma garantia de impunidade e, como a jabuticaba, parece só existir no Brasil, ou em pequenas exceções aqui e ali.*

*Histórica porque a prisão em segunda instância foi mantida...*

*(Não publicaremos a lista dos mais de 6 mil nomes aqui, mas ela pode ser encontrada em vários sites)*

O princípio da presunção de inocência, ao longo dos tempos, evidenciou-se de extremo valor para a liberdade individual e a sociedade civilizada. Suas implicações, no entanto, jamais foram reputadas absolutas.

Não se trata de cláusula meramente declaratória em benefício exclusivo de um cidadão, mas sim de parâmetros para o exercício legítimo da atividade de persecução criminal em favor da subsistência da sociedade. Embora se firme no amplo significado da presunção de inocência, ora regra de tratamento, ora regra de juízo, ora limitador da potestade legislativa, ora condicionador das interpretações jurisprudenciais, o referido princípio, enquanto tratamento dispensado ao suspeito ou acusado antes de sentença condenatória definitiva, tem natureza relativa.

A propósito, o termo 'presunção de inocência', se analisado absolutamente, levaria ao paroxismo de proibir até mesmo investigações de eventuais suspeitos, sem mencionar a vedação de medidas cautelares constritivas no curso de apurações pré-processuais, ensejando, conseqüentemente, a inconstitucionalidade de qualquer persecução criminal. Contudo, normativamente, a presunção de inocência não consubstancia regra, mas princípio, que não tem valor absoluto, pelo que deve ser balizado por outros valores, direitos, liberdades e garantias constitucionais. Por tais razões, o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado, a fim de que não se exacerbe a proteção de sujeitos à persecução criminal, em detrimento dos valores mais relevantes para a sociedade.

A interpretação do princípio da presunção de inocência deve-se operar em harmonia com os demais dispositivos constitucionais, em especial, os que se relacionam à justiça repressiva. O caráter relativo do princípio da presunção de inocência remete ao campo da prova e à sua capacidade de afastar a permanência da presunção. Há, assim, distinção entre a relativização da presunção de inocência, sem prova, que é inconstitucional, e, com prova, constitucional, baseada em dedução de fatos suportados ainda que por mínima atividade probatória.

Disso decorre que não é necessária a reunião de determinada quantidade de provas para mitigar os efeitos da presunção de inocência frente aos bens jurídicos superiores da sociedade, a fim de persuadir o julgador acerca de decreto de medidas cautelares, por exemplo; bastando, nesse caso, somente indícios, pois o direito à presunção de inocência não permite calibrar a maior ou menor abundância das provas.

Ademais, o princípio da livre convicção motivada remete à livre ponderação dos elementos de prova pelo Judiciário, de um ponto de vista objetivo e racional, a quem corresponde apreciar o seu significado e transcendência, a fim de descaracterizar a inocência, de caráter *iuris tantum*, ante a culpabilidade. Para se poder afirmar que determinado sujeito praticou um delito, é preciso que se tenha obtido prova, cumprindo-se as formalidades legais, e que o julgador haja valorado corretamente a prova.

Nem mesmo a Declaração de Direitos pretendeu que a presunção de inocência tivesse valor absoluto, a ponto de inviabilizar qualquer constrangimento à liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme dispõe, em seu artigo 9º, contrariamente à aplicação de qualquer medida restritiva de liberdade, salvo arbitrárias (Art. 9º - “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”). Certo é que a instituição do princípio da presunção de inocência deu-se para atenuar a violação do *status libertatis* do sujeito, seja como investigado, seja como réu, que, antes, abria margens a formas degradantes de colheita de prova, permitindo-se até mesmo tortura.

Se o direito constitucional e processual, ao perseguir determinados fins, admite constringões entre os princípios (a verdade material é restringida pela proibição de prova ilícita), se há elasticidade na própria dignidade humana (como exemplos: mãe, doente terminal que doa seu órgão vital para salvar seu filho; o condenado à morte que renuncia a pleitear o indulto; o militar, por razões humanitárias, dispõe-se a realizar missão fatal para salvar a vida de milhares de pessoas), não é menos admissível a restrição do princípio da presunção de inocência, cuja aplicação absoluta inviabilizaria até mesmo o princípio da investigação e da própria segurança pública.

Evidencia-se, destarte, a necessária revisão dos “tradicionais conceitos dogmáticos de culpa, culpabilidade e pena, reescrevendo um panorama teórico mais realista e factível, intimamente relacionado às modernas demandas sociais” e o combate à macrocriminalidade organizada.

Hoje, as relações econômicas tendem a ser impessoais, anônimas e automáticas, possibilitando, por conseguinte, uma criminalidade organizada pautada em aparatos tecnológicos, caracterizada pelo racionalismo, astúcia, diluição de seus efeitos e, assim, a garantia da permanência da organização está na execução de procedimentos de inteligência que minem os operadores do sistema para a persecução e sanção penal. Nesse contexto, as organizações criminosas absorvem agentes públicos, corrompendo ações do Estado.

Tratando-se, pois, de crime organizado, a sociedade é duplamente agredida, isto é, verifica-se prejuízo social nefasto oriundo das ações criminosas e prejuízo oriundo das ações artificiais do Estado que, impotente para evitar e prevenir o grave delito, ilude a sociedade com a imagem de eficiência funcional da investigação criminal. Mais grave é a deterioração da própria democracia, porquanto, ao adquirir poder de controle econômico e político, o crime organizado passa a ocupar posições de “autoridades democráticas”.

Torna-se, assim, imprescindível recuperar a capacidade de executar adequadamente as penas, porque a ineficácia da persecução penal estatal não se situa na dosagem das penas, mas na incapacidade de aplicá-las. “A regulamentação legal dos fenômenos humanos deve ter em vista a implementação da lei, ou seja, como se dará, concretamente, sua aplicação, circunstância que não tem sido objeto de preocupação frequente de nossos legisladores”.

Desse modo, a condenação em segundo grau deve viabilizar o cumprimento das sanções penais, inclusive as privativas de liberdade, ainda que haja recurso extraordinário ou especial ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, tendo, inclusive, essa última Corte já pacificado o entendimento na Súmula 267: “A interposição

de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Ademais, no plano internacional, a prisão após a condenação em 2ª instância é admitida nos Estados Unidos da América e países da Europa (França, Alemanha e Portugal). A título de esclarecimento, em Portugal, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça é de que o arguido preso em situação de prisão preventiva, no momento em que vê a sua situação criminal definida por acórdão condenatório do Supremo, deixa de estar em situação de prisão preventiva para estar em situação análoga à de cumprimento de pena, mesmo que do acórdão condenatório tenha sido interposto recurso, que impeça o trânsito em julgado da decisão condenatória, para o Tribunal Constitucional. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, o recurso de constitucionalidade não tem a natureza de recurso ordinário nem respeita diretamente à decisão que, conhecendo do mérito da causa, ordenou e manteve a prisão, pois é um recurso restrito à matéria de constitucionalidade, não se traduzindo numa declaração de nulidade do acórdão recorrido e, uma vez interposto tal recurso, não há a necessidade da análise de expiração dos prazos da prisão cautelar na data da decisão.

Na perspectiva histórica das Cortes brasileiras, a admissibilidade da execução provisória, na verdade, está em consonância com entendimentos anteriores sobre a recepção do artigo 594 do Código de Processo Penal (CPP), que tratava da necessidade do réu ser recolhido à prisão para poder apelar, a não ser que fosse primário e de bons antecedentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se, num primeiro momento, pela recepção do artigo 594 do CPP pela Constituição brasileira de 1988, passando a exigir posteriormente alguns requisitos subsidiários à exigência da prisão para apelar.

A edição da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”) demonstrou claramente o

posicionamento jurisprudencial firme quanto à ausência de contradição entre o artigo 594 do CPP e o princípio da presunção de inocência, que podem ser observadas nas decisões abaixo transcritas:

*RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DE PRÉVIO RECOLHIMENTO A PRISÃO (ART. 594 DO CPP). ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DESSA EXIGÊNCIA COM O PRECEITO DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO.*

*Improcedência dessa alegação já que a prisão provisória processual, como providência ou medida cautelar, está expressamente prevista e permitida pela Constituição em outro inciso do mesmo artigo 5º (inciso LXI). No caso, a prisão decorre de mandado judicial (art. 393, I, do CPP). Primariedade e bons antecedentes são dois requisitos que não se confundem, podendo verificar-se o primeiro e estar ausente o segundo. Recurso de 'Habeas Corpus' a que se nega provimento. (STJ, RHC 270/SP - 1989/0010264-8, Min. ASSIS TOLEDO, 5ª T., v.u., j. 25.10.1989)*

*PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.*

*I – A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (CPP, Art. 393, I), tanto quanto a prisão do condenado para poder apelar (CPP, Art. 594), é de natureza processual, compatibilizando-se, por isso, com o princípio inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória*  
*II – O efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinário ou especial, pela mesma razão, também não se choca com o princípio constitucional mencionado.*

*III – Pedido indeferido. (STJ, HC 84/SP - 1989/0009250-2, Min. CARLOS THIBAU, 6ª T., v.u., J. 31.10.1989)*

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. PRETENSÃO DE AGUARDAR JULGAMENTO DE APELAÇÃO EM LIBERDADE. ART. 594, DO C.P.P.*

*I – O artigo 594, do Código de Processo Penal, que tem o escopo de abrandar o princípio da necessidade do recolhimento à prisão para apelar, só alcança quem, ao tempo da decisão condenatória, esteja em liberdade. Não beneficia aqueles que já se encontram presos provisoriamente, pois, um dos efeitos da sentença condenatória é ser o condenado conservado na prisão (Art. 393, inciso I, C.P.P.).*

*II – Recurso improvido. (STJ, RHC 2995/ES - 1993/0023100-6, Min. PEDRO ACIOLI, 6ª T., v.u., J. 21.9.1993)*

Os julgados sustentam a não revogação da norma processual acima referida diante da presunção de inocência, resguardando a manutenção do *status quo* estabelecido pelo Código Processual Penal de 1941. Declarou-se assim a compatibilidade entre os princípios consagrados nos incisos LXI e LXVI, ambos do artigo 5º e o artigo 594 do CPP. Vale dizer que a prisão cautelar poderá ser efetuada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, quando ausente permissão legal para a liberdade provisória.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal declarou válido o artigo 594 do CPP frente à Constituição brasileira de 1988, inclusive, frente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”), exigindo, assim, a prisão como requisito indispensável ao recurso de apelação.

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO CONTRA O RÉU. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. C.F., ART. 5., LVII. C.P.P., ART. 594.*

*I. – O direito de recorrer em liberdade refere-se apenas a apelação criminal, não abrangendo os recursos extraordinário e especial, que não tem efeito suspensivo.*

II. – A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – C.F., art. 5º, LVII – não revogou o artigo 594 do C.P.P.  
 III. - Precedentes do STF. IV. - H.C. indeferido. (HC 72741/RS, Min. CARLOS VELLOSO, 2ª T., v.u., J. 1.9.1995)

*EMENTA: HABEAS-CORPUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. ARTIGO 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEITO NÃO REVOGADO PELO ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

*1 – Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público. Provimento para submeter o paciente a novo julgamento, pelo Júri, sem o direito de recorrer em liberdade. Questão superada pelo advento da sentença condenatória que vedou esse direito em decisão fundamentada.*

*2 – É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que o artigo 594 do Código de Processo Penal não foi revogado pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que instituiu o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Habeas-Corpus prejudicado. (HC 80548/PE, Min. MAURÍCIO CORREA, 2ª T., v.u., J. 20.2.2001)*

No entanto, o reconhecimento do caráter instrumental da prisão decorrente da sentença condenatória recorrível sofreu novamente malabarismos da doutrina e da jurisprudência brasileira para reconhecê-la como forma excepcional de execução provisória da pena imposta em sentença condenatória, com recurso exclusivo da defesa, para o fim de beneficiar o condenado-presos dos direitos consagrados na Lei de Execução Penal (progressão ou cumprimento inicial em regime aberto ou semiaberto, livramento condicional, remição da pena pelo trabalho etc.), na “...consideração de que o princípio da presunção de inocência foi, constitucionalmente, articulado para favorecer e, não, para prejudicar o acusado.” Denota-se, neste caso, uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação transitada em julgado, cuja restrição do princípio da presunção de inocência é justificada pelo princípio constitucional do favor rei.

O preceito foi trabalhado flexivelmente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro para favorecer o acusado, conforme se verifica na Súmula 716, que possibilita a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime prisional menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Destaque-se, por fim, que a prisão em 2ª instância também está em consonância com a jurisprudência do próprio STF, com base em outro precedente julgado em 2005 (HC 86.125/SP, Ellen Gracie, DJ: 2/09/05). A partir dessa decisão, pacificou-se no STF o entendimento, no sentido de que com o esgotamento da instância ordinária, que ocorre no Tribunal de segundo grau (tribunais de justiça, TRFs e STM) não corre prescrição da pretensão punitiva, mas inaugura a contagem do prazo de prescrição da pretensão executória da pena. Ressalte-se: só corre o prazo de prescrição executória à medida que é possível executá-la, isto é, a partir da decisão condenatória da 2ª instância.

Nessa direção, mais recentemente, vale destacar que o STF, em sede de repercussão geral, ratificou, a adequação da prisão após condenação em 2ª instância:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO*

*ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016 ).*

Ademais, coerentemente com o afastamento do princípio da presunção de inocência e pelo início da execução da sanção penal depois do julgamento condenatório de 2ª instância, o próprio STF, ao julgar o RE 696533/SC, em 6 de fevereiro de 2018, Relator o Min. Luiz Fux e Redator do acórdão, o Min. Luiz Barroso, determinou que o prazo prescricional da prescrição da pretensão executória conta-se não da data do trânsito em julgado para a acusação (artigo 112, I do Código Penal), mas sim levando em consideração o esgotamento da instância ordinária, a partir da qual só cabem os recursos extraordinário e especial que não possuem efeito suspensivo.

Por todos esses argumentos, nada justifica que o STF altere o que vem decidindo, no sentido de que é juridicamente adequado à Constituição da República o início do cumprimento da sanção penal a partir da decisão condenatória de 2ª instância. A mudança da jurisprudência, nesse caso, implicará a liberação de inúmeros condenados, seja por crimes de corrupção, seja por delitos violentos, tais como estupro, roubo, homicídio etc.

Ante o exposto, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário abaixo assinados manifestam-se pela constitucionalidade de prisão após a condenação em 2ª instância: