



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: DECISÃO  
PRECÁRIA QUE PROTEGE A SOCIEDADE; JUSTIFICA-SE PELA SENSACÃO DE  
IMPUNIDADE OU INTERPRETAÇÃO LEGIFERANTE DA SUPREMA CORTE?

Ana Carolina de Carvalho Toledo

Rio de Janeiro  
2019

ANA CAROLINA DE CARVALHO TOLEDO

DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: DECISÃO  
PRECÁRIA QUE PROTEGE A SOCIEDADE; JUSTIFICA-SE PELA SENSÇÃO DE  
IMPUNIDADE OU INTERPRETAÇÃO LEGIFERANTE DA SUPREMA CORTE?

Artigo científico apresentado como  
exigência de conclusão de Curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* da Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: DECISÃO  
PRECÁRIA QUE PROTEGE A SOCIEDADE; JUSTIFICA-SE PELA SENSACÃO DE  
IMPUNIDADE OU INTERPRETAÇÃO LEGIFERANTE DA SUPREMA CORTE?

Ana Carolina de Carvalho Toledo  
Graduada pelo Centro Universitário de  
Lavras - UNILAVRAS. Advogada.

**Resumo** – a Constituição Federal é texto vivo, cujas expressões devem estar atentas às necessidades e transformações da sociedade. O princípio da presunção de inocência é exemplo de fundamento constitucional objeto de debate jurisdicional diante das posições oscilantes dos Tribunais Superiores e o conflito de interesses de aplicação da Justiça no tempo. Diante do extenso rol de recursos disponíveis a réus e a duração dos processos, a sensação de punibilidade se perde ou representa insignificância proporcionalmente ao mal provocado. A essência do trabalho é abordar a relevância e imperatividade de princípios núcleos do Estado Democrático de Direito e apontar a (im)possibilidade de mitigação, o que ocorreu a caso concreto de prisão em segunda instância, o que será analisado minuciosamente.

**Palavras-chave** – Prisão em segunda instância. Atividade atípica do STF. Impunidade. (In)constitucionalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Conflito entre o excesso de direitos constitucionais e pouca aplicabilidade: o dizer o direito da Carta Magna no auge dos seus trinta anos. 2. A sensação de impunidade de uma sociedade como fundamento de decisão surpresa da Corte Constitucional. 3. Posição do Supremo Tribunal Federal sobre a (im)possibilidade da prisão em segunda instância. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo das causas que possibilitam a prisão em segunda instância. Se antes era possível recorrer em liberdade, atualmente o princípio da presunção de inocência é mitigado. O direito à liberdade, valor constitucional, vem sendo protagonista de calorosas discussões e ultrapassam as classes jurídicas e legislativas, em razão do caso concreto ser de repercussão nacional de indivíduo politicamente reconhecido no País.

O objetivo é compreender o perfil da Justiça, não àquela própria e similar à autotutela, mas a que se aplica como simbolicamente à Deusa que o representa expressa: sem olhar a quem, mas que se replica ao todo.

O que inspira a pesquisa transcende a liberdade do sujeito daquele processo, cuja singularidade interferiu na disputa presidencial do ano de 2018, e busca-se aplicar a todo sujeito de direito em Estado Democrático de Direito.

À época a sociedade assistiu ao julgamento e a partir dele iniciou-se um novo regime, o que se justifica pela relevância e vetores da igualdade.

No capítulo primeiro é abordada a constitucionalidade do poder-dever do Estado de punir em execução provisória; os limites de modulação de um comando constitucional; e como eles se comunicam com a atribuição/competência do Supremo Tribunal Federal para o dizer o direito.

No capítulo segundo abordar-se como a sensação de impunidade de uma sociedade pode ser suficiente para motivar o guardião da Constituição a autorizar medida.

No capítulo terceiro a pesquisa apresenta os pontos que fundamentaram a decisão da Corte Constitucional brasileira, no caso que deu origem à essa atividade legiferante, analisando-o, inclusive, dentro da estrutura do Poder Judiciário quanto aos efeitos no sistema recursal penal.

O esforço de responder às questões propostas se deve ao conflito entre o exposto na Constituição da República Federativa do Brasil vigente e a interpretação da Corte. O primeiro seria um comando de autoridade sem efetividade?

O artigo é desenvolvido pelo método de pesquisa teórica, baseada na análise de princípios e posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema delimitado. Analisa-se a bibliografia e precedentes jurisprudenciais pertinentes à temática, proporcionando à pesquisa uma abordagem qualitativa.

## 1. CONFLITO ENTRE EXCESSO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E POUCA APLICABILIDADE: O DIZER O DIREITO DA CARTA MAGNA NO AUGE DOS SEUS TRINTA ANOS

A Constituição da República foi marco democrático no Brasil, tendo, por sua natureza, abarcado a temas de conteúdo dogmático, eliminando formalmente o resquício autoritário normativo que havia na Carta Magna anterior.

Avanço na legislação no Brasil, ainda que tenha sido instalado o embate entre os dois antídotos: excesso de direitos sociais e a dificuldade de colocá-los em realidade social.

Ainda que o esforço de acerto do constituinte tenha sido considerável, há que se ponderar que nem tudo que está na lei maior é, de fato, efetivo; e nem tudo que é relevante numa sociedade está ali de forma a solucionar conflitos e dar segurança aos seus subordinados.

José Afonso da Silva<sup>1</sup> ensina que a aplicabilidade (qualidade do que é aplicável) e a eficácia (propriedade que habilita a norma jurídica a produzir seus efeitos jurídicos) são sinônimas. Que “não produzir efeitos em determinadas relações em nada altera a eficácia da norma” e, além disso, nem sempre aplicar significa autonomia à eventual complemento.

O autor conclui que decidir sobre a aplicabilidade é decidir sobre uma conexão de fatos e normas. Virgílio Afonso da Silva<sup>2</sup>, constrói a ideia de constituição moldura, na qual não só impõe deveres e vedações, mas espaços abertos para os quais a constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador, subsidiariamente, pelos operadores do direito.

Cabe ao intérprete da Constituição de 1988 dar alcance e aplicação aos direitos que passaram a incorporar no estado de sociedade: cuja atividade inicia-se pela classificação dos direitos fundamentais.

Hannah Arendt<sup>3</sup> ensina que os direitos humanos, compreendidos como fundamentais, não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Por isso é de fundamental importância a participação estatal na promoção de medidas que vislumbrem a concreção de direitos, especialmente os sociais.

Essa leitura do texto Maior é fruto da própria de sua própria elaboração, sendo que à época, Ulysses Guimarães<sup>4</sup> afirmou:

É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais. O povo passou a ter a iniciativa das leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar pelo referendo projetos aprovados pelo parlamento. A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos Cidadãos. Do presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador. A moral é o cerne da pátria.

Os trinta anos da Constituição de 1988 é chegado o momento de brindar que ela tem autorizado à emergência de uma sociedade: mais dinâmica, mais exigente, mais madura e mais ágil. Isso porque os problemas sociais crônicos são como rachaduras de uma janela quebrada: danos, dor, e vácuo por onde passa feixe de luz para iluminar.

---

<sup>1</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 207.

<sup>2</sup>Idem. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91.

<sup>3</sup>ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979, p. 134.

<sup>4</sup>ALVES JR., Luís Carlos Martins. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 13, n. 1694, 6 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10823/o-preambulo-da-constituicao-brasileira-de-1988>. Acesso em: 18 set. 2019.

Nesse espaço por onde entra luz, não se trata mais de discutir princípios sobre os quais todos estão de acordo, mas de sua satisfação.

Diz Freitas<sup>5</sup> que o Estado evolui da figura de potencial opositor para se transformar no garantidor, pelo que os direitos deixam de ter a roupagem única de direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado, abandonando-se, com isso, a sua visão liberal-pura.

Destacou-se ser dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos, como bem destaca Comparato<sup>6</sup>.

Moraes<sup>7</sup> relaciona que no Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Por força do vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Inclusive, continua o exame sobre a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em não raras vezes transformar a Suprema Corte em verdadeiro legislador, interpretando segundo a percepção própria do ser humano e não na condição de julgador vendado às condições e pessoalidades *sub judice*.

Assim ocorreu, por exemplo, no caso da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sobre o qual o Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup> afirmou não comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência.

A Constituição Federal, ao contrário, assim, em casos de réus que responderam a ação penal ou recorreram da sentença condenatória em liberdade, soa desarrazoado determinar a prisão de forma automática, antes de possibilitar a integração do acórdão, quer

---

<sup>5</sup>FREITAS, André Guilherme Taveres de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 59.

<sup>6</sup>COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

<sup>7</sup>MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

<sup>8</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC n.º 126292/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/2/16. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201800891944&dt\\_publicacao=30/05/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800891944&dt_publicacao=30/05/2018). Acesso em: 26 ago. 2019.

para sanar eventuais vícios ou para afastá-los, sendo prudente aguardar-se a confirmação da condenação, em última análise, pelo Tribunal de Justiça.

Os limites da Constituição Federal, delimitados acima como moldura, sofreram impactos de abrangência de sua área quanto ao princípio da presunção de inocência, o que até então era valor rígido.

Impera o exame das drásticas escolhas: de um lado princípio constitucional e de outros vetores interpretativos de uma Corte ainda não amadurecida quanto ao sentido do texto Constitucional.

O princípio da vedação do retrocesso é medida que se impõe: verdadeira muralha com a finalidade de impedir atuação de subtração do chamado “núcleo essencial” de um determinado direito fundamental.

Felipe Derbli<sup>9</sup> observa que:

[...] o Estado vem sendo tratado como uma instância secundária de decisões e a Constituição vem perdendo sua posição de primazia, como repositório dos valores eleitos como fundamentais pela sociedade ou pelas lideranças sociais, em favor de uma ordem econômica que rende suas homenagens primordialmente ao capital.

Tem-se que a atual interpretação, por supressão do princípio da inocência é voz que rompe a moldura constitucional, o que soará em prejuízo à harmonia de outros valores da Constituição Cidadã.

Não significa atualizá-lo ou desenhá-lo sob os traços justiça real, mas sim romper elo essencial à própria dignidade da pessoa humana num sistema cuja liberdade e recorribilidade são atos próprios ao Estado de Direito.

Sinaliza-se o perigo de outros valores sofrerem mitigação ou até, drasticamente, supressão, é medida de risco pela precariedade.

O tempo presente torna-se instável e o futuro incerto.

## 2. A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE DE UMA SOCIEDADE COMO FUNDAMENTO DE DECISÃO SURPRESA DA CORTE CONSTITUCIONAL

Segundo Heráclito de Efeso<sup>10</sup>, “nenhum homem pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois na segunda vez o rio já não é o mesmo, nem tão pouco o homem!”. Assim,

---

<sup>9</sup>DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 15-16.

também ocorre a relação entre a Constituição da República e o seu intérprete. O mundo drasticamente em trinta anos. É crescente o desafio da leitura da Carta Magna aos olhos de um novo tempo, novas realidades e necessidades. O dizer o Direito exige a capacidade da atualidade e preservação da harmonia e coerência do espírito do constituinte originário.

Tavares<sup>11</sup> ensina que ‘a aplicação é o ‘momento’ em que se atribui, ao problema concreto, uma decisão oficial dotada de normatividade. Nesse sentido, a aplicação, como aqui trabalhada, há de ser apenas aquela realizada pelos órgãos estatais competentes para construir as normas individuais, normas de decisão. E, ademais, a aplicação depende, como mencionado, de um sujeito juridicamente autorizado/reconhecido (em nome do Legislativo, Executivo ou Judiciário) para adotar uma decisão com caráter preceptivo, que coloque o texto normativo e sua interpretação em contato com o problema que demanda uma solução juridicamente adequada.

Nesse contexto, é preciso destacar a lição de Canotilho<sup>12</sup>:

[...] não raro acontece que no plano constitucional se verifique a convergência concretizadora de várias instâncias: (a) nível primário de concretização: os princípios gerais e especiais, bem como as normas de constituição que densificam outros princípios; (b) nível político legislativo: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de decisões políticas com densidade normativa – os actos legislativos – os preceitos da constituição; (c) executivo e jurisdicional: com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.

O exame do caso concreto da interpretação da Corte Suprema é sobre a possibilidade da prisão em segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup> tem histórico de mudança de posição. Até fevereiro de 2009 tinha firme o entendimento de que era possível a execução provisória da pena. De fevereiro de 2009 até fevereiro de 2016 passou a dizer que não era possível, entendimento que

---

<sup>10</sup>DIELS-KRANZ. apud. SPINELLI, Miguel. *Filósofos Pré-socráticos. Primeiros Mestres da Filosofia e da Ciência Grega*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 167–271.

<sup>11</sup>TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro de 2008, p. 21-22.

<sup>12</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999, p. 318.

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC n.º. 126292/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016 (Info 814). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79409695&num\\_registro=201601535830&data=20171219&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79409695&num_registro=201601535830&data=20171219&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 26 ago. 2019.

mudou e está até os dias atuais pela possibilidade da medida precária, *in verbis*: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.”

A mudança de entendimento, por si só, é exemplo que a atividade interpretativa é desafio constante, seja pela atividade jurisdicional se manter coerente e atual. Contudo, o risco se evidencia no esvaziamento do sistema cujo núcleo é um só: o do princípio da inocência num cenário de Estado Democrático de Direito.

Nasce a insegurança jurídica quando a mudança da composição da cúpula do guardião da Constituição Federal passa a representar a expectativa da própria sociedade, por vezes esperançosa e outra temerosa com a voz do Supremo Tribunal Federal, cujo ritmo e tom dependerá da posição pessoal de cada ministro, somadas provocando consequências ao seu tempo.

A velocidade da informação é avanço da modernidade que trouxe mudanças em vários contextos da sociedade, dentre elas no que se refere à resposta do judiciário frente às apontadas violações à ordem social e econômica, principalmente aos crimes e improbidades administrativas.

Investigações, punições e execuções de pena são sequências que o povo reclama agilidade e sequência rápida sob o modelo de efetividade na justiça, contudo o preço que se paga pela eficiente punição está entrelaçado com um sistema de prestação de serviço jurisdicional que ainda não é realidade nos Tribunais de Justiça Brasileiros.

Surgiu, de fato, um hiato: como o exercício da jurisdição pode ser eficiente, inclusive no quesito tempo, sem afastar-se da essência da Constituição Federal Brasileira? Muitas respostas podem desafiar a criatividade de fazê-lo, muitas delas com a dependência de investimento no quadro de serviços e tecnológicos.

Ponto sensível é quando a solução está na abreviação de atos processuais que fazem parte do núcleo essencial da defesa do réu condenado. Neste ponto surge a forte corrente que no ímpeto de combater as estratégias de grandes escritórios de advocacia que são sustentados por clientes/réus ricos que arcam com o custo do acesso amplo das instâncias recursais, lamentavelmente por usarem de artifícios de defesas protelatórias e astuciosas cujo tempo os favorecem na prescrição.

O nobre enfrentamento jurídico precisa afastar os argumentos odiosos às artimanhas de litigantes de má-fé. Honremos o saber jurídico pela dignidade da pessoa humana e não pelos vícios e enganos da ardialidade processual destemida.

O esforço de criar argumento jurídico que convença a quebra do sistema constitucional sob o fundamento de combater recursos protelatórios não é compatível com o que de fato tem valor constitucional. O castigo à desonestidade deve ser através de um Poder Judiciário forte e rígido aos recursos protelatórios e estratégias amadoras que se favorecem com o tempo. Para isso desafiam-se os magistrados no exame da inaptidão dos recursos, de plano, e fixação de multa que não tenha valor irrisório.

Pontua-se pelo valor da segurança jurídica em sua grandeza de sustentar todo o sistema recursal e jurisdicional. Privilegia-se a dignidade da pessoa humana, irrestritamente, cegamente, pelo seu valor como homem digno de receber direitos. Isso é ser Estado Democrático de Direito.

Ainda que toda a informalidade e rapidez dominem o mundo, o indivíduo em sua singularidade e naturalmente, continuará dependendo de estados anímicos essenciais à própria vida, seja em respirar, andar e enxergar. O avanço tecnológico não diminui o valor primordial a qualquer ser humano: a liberdade.

A liberdade não significa irresponsabilidade.

A sociedade que pede agilidade, eficiência e resposta aos crimes precisa ter coerência que ela própria pode sofrer com aquilo que ela pede para ser aplicado ao terceiro. Desafio que o faça colocando a si próprio como sujeito da punição, a inversão de legitimidade talvez possa alterar a pretensão. Consequência própria do sentir o direito, por violação direta ao núcleo essencial que se passa a irradiar tantos outros direitos: o da Liberdade com responsabilidade.

No sentir de Canotilho<sup>14</sup>, acima referido e em parte transcrito, tudo deve “reconduzir à norma jurídica geral”. Ora, o exercício do Supremo Tribunal Federal, em que pese a vontade de dizer o direito em atualidade e em amplitude à vontade da voz em massa, não age bem quando esvazia o sistema constitucional.

A decisão da Corte que sustenta o presente trabalho, no que tange à possibilidade de prisão sem o trânsito em julgado, é ato jurídico que apresenta vício no nível primário de concretização, ou seja: sustenta um valor e densifica outro.

A responsabilidade criminal e o desejo de moralidade pública não podem, por si só, e ainda que somados aos melhores argumentos jurídicos, densificar o núcleo principiológico da presunção de inocência, com a supressão de instâncias.

---

<sup>14</sup>CANOTILHO, op. cit., p. 138.

### 3. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A execução provisória da pena é assunto que já esteve em pauta na Corte Suprema por algumas vezes, cuja relevância da decisão causa calorosas discussões, haja vista que o núcleo da tutela jurisdicional pela medida coercitiva confronta direitos constitucionais sensíveis, quais sejam: direito à liberdade e a presunção de inocência.

O marco temporal da presente análise é fevereiro do ano de 2016, considerando ser a decisão em que o Supremo Tribunal Federal proferiu no HC n.º. 126292/SP<sup>15</sup>, cujo Ministro Relator foi de Teori Zavascki, alterando a posição anteriormente manifestada no Habeas Corpus n.º. 84078<sup>16</sup>, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009. O que antes era negado, atualmente é permitido, ou seja, pela possibilidade da prisão em segunda instância.

Os fundamentos que sustentaram a Corte brasileira a negar a restrição de liberdade quando da segunda instância foram: o princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade), por força do art. 5º, LVII, da CF/88<sup>17</sup> e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>18</sup> e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos<sup>19</sup>.

Portanto, até então, enquanto não houvesse trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não poderia ser obrigado a iniciar o cumprimento de pena, salvo se ocorresse a hipótese da excepcional prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>20</sup>. Prevalencia a regra de que o recurso fosse recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo).

A jurisprudência mudou em sete anos e permanece: possibilidade do início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau,

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC n.º. 84078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em: 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750334235>. Acesso 9 set. 2019.

<sup>16</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC n.º. 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em: 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28126292%2FSP%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y7m347j3>. Acesso em: 3 out. 2019.

<sup>17</sup>BRASIL. Constituição Brasileira (1988). In ANGHER, Ane Joyce. *Vade Mecum universitário de direito RIDEEL*. 28 ed. São Paulo: RIDEEL, 2019, p. 21.

<sup>18</sup>DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=Corte+Interamericana+de+Direitos+HuManos.&rlz=1C1GGRV\\_enBR781BR781&oq=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&aqs=chrome..69i57j015.806j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=Corte+Interamericana+de+Direitos+HuManos.&rlz=1C1GGRV_enBR781BR781&oq=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&aqs=chrome..69i57j015.806j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>19</sup> CIDH. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=corte+americana%3B+cidh&rlz=1C1CHBD\\_ptPTBR790BR790&oq=corte+americana%3B+cidh&aqs=chro-me..69i57j33.142899j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=corte+americana%3B+cidh&rlz=1C1CHBD_ptPTBR790BR790&oq=corte+americana%3B+cidh&aqs=chro-me..69i57j33.142899j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>20</sup>BRASIL. Código de Processo Penal (1941). In ANGHER, op. cit., p. 431.

sob o fundamento em barreira de proteção antecipatória de que não estaria ofendendo o princípio constitucional referido.

A mudança trouxe um novo ponto processual penal, qual seja, o de que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, conforme interpretação literal do art. 637 do Código de Processo Penal<sup>21</sup> e art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90<sup>22</sup>. O efeito processual é de que em que pese o recurso esteja pendente de julgamento, a decisão recorrida continua produzindo efeitos.

O novo cenário não afasta a aplicação do princípio da inocência do réu, todavia, restringe-o até o momento de que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau. A partir de então, exaure o princípio mesmo que sem trânsito em julgado.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal sustentaram que o afastamento se justifica porque os recursos cabíveis no momento do exame, ou seja, de segundo grau, perante a própria Corte e do Superior Tribunal de Justiça, não se discute fatos e provas e sim matéria de direito.

A crítica quanto à mudança reafirma os argumentos anteriormente consagrados e, inconformada, levanta a tese de desidratação da Constituição Federal<sup>23</sup>, pela abreviação de princípios importantes ao estado de inocência do réu em julgamento.

Na hipótese de imperiosa necessidade de se garantir a ordem pública, o sistema processual dispõe da prisão cautelar, cuja natureza jurídica é dotada de precariedade. É constitucional por ser excepcional.

O ponto sensível é analisar a garantia constitucional, no que tange à sua aplicabilidade e destinatário, ainda que o caso concreto revele fatos aos quais se atribui extrema gravidade e de remarcada reprovabilidade. O risco encontra-se no julgamento social e jurisdicional anterior ao trânsito em julgado, o que seria uma afronta direta ao Estado Democrático de Direito.

O Ministro Teori, citando a ex-Ministra Ellen Gracie (HC 85.886)<sup>24</sup> afirmou que: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

---

<sup>21</sup>Ibidem.

<sup>22</sup>Ibidem.

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit. nota 17.

<sup>24</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus* nº 85.886, Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. STF. Plenário. HC 85.886, Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+85%2E886%29%29+E+S%2EPRS%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y8b39gzq>. Acesso em: 25 ago. 2019.

Se não econômico ou fonte de impunidade, o fato é que está ocorrendo uma nova interpretação do princípio da não culpabilidade, cujo esforço da argumentação favorável à prisão em segunda instância não resiste aos sinais de comprometimento do núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade.

Recorrer é um direito. A possibilidade de enfrentamento de instâncias recursais, muitas vezes por pessoas em condições financeiras privilegiadas, não pode ser enfrentada ao discurso de ódio de já antecipar a privação de liberdade porque as anteriores afirmaram a prisão penal.

A presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. É necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal. Para ambos exige-se a responsabilização consciente: para todos os pólos do processo, a moralidade, a honestidade e a ética.

Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos acusados, como também da sociedade diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro.

Além da afronta a princípio constitucional, a decisão em estudo não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 283, do Código de Processo Penal<sup>25</sup>:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011).

A prisão em segunda instância não se amolda à hipótese da fonte legal, equiparando-se à prisão ilegal, outro forte argumento que sugestiona a necessária observância por toda a sociedade, principalmente a dos operadores do direito.

A referida decisão tomada pelo Plenário da Corte não tem efeito vinculante, haja vista ter sido proferida pelo Plenário em habeas corpus. Porém os Tribunais estão se curvando a ela como se o fosse obrigatoriamente, inclusive, se não o for, logo que chega na Corte Superior/Suprema, é o interessado submetido à prisão, por consequência da atual posição colegiada.

---

<sup>25</sup>BRASIL. op. cit. nota 20.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o clamor social contemporâneo de acelerar o caráter punitivo de condenações criminais pela aplicação da prisão em segunda instância.

De um lado, garantistas querem preservar a literalidade do texto constitucional de presunção de inocência do réu até sentença transitada em julgado. O discurso defendido é a preservação da vontade do constituinte originário no sentido de possibilitar a ampla defesa, a recorribilidade e a manutenção do direito a liberdade, como núcleo essencial à dignidade da pessoa humana, ainda que ré em processo penal.

Do outro lado, o discurso pela possibilidade de prisão em segunda instância, privilegiando o *decisium* de primeiro grau, em perspectiva de manter-se até a última *ratio*, sob os fundamentos de que a recorribilidade representa protelação do réu na tentativa de alcançar a prescrição punitiva a todo custo e, também, que a sensação de punibilidade se perde no tempo.

Ponto comum de debate foi a possibilidade de prisão cautelar em Estado Democrático de Direito e o porquê de a antecipação de prisão em segunda instância ter se tornado polêmica jurídica de tamanha proporção. Incontroversa a possibilidade da decisão precária de restrição de liberdade, desde que em justa causa e em pertinência ao art. art. 283 do Código de Processo Penal. Porém a decisão de antecipação dos efeitos condenatórios em segunda instância é de natureza diversa, o que é palco de embates argumentativos.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que não há aproximação axiológica entre as prisões cautelares e antecipatórias em segunda instância. A primeira, não objeto da pesquisa, é própria de exceção cuja pertinência deve ser interpretada restritivamente às poucas hipóteses previstas em lei *stricto sensu*. A segunda é inovação jurisprudencial de instâncias superiores, em exercício de mutação constitucional sobre o qual se fez crítica.

O artigo prestigiou os valores essenciais de vontade do constituinte, de modo que podem adquirir roupagem diversa conforme o avançar das sociedades, sem que sejam despidas dos vetores originais, sob pena de desidratação da Constituição Federal.

O paradigma de estudo foi a análise de decisões da Corte suprema brasileira, das quais foi possível observar a mudança de posição: se era firme em negar a possibilidade de

prisão em segunda instância, atualmente inovou na fundamentação para legitimar as atuais decisões de cabimento.

O ápice da pesquisa foi examinar o poder-dever de atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e a dimensão social de levar a insatisfação popular a influenciar e motivar os paradigmas das decisões judiciais brasileiras.

Destacou-se como fato público, notório e real a (longa) duração média de processos na Justiça Criminal brasileira até o trânsito em julgado. Ficou evidente que trágicas realidades como essa não podem ser causa para o enfraquecimento de direitos que até pouco tempo representaram uma conquista à dignidade da pessoa humana, dentre elas a garantia de restrição de liberdade até o trânsito em julgado.

Esta pesquisa sustentou, portanto, que a recorribilidade é direito essencial à ampla defesa e que o princípio de presunção de inocência é essencial à estabilidade da sociedade, sob pena de, ao contrário, a todos estarem submetidos a julgamento com abreviação de instâncias.

Ainda que a matéria de recurso em instâncias superiores não examine provas da hipótese recorrida, privilegia-se o alcance da condição de ser o réu considerado inocência até o trânsito em julgado.

Frise-se o que foi exposto no trabalho: não é questão de irresponsabilidade punitiva e sim de coerência, sensibilidade e compromisso com o próprio Estado Democrático de Direito.

Às realidades e estatísticas de tempo de duração do processo criminal no Brasil, o que é inequívoco, propõe-se a criatividade de gestão na estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Inclusive, com política de incentivo a valores da própria honra subjetiva dos litigantes, dentre eles o da moralidade e honestidade, a fim de enfraquecer os artifícios e malabarismos de teses jurídicas esdrúxulas para evitar a condenação a qualquer custo.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar o instituto de punição estatal senão pelo fortalecimento da Constituição Federal e não pela desidratação.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 28. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

BRASIL. Constituição Brasileira (1988). In ANGHER, Ane Joyce. *Vade Mecum universitário de direito RIDEEL*. 28ª ed. São Paulo: RIDEEL, 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n°126292/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em: 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28126292%2FSP%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y7m347j3>. Acesso em: 3 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n°84.078*, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009. STF. Plenário. HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em: 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750334235>. Acesso em: 9 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n°85.886*, Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. STF. Plenário. HC 85.886, Rel. Teori Zavascki, julgado em: 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+85%2E886%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y8b39gzq>. Acesso em: 25 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

CIDH. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 18 set. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&rlz=1C1GGRV\\_enBR781BR781&oq=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&aqs=chrome..69i57j0l5.806j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&rlz=1C1GGRV_enBR781BR781&oq=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&aqs=chrome..69i57j0l5.806j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 26 ago. 2019.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FREITAS, André Guilherme Taveres de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos: primeiros Mestres da filosofia e da ciência grega*/Miguel Spinelli. – 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro de 2008.