



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA FINS DE EVITAR RECURSOS
PROTELATÓRIOS

Mariana de Biasi Vianna Novaes

Rio de Janeiro
2019

MARIANA DE BIASI VIANNA NOVAES

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA FINS DE EVITAR RECURSOS
PROTELATÓRIOS

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

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA FINS DE EVITAR RECURSOS PROTRELATÓRIOS

Mariana de Biasi Vianna Novaes

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo –A prisão em segunda instância é um tema de grande repercussão social, política e jurídica, o qual possui várias controvérsias acerca da sua constitucionalidade, haja vista que o Supremo Tribunal Federal vive mudando seu posicionamento sobre essa questão. Com o julgamento do HC n °126.292/SP, foi aberta a possibilidade de pacificação do entendimento do Supremo sobre a constitucionalidade da prisão de segunda instância, por meio da relativização do princípio da presunção de inocência. A essência do trabalho é abordar essa mitigação do princípio da presunção de inocência, a fim de possibilitar a prisão em segunda instância para fins de evitar os recursos meramente protelatórios.

Palavras-chave – Direito Penal. Presunção de Inocência. Ponderação. Prisão em segunda instância. Recursos Protelatórios.

Sumário –Introdução. 1. Controvérsias quanto à constitucionalidade da prisão em segunda instância. 2. Da possibilidade jurídica da ponderação do princípio da presunção de inocência, após o julgado do HC n° 126.292/SP do STF. 3. Das consequências da adoção da ponderação do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da mitigação do princípio da presunção de inocência, tornando viável a aplicação da prisão em segunda instância para fins de evitar recursos protelatórios. Procura-se demonstrar a necessidade da adoção de uma abordagem mais pragmática no sistema penal brasileiro, a fim de garantir a sua eficácia, de modo que deve prevalecer o princípio da duração razoável do processo nos casos em que não cabe mais a rediscussão sobre a autoria e materialidade do crime.

Nesse sentido, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o intuito de discutir acerca desse entendimento minoritário que recentemente passou a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus (HC) n° 126.292/SP, em que vem ganhando força devido a notoriedade do caso além de sua grande repercussão midiática e política.

Dessa forma, surgem várias questões sobre a possibilidade da aplicação da prisão em segunda instância e como ela deve ser aplicada, visto que devido a esse novo entendimento do

STF, a Constituição Federal passa a ser interpretada de forma mais pragmática em que é feita uma ponderação entre os princípios da presunção de inocência e o da duração razoável do processo.

Contudo, essa situação, ainda não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece as seguintes reflexões: Até que ponto o princípio da presunção de inocência deve prevalecer sob o princípio da duração razoável do processo nos casos de recursos protelatórios? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, a constitucionalidade da prisão em segunda instância e a garantia de que esta aumentará a eficácia do sistema penal?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que é uma questão de grande repercussão, em que trata da ponderação de princípios constitucionais, com a finalidade de preservar a ordem pública, dando uma maior eficácia ao sistema penal brasileiro.

Para melhor compreensão do assunto, busca-se analisar os motivos pelos quais o STF adotou, após o HC nº 126.292/SP, um entendimento doutrinário minoritário sobre prisão em segunda instância e o seu viés pragmático. Além disso, pretende-se, ainda, defender a constitucionalidade da prisão em segunda instância para fins de evitar recursos protelatórios e a necessidade da criação de legislação infraconstitucional para regularizar tal questão. Comprovando, por fim, que o princípio da presunção de inocência deve ser relativizado nesses casos em questão.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as controvérsias quanto à constitucionalidade da prisão em segunda instância, e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o princípio da duração razoável do processo, e o da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente em face do princípio presunção de inocência, com objetivo de aferir a prevalência daqueles para garantir uma maior eficácia ao sistema penal brasileiro, de forma pragmática. Pesquisa-se ainda, a possibilidade jurídica dessa mitigação do princípio da presunção de inocência, possibilitando a prisão em segunda instância para fins de evitar a interposição de recursos protelatórios em instâncias superiores.

O terceiro capítulo pesquisa as consequências legais no ordenamento jurídico brasileiro sobre a ponderação do princípio da presunção de inocência, após o julgado do HC nº 126.292/SP, e os possíveis efeitos da prisão em segunda instância. Sendo assim, foi necessário refletir se mostra-se necessária a implementação de mudanças legislativas no que

se refere à criação de uma lei específica, ou a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal é suficiente para garantir a tutela almejada.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético para realizar a abordagem do objeto desta pesquisa, a fim de proceder com uma análise que contribua com o avanço nos estudos acerca das polêmicas que envolvem a prisão em segunda instância, e sua constitucionalidade.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, buscando se basear em textos normativos e jurisprudenciais pertinentes à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A discussão acerca da constitucionalidade da prisão em segunda instância vem ganhando grande repercussão jurídica, social e política, tendo em vista a notoriedade dos casos que se tornaram precedentes na mudança da interpretação constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual tinha decidido em 2009 pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, mas recentemente mudou seu entendimento em 2016 ao admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal.

Importante observar que antes de 2009, a jurisprudência do STF, sempre teve o entendimento de que, restando para o trânsito em julgado de uma condenação, recursos sem efeito suspensivo (extraordinário e especial), nada impediria a imediata expedição do mandado de prisão. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se alinhou a esse entendimento por meio da Súmula nº 267, *in verbis*: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Contudo, no Habeas Corpus nº 84.078¹, o STF, em 2009, firmou o entendimento de que a execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal era incompatível com o princípio da presunção de inocência, baseando-se ainda no contexto social da positivação dos direitos fundamentais, com a promulgação, já não tão recente assim, da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, e nos Tratados Internacionais que o

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

Brasil faz parte, o qual recepcionou no seu próprio ordenamento jurídico, o Pacto de San José da Costa Rica, dispondo no artigo 8.2² sobre o princípio da presunção de inocência.

Observa-se que a própria CRFB/88, no seu artigo 5º, LVII³ prevê a positivação do referido princípio que consiste no fato de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença criminal. Devido ao fato do artigo utilizar a palavra “culpado”, uma parte da doutrina aduz que a Constituição recepcionou o princípio da não-culpabilidade em vez da presunção de inocência, contudo, tal discussão não será aprofundada neste estudo em que adotará o entendimento de Gustavo Badaró⁴ sobre o tema:

Não há diferença de conteúdo entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Destarte, em decorrência do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078⁵, houve a edição da Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, a qual alterou o artigo 283, do Código de Processo Penal⁶, vinculando a execução da pena ao momento em que ocorrer o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, de modo que o entendimento em comento impedia a prisão em segunda instância, sob o argumento de ofender o princípio constitucional da presunção de inocência.

Esse entendimento jurisprudencial também é compartilhado pela maioria da doutrina, a qual se posiciona pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, sob o argumento que estaria ferindo o preceito constitucional supracitado, em que deve ser interpretada a Magna Carta no seu sentido literal de forma restritiva, não havendo que se falar em uma nova interpretação do que seria a definição de trânsito em julgado, haja vista que a norma é clara, devendo ser respeitados os preceitos processuais-constitucionais expostos.

Nesse sentido, Badaró⁷ preceitua contra a decisão que entendeu ser constitucional a prisão em segunda instância:

²BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁴BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 65.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁷BADARÓ, op. cit., p.65.

A decisão é equivocada, restringindo indevidamente a garantia constitucional. O art 5º, *caput*, LVII, da CR, estabelece como marco final da presunção de inocência o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, e não “o acórdão condenatório em segundo grau”! A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recurso especial extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição do mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.

O STF passou a adotar o mesmo entendimento do que a dos doutrinadores, até 2016, quando no Habeas Corpus nº 126.292⁸ em uma decisão apertada, por 7 votos a 4, mudou seu posicionamento em relação a prisão em segunda instância ao julgar o caso do ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva. A Suprema Corte brasileira, a partir de uma nova interpretação constitucional, decidiu pela constitucionalidade da prisão em segunda instância, visando a execução da pena antes da sentença criminal transitar em julgado.

Verifica-se que essa recente mudança de entendimento do STF trouxe muitas polêmicas, visto que trata-se de uma posição considerada minoritária da doutrina que foi aplicada a um caso midiático e notório, de grande relevância política.

Sendo assim, independente de qualquer posicionamento político, é essencial que seja analisado os fundamentos técnicos dessa posição, a qual atualmente, é considerada minoritária, de modo que não pode ser tratada apenas pelo viés processual penal, haja vista que os argumentos que dizem respeito a relativização do momento do trânsito julgado, e de uma leitura do artigo 5º, LVII, da CRFB/88⁹ são superficiais para embasar a possibilidade da prisão em segunda instância, a qual deve ser analisada sob o prisma constitucional.

O princípio da presunção de inocência não pode ser visto de forma absoluta. Haja vista que, como qualquer outra garantia fundamental, deve haver uma devida ponderação entre este e os outros princípios constitucionais, adotando-se uma técnica de ponderação, em que analisando a especificidade de cada caso, verifica-se qual princípio é o mais adequado para ser aplicado ao caso concreto.

Com isso, torna-se imprescindível delimitar o tema do estudo em questão, visto que após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292¹⁰ pelo STF, uma brecha foi aberta para a possibilidade da aplicação da prisão em segunda instância e da mitigação do princípio da presunção de inocência em razão de outros princípios constitucionais: o princípio da duração razoável do processo e o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁰BRASIL op. cit., nota 8.

Contudo, tal relativização não pode ser aplicada de forma arbitrária, devendo ser realizada em caráter excepcional, para fins de evitar recursos protelatórios. Tendo em vista que, atualmente, constata-se uma ineficácia no sistema penal brasileiro, sendo necessária uma nova interpretação constitucional acerca do tema, de forma ampla, ao invés de se limitar ao que está escrito no dispositivo no art. 5º, LVII da CRFB/88¹¹.

Dessa forma, é preciso aplicar uma visão pragmática ao atual contexto jurídico-social, a fim de dar efetividade ao sistema penal brasileiro, o qual se encontra defasado, como uma solução com o propósito de possibilitar para a sociedade, como um todo, os melhores resultados possíveis. Barroso destaca no seu voto do Habeas Corpus nº 126.292¹² as seguintes características do pragmatismo que tornam viáveis esse tipo de solução:

O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete.

Vale ressaltar, que no constitucionalismo moderno, não existe um direito absoluto, visto que todos são passíveis de relativização, com a devida ponderação e observância da dignidade da pessoa humana, em que diante de um conflito aparente de princípios constitucionais, a interpretação de forma axiológica é necessária para a evolução do direito que não pode ficar restrito à literalidade da lei.

Com isso, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em harmonia com os demais princípios constitucionais, principalmente o princípio da duração razoável do processo, e o da proporcionalidade no que tange à vedação da proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionais.

2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, APÓS O JULGADO DO HC 126.292/SP DO STF

Inicialmente, é necessário explicitar a diferença entre princípio e regra, para análise da mitigação do princípio da presunção de inocência em questão, haja vista a similaridade entre esses dois institutos, visto que ambos são espécies provenientes do gênero norma, o que gera confusões na aplicabilidade e interpretação da lei.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹²BRASIL, op. cit., nota 8.

Na doutrina, vários autores buscaram fazer uma distinção entre regras e princípios, contudo a diferenciação de Robert Alexy parece ser a mais acertada, visto que há uma fundamentação mais precisa sobre os referentes institutos.

Baseando-se nas considerações de Dworkin¹³ (tudo ou nada) sobre o tema, Alexy defende que princípios são mandados de otimização que devem ser aplicados dentro das possibilidades jurídicas existentes, de modo que, havendo princípios colidentes, deve ser aplicada a ponderação de princípios. Nesse sentido, preceitua Humberto Ávila¹⁴ sobre Alexy:

Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

Dessa forma, verifica-se que a diferença entre regras e princípios decorre de que estes possuem apenas uma dimensão de peso¹⁵, podendo ser aplicados em diferentes graus, não influenciando de forma direta as consequências normativas, como nas regras que definem normas que devem ser cumpridas, de forma obrigatória, onde um conflito entre regras deve ser resolvido no plano da validade, com uma declaração de invalidade ou uma exceção que exclua a antinomia¹⁶.

Com isso, verifica-se que não pode ser atribuído um caráter absoluto aos princípios, haja vista que estes estão sujeitos a ponderação, em que deve ser feito um sopesamento entre eles em casos de conflito, por meio do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser observado o núcleo essencial de cada princípio.

A ponderação decorre do fato de que nem sempre é possível aplicar a subsunção ao caso concreto, não sendo possível aplicar critérios hierárquicos, cronológicos ou de especialidade, quando se trata de conflito entre direitos fundamentais e princípios, de modo que essa técnica de hermenêutica constitucional está sendo cada vez mais utilizada no ordenamento jurídico pátrio¹⁷.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p.56.

¹⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Forum, 2013, p.154.

Conforme leciona Barroso¹⁸, a ponderação pode ser descrita como um processo de três etapas, a qual na etapa final ocorre a fase dedicada à decisão do conflito entre normas nos seguintes termos:

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse procedimento intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou da razoabilidade.

No caso do julgamento do HC nº 126.292/SP¹⁹, o STF realizou o método de ponderação entre princípios constitucionais, onde não há que se falar de caráter “absoluto” do princípio da presunção de inocência, visto que vai contra a própria definição do que é princípio, conforme já exposto anteriormente.

Não se pode confundir regra com princípio, pois se tratam de dois institutos completamente diferentes, analisados em planos totalmente divergentes, em que a ponderação atribuída ao caso não buscou invalidar o princípio da presunção de inocência ou ignorar sua aplicação. Outrossim, aplicá-lo em um grau menor, em face da prevalência do princípio da duração razoável do processo, no caso em questão, devido a sua violação, haja vista que buscaram-se aproveitar de artifícios recursais para postergar o cumprimento de uma decisão que já teve o seu mérito discutido.

Nesse sentido, segue o trecho do voto do Ministro Edson Fachin, acerca do tema no julgamento do HC nº 126.292/SP²⁰:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

¹⁸Ibidem, p.156.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁰Ibidem.

Outro princípio que deve preponderar no caso concreto, é o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. A proporcionalidade, no seu aspecto positivo, visa proteger o indivíduo que vê seus direitos violados, quando o Estado deixa de agir ou atuar de maneira satisfatória para proteger os direitos e princípios fundamentais previstos na Constituição.

Assim, observa-se que o princípio da presunção de inocência não pode ser utilizado como uma roupagem para perpetuar um sistema penal ineficaz, sendo utilizado como pretexto para manter um sistema, no qual o indivíduo pode se aproveitar da sua própria torpeza, por meio de recursos protelatórios, a fim de evitar que a função estatal cumpra o seu papel de defender o interesse público.

Nesses casos, deve ser observado que ocorre uma violação dos bens jurídicos tutelados no código penal, quando este instrumento de proteção aos direitos fundamentais perde a sua efetividade, devido a aplicação de forma oportunista do princípio da presunção de inocência, afetando os direitos fundamentais da sociedade como um todo em razão da impunidade gerada pela constante interposição de recursos protelatórios que visam adiar a aplicação da lei penal.

Nessa esteira, preceitua o Ministro Luís Roberto Barroso²¹, no seu voto do HC nº 126.292/SP:

Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal.

Importante ressaltar que com a ponderação, o princípio da não-culpabilidade não deixará de ser aplicado, onde somente será atribuído outro peso a sua aplicação, em que a prisão em segunda instância não pode ser definida como sinônimo de atribuição de culpa ao acusado, cujos direitos continuarão previstos na constituição, de modo que aquele somente será considerado culpado em definitivo após o trânsito em julgado.

Afinal, não há nenhum impeditivo no texto constitucional acerca da prisão em segunda instância que era aplicada originalmente pelo STF, até mudar seu entendimento em 2009. Dessa forma, verifica-se que no julgamento do HC nº 126.292/SP²², o STF apenas

²¹Ibidem.

²²Ibidem.

retomou ao seu entendimento original acerca do tema, o qual atribuiu uma nova interpretação ao trazer a ponderação entre os princípios expostos.

3. DAS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após o julgamento do HC nº 126.292/SP²³, com a possibilidade jurídica da prisão em segunda instância, baseado na ponderação do princípio da presunção de inocência, foi aberta a discussão acerca do tema e de seus impactos ao ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de muitos afirmarem que a execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal traria inúmeras injustiças, em razão da realização de prisões indevidas, visto que ainda há possibilidade de reforma da decisão nas instâncias superiores, o Ministro Luís Roberto Barroso traz no seu voto do HC nº 126.292/SP²⁴, estatísticas que demonstram que não há que se falar em tal impacto ao ordenamento jurídico brasileiro:

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%.

Além disso, verifica-se, empiricamente, que a maioria dos recursos interpostos nas instâncias superiores são relacionadas aos crimes do colarinho branco cometidos pelas classes mais altas pela sociedade, haja vista que, infelizmente, as pessoas mais pobres não possuem acesso adequado ao judiciário, nem recursos para prover advogados que possam interpor recursos protelatórios a fim de adiar a execução da sua pena restritiva de liberdade, em que sua maioria, já se encontram até presos preventivamente.

Nessa esteira, leciona Foucault²⁵:

processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII: que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social: que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora 'quase todos da última fileira da ordem social' (...) nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas

²³Ibidem.

²⁴Ibidem.

²⁵FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 229.

e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.

Logo, se conclui que essa mutação constitucional referente ao entendimento sobre a prisão em segunda instância deve prevalecer no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de dar maior efetividade ao nosso sistema penal, e diminuir as impunidades geradas pela interposição de recursos meramente protelatórios. Desse modo, alinhamentos devem ser feitos na jurisprudência e na legislação brasileira, conforme o que foi disposto no HC nº 126.292/SP²⁶.

Sendo assim, conforme já exposto no decorrer do presente artigo, a mudança de entendimento recente do STF (não tão recente assim, afinal, houve apenas a retomada de um posicionamento já adotado por décadas pelo STF, antes do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078²⁷ em 2009) trouxe muitas polêmicas, visto que trata-se de uma posição minoritária da doutrina que foi aplicada a um caso midiático e notório, de grande relevância política.

Com isso, houve a possibilidade desse entendimento passar a fazer parte do texto legal por meio do Projeto de Lei Anticrime apresentado em fevereiro de 2019 pelo Ministro da Justiça, Sergio Moro, o qual prevê a possibilidade da prisão em segunda instância nos casos em que não há mais instrução probatória, onde já houve discussão do mérito, cabendo apenas recurso perante os tribunais superiores.

No entanto, verifica-se que há entraves para a produção do referido texto legal, em que torna-se claro que a decisão pela prisão em segunda instância gerou um efeito *backlash*²⁸ no ordenamento jurídico, o que significa uma grande reação de um determinado grupo da sociedade em razão da mudança de eventos recentes na sociedade ou na política, como no presente caso, em que a maioria da comunidade jurídica é contra o posicionamento adotado pelo STF em relação à execução provisória da pena.

Nesse sentido, vale mencionar as lições de Marmelstein²⁹ sobre como esse efeito:

²⁶BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁸PERALTA, Talita Junqueira. *Prisão em segunda instância e efeito backlash*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/TalitaJunqueiraPeralta.pdf> Acesso em: 15 set 2019.

²⁹MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. [Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.] Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%20George%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 set. 2019.

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Assim, devido a grande influência da opinião pública e da comunidade jurídica contra a prisão em segunda instância sob o pretexto de estar ferindo o texto constitucional, e o princípio da presunção de inocência, a Segunda Turma do Superior Tribunal Federal, recentemente, optou por ir contra a decisão do plenário ao decidir no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 151.430³⁰ pela impossibilidade da aplicação da prisão em segunda instância no caso concreto.

Conforme voto do Ministro Ricardo Lewandowski³¹:

II - A decisão combatida, ao invés de suficiente fundamentação, contém apenas remissão aos julgamentos do HC 126.292/SP e do ARE 964.246-RG/SP pelo Tribunal Pleno deste Supremo Tribunal como argumento para decretação do início da execução da pena imposta ao paciente, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. III - Não se afigura, pois, revestida de motivação hábil, sobretudo se contrastadas com o art. 5º, LVII e LXI, do texto constitucional, que, respectivamente, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e assegura a todos o direito de não ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Observa-se que é atribuída a essa interpretação do princípio da presunção de inocência um caráter de cláusula pétrea o qual não possui, haja vista que trata-se de um princípio o qual é passível de ponderação, como já foi explicitado, não estando incluso no rol do art. 60 §4º da Constituição Federal.

Portanto, o referido princípio constitucional está sujeito a hermenêutica jurídica e a mutação constitucional, de modo que não pode obter um status de imutabilidade por

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg no HC nº 151.430*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC151430RL.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2019.

³¹Ibidem.

conveniência da classe jurídica, quando não há nenhum entendimento, ou posição pacificada, tanto pelo legislativo quanto pelo judiciário, sobre o assunto.

Vale frisar, que tal decisão da Segunda Turma do STF não é vinculante, pois não foi julgado pelo pleno. Aguarda-se novamente a análise do plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da prisão em segunda instância em outubro de 2019, quando ocorrerá o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), números 43e 44, onde se espera dirimir definitivamente a controvérsia sobre o tema.

Infelizmente, tudo indica que o STF irá ceder ao efeito *backlash*³² e deixará de aplicar a prisão de segunda instância, ignorando o fato de que houve uma mudança na realidade fática, na percepção do Direito em si, onde as consequências dessa mudança jurisprudencial irão contribuir com a impunidade daqueles que possuem condições para pagar grandes escritórios de advocacia, os quais continuarão a encher o judiciário de recursos protelatórios, a fim de garantir o prosseguimento do sistema corrupto que assola nosso país.

CONCLUSÃO

Conforme explicitado ao longo deste artigo, o tema acerca da aplicação da prisão em segunda instância possui muitas controvérsias, tendo em vista as recentes mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal, em que ao julgar o HC nº 126.292/SP voltou ao seu posicionamento original, anterior a primeira mudança de entendimento em 2009, atribuindo a possibilidade da mitigação do princípio da presunção de inocência, a partir de uma mutação constitucional, visando a constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal.

Devido a grande repercussão social e política no julgamento do HC nº 126.292/SP, o qual trouxe a tona a discussão acerca da prisão em segunda instância e as consequências da sua aplicação, em um caso de grande notoriedade midiática pelo acusado se tratar do ex-presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva, restou verificado que deve ser feita uma análise sobre a aplicabilidade desse instituto com cautela, não cabendo ser realizada uma interpretação política ou ideológica sobre a matéria.

Assim, para evitar qualquer tipo de arbitrariedade que pudesse gerar uma real contradição em face dos preceitos constitucionais, o tema foi delimitado para tratar somente dos casos, onde deve ser realizada a mitigação do princípio da presunção de inocência nas

³² PERALTA, op. cit., nota 28.

hipóteses de recursos meramente protelatórios, visto que ocorrem muitos abusos na aplicação desse princípio, quando atribuído um caráter absoluto, o qual não possui.

Dessa forma, é imprescindível diferenciar os conceitos de regra e princípio. Ao longo deste trabalho foi ressaltado o caráter relativo deste último, e sua dimensão de peso, na qual em caso de conflito entre princípios deve ser aplicada a técnica de ponderação.

Com isso, ficou claro que nos casos de aplicação da prisão em segunda instância para fins de evitar recursos protelatórios, deve ser realizada uma ponderação entre o princípio da presunção de inocência e os princípios da duração razoável do processo e o da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Restou demonstrado também que não pode ser atribuído ao princípio da presunção de inocência um status de cláusula pétreia em relação à sua interpretação no que tange a prisão de segunda instância, visto que por se tratar justamente de um princípio, o mesmo está sujeito a diferentes interpretações e relativizações.

Sendo assim, a prisão em segunda instância deve ser aplicada para casos específicos, com a finalidade de reduzir os recursos protelatórios, onde deve ser atribuído um peso maior a necessidade de trazer uma eficácia ao nosso sistema penal que se encontra lotado de recursos interpostos nas instâncias superiores apenas com intuito de adiar a condenação de processos criminais em que não cabe mais discussão sobre o mérito.

Ressaltou-se que a maioria dos recursos interpostos nas instâncias superiores estão relacionados aos crimes cometidos pelas classes mais altas da sociedade, os crimes de colarinho branco, haja vista que, infelizmente, os economicamente hipossuficientes não possuem o mesmo acesso à justiça, ou os recursos necessários para pagar um advogado que interponha uma série de recursos protelatórios para adiar a sua condenação.

Desse modo, o princípio da presunção de inocência somente é aplicado quando convém, mantendo a impunidade para os corruptos endinheirados, enquanto os mais pobres, por muitas vezes, são presos preventivamente de forma arbitrária, sem nem ao menos terem o luxo de serem considerados inocentes no decorrer da persecução penal.

Quanto às consequências dessa mudança de entendimento do STF ao admitir a prisão em segunda instância, visando um viés mais pragmático, restou exposto que houve uma grande reação contrária a esse posicionamento, por parte da comunidade jurídica, gerando um efeito *backlash* à essa mudança de interpretação da constituição, de forma que, provavelmente, o STF irá ceder a pressão popular, mudando novamente seu entendimento.

O julgamento do HC nº 151.430 já um indicativo que o STJ irá ceder ao efeito *backlash*, portanto, ficou concluído que tal decisão além de causar uma grande insegurança

jurídica à análise do tema, causará um retrocesso na luta contra a impunidade, em que o judiciário irá ignorar as mudanças da nossa realidade fática e a necessidade de dar eficácia ao sistema penal brasileiro, em face do conservadorismo da nossa comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *Presunção de inocência: A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 281, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-Apre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF>. Acesso em: 11 mar. 2019

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1764. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2004. Disponível em: <<https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a--dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 10 mar. de 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 151.430*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://bit.ly/36jqzGH>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://bit.ly/3aynqGj>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº126.292/2016*. Relator: Teori Zavascki Disponível em: <<http://bit.ly/2GaEi86>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. [Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.] Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%2C%20George%20%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 set. 2019.

PERALTA, Talita Junqueira. *Prisão em segunda instância e efeito backlash*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/TalitaJunqueiraPeralta.pdf> Acesso em: 15 set 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.