

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

SARAH BARBOSA DO NASCIMENTO

THIAGO DE ARAÚJO DURANTE

PROFESSOR ORIENTADOR: SOLANO ANTONIUS DE SOUZA SANTOS

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM
ANÁLISE: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM 2ª
INSTÂNCIA**

Rio de Janeiro

2019

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM ANÁLISE: A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM 2ª INSTÂNCIA
THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN
ANALYSIS: THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF SECOND INSTANCE**

Sarah Barbosa do Nascimento

Graduanda em Direito pelas Faculdades São José

Thiago de Araújo Durante

Graduando em Direito pelas Faculdades São José

Solano Antonius de Souza Santos

Prof. Orientador

RESUMO

Trata este artigo a respeito dos aspectos controversos sobre a constitucionalidade da prisão em segunda instância, dando-se ênfase ao princípio da presunção da inocência, tendo sido realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico, a fim de analisar se fere os princípios constitucionais. Foi feito um relato a respeito do princípio da presunção de inocência e da prova como derivado da presunção de inocência. Logo após foi analisada a jurisprudência do STF que prevê a prisão em segunda instância, relacionando-a com a Constituição Federal e com outros dispositivos legais, bem como as correntes de legisladores que são favoráveis ou contra a prisão em segunda instância. Ao final concluiu-se que a mesma pode ser considerada inconstitucional, ferindo o texto da CF de 1988, bem como dispositivos legais.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Prisão. Segunda Instância. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This article deals with the controversial aspects of the constitutionality of the prison in second instance, emphasizing the principle of presumption of innocence, and a bibliographical research was carried out in order to analyze if it violates the constitutional principles. An account was made of the principle of presumption of innocence and of proof as derived from the presumption of innocence. Afterwards, the case law of the STF was analyzed, which provides for second-instance arrest, relating it to the Federal Constitution and other legal provisions, as well as the currents of legislators who are favorable or against arrest in the second instance. At the end it was concluded that it can be considered unconstitutional, violating the 1988 CF text, as well as legal provisions.

Keywords: Presumption of innocence. Prison. Second Instance. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

Encontra-se o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Já se encontram entendimentos de alguns poucos juízes de que a prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível estaria revogada pela mencionada norma constitucional. Mesmo que portador de maus antecedentes, o réu poderia apelar em liberdade, qualquer que fosse a pena fixada na sentença, estando revogado o art. 594 do Código de Processo Penal.

Ao se aplicar uma prisão cautelar, não se está partindo de presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora da entrega definitiva da prestação jurisdicional.

Necessário se faz conceber o fundamento da teoria da presunção da inocência, uma vez que o processo penal trata de penalizar aquele que cometeu um crime ao mesmo tempo em que evita que sejam castigadas pessoas inocentes, caso isso não ocorra, está-se atentando contra a própria presunção de inocência.

Com a Declaração de 1789 quebrou-se o ciclo de se extrair do acusado uma confissão e prova dos fatos através de tortura e prisão, deixando o processo penal de ser um instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, transformando o mesmo em instrumento de tutela da liberdade.

A nova Constituição proíbe que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo que o réu tenha que provar sua inocência, sob pena de condenação em razão de dúvida. A presunção de não culpa faz com que o Ministério Público ou querelante tenham que alegar e provar cabalmente que o réu praticou uma infração penal, ou seja, uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e reprovável.

Este artigo tem por objetivo analisar a jurisprudência do STF que admite a prisão em segunda instância com a Constituição Federal e outros dispositivos legais, a fim de comprovar se a prisão em segunda instância fere o texto constitucional.

1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência é consequência direta do princípio do devido processo penal. De acordo com Tourinho Filho (2001, p. 32):

Este princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*¹. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia.

O princípio de que há uma presunção de inocência a favor de acusados é um direito inquestionável, evidente e elementar, e sua aplicação está na base da administração da nossa legislação penal.

Para Tourinho Filho (2001), a presunção de inocência é uma conclusão estabelecida pela lei em favor do cidadão, por força que, quando levadas a julgamento após uma acusação penal, ele deve ser absolvido, a menos que seja provada a sua culpa.

Em nenhum momento o autor do fato deve sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente numa provável condenação por uma conduta considerada criminosa pelo ordenamento jurídico. Seja na Delegacia de Polícia com a instauração do TC ou na audiência conciliatória ou posteriormente. Assim, pelo teor das provas, a obrigação de demonstrar ao magistrado à existência de um fato delituoso e a autoria deverá cair sobre quem alegar a acusação, seja o Ministério Público na ação pública incondicionada ou condicionada a representação da vítima ou do querelante na ação privada (TOURINHO FILHO, 2001).

Segundo Costa (2005), a Revolução Francesa, marco de transformação de nossa história, influenciou também de forma decisiva o processo penal. Em um passado não tão longínquo imperava um processo penal de estrutura inquisitória, um tanto diverso quanto ao que temos hoje.

Nele inexistia o que conhecemos por garantias do acusado. Diversos princípios garantistas presentes na maioria dos atuais ordenamentos jurídicos não eram nem imaginados durante este período. Da mesma forma como hoje ocorre em regimes onde

¹ Devido processo da lei.

não prevalece o Estado de Direito Democrático, qualquer indício de crime, fosse por mais vago ou insignificante, era suficiente para a instauração de um processo concomitantemente à adoção de medidas preventivas em um expreso caráter retributivo. Prevalecia, na verdade, uma verdadeira presunção de culpa, onde devia o acusado provar sua inocência (COSTA, 2005).

Foi com o iluminismo que houve a transformação dos direitos de defesa do réu. Ou melhor, na realidade houve um verdadeiro surgimento dos direitos de defesa do acusado se olharmos sob a ótica dos dias atuais. Estes foram considerados inerente à pessoa humana, uma vez que a liberdade individual era valor, segundo esta corrente filosófica, fundamental e que deveria sobrepor-se aos interesses do Estado até último caso (COSTA, 2005).

Para o autor, interessava na época, limitar o *jus puniendi* do Estado através de novos instrumentos jurídicos, justamente para evitar os abusos antecedentes, sempre calcado na ideia de que o indivíduo prevalecia à coletividade e deste o porta-voz é, em princípio, o Estado. Substituiu-se, então, o favor *societate* pelo favor *rei* da mesma forma que a presunção de culpa perdeu lugar para a presunção de inocência.

Ergueu-se, desta forma, toda uma estrutura de processo penal de base acusatória sob o espírito da Ilustração (de Montesquieu e Voltaire, e sobretudo de Rousseau e Beccaria). Há ainda quem defenda que tal estrutura está fundada sob a luz da ideologia liberal. Mas é entendimento pacífico de que a consolidação definitiva foi na Revolução Francesa (COSTA, 2005).

A presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois através dela o acusado passa a ser sujeito de direitos dentro da relação processual. Este princípio está na Constituição da República Federativa do Brasil (CF) de 1988 que diz no seu art. 5º, inciso LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (MORAES, 2000, p. 34).

Observe-se que o art. 5º não diz expressamente "presunção de inocência" e parece ter-se inspirado no direito constitucional italiano que diz no seu art. 27: "O imputado não é considerado culpado senão depois de condenação definitiva".

É importante conceber o fundamento filosófico da teoria da presunção da inocência. O processo penal existe para castigar o delinquente, por um lado, e também

para evitar que sejam castigados os inocentes. Na verdade, ao longo de todo o processo penal, qualquer desrespeito a uma destas regras é um ataque dirigido contra a própria presunção de inocência (MORAES, 2000).

Segundo Fonseca (2001, p. 23):

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.

Esta presunção de inocência não é tão absoluta nos casos de confissão sem tortura e em flagrante delito. O art 5º, inc. LVII, que veio do período fascista da Itália só poderia privilegiar a repressão da delinquência em detrimento da liberdade individual. Felizmente, após a Segunda Guerra, com a derrota tanto do Nazismo quanto do Fascismo, prepondera a interpretação que se não é considerado culpado, se é considerado inocente. Ou seja, vigora, hoje em dia, a presunção de inocência. Na verdade, em nossa constituição, art 1º, III, afirma a dignidade da pessoa humana, o seu art. 5º que exige prisão fundamentada é evidente que parte do pressuposto de que a liberdade individual vem em primeiro lugar e só permitindo, em casos excepcionais, a privação ou restrição dessa liberdade. Em síntese, cuida-se de uma presunção *iuris tantum*, isto é, admite prova em sentido contrário (MORAES, 2000).

Como consequência da inclusão deste princípio na constituição é a aplicação imediata do preceito, a vinculação de todos (poderes públicos e particulares) que lhe devem obediência estrita, acesso à jurisdição sempre que algum direito fundamental não é observado, conta o penalizado com a alternativa de buscar a tutela judicial desse direito e finalmente, o controle de constitucionalidade das leis que exige o reconhecimento da primazia das normas constitucionais (MORAES, 2000).

A partir deste princípio surgem outros de extrema importância: o direito à ampla defesa, o direito de recorrer em liberdade, o duplo grau de jurisdição, o contraditório, e outros. A importância destes princípios é muito importante para a democracia, pois o réu mantém a sua integridade, sendo-lhe assegurado o devido processo legal e são menores os riscos de uma decisão atropelada do juiz. (MORAES, 2000).

A primeira e importante regra que deriva do princípio da presunção de inocência relaciona-se com o campo das provas. A utilização do conceito de prova em relação à culpabilidade deve ser entendida como uma forma abreviada de se referir à prova de todos e cada um dos fatos que integram o tipo penal e à participação nos mesmos do acusado (GOMES, 2001). Ou seja, os objetos de prova são os fatos, seus vínculos com o acusado e não a culpabilidade do acusado.

Quando se diz que à acusação compete a prova dos fatos, isso significa inclusive em demonstrar se o fato é doloso ou culposos.

Além de regra probatória, a presunção de inocência significa também regra de tratamento. Entre estas, pode-se citar: ônus da prova pelo acusador, necessidade de comprovar os fatos imputados, essa comprovação deve ser feita legalmente conforme o devido processo legal e a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (direito de silêncio) (GOMES, 2001).

A presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares, como a prisão preventiva, sejam utilizadas como castigo, isto é, muito além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual ou para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena. A ideia da presunção serve para impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofra restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo as garantias da plena defesa (GOMES, 2001).

Como confirmação da constitucionalidade da prisão provisória, o Superior Tribunal de Justiça expediu a súmula nº. 9: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência" (MARTINELLI, 2001, p. 5).

Viola-se esse aspecto da presunção de inocência quando se prevê prisão automática (art. 594 do CPP, por exemplo). Em virtude da regra que proíbe o acusado de ser tratado como culpado, nossa jurisprudência vem reconhecendo que meros inquéritos policiais ou mesmo ação penal em curso não podem ser levados em

consideração como antecedentes criminais no momento da aplicação da pena (GOMES, 2001).

Observe-se que não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito. A colheita das provas deve seguir estritamente o *due process of law*. É, na verdade, a atividade pública cercada de garantias. Viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando na atividade acusatória ou probatória não se observa estritamente o ordenamento jurídico. É o que ocorre hoje com as chamadas denúncias genéricas, gravações telefônicas (GOMES, 2001).

A presunção de inocência representa um limite frente ao legislador. Em virtude disso, serão nulos os preceitos penais que estabeleçam a responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade.

Um dos aspectos mais próximos do povo e que envolve a presunção de inocência é a forma como a imprensa sensacionalista utiliza-se de seu poder ao noticiar os crimes. De acordo com as garantias constitucionais, o imputado deveria ser preservado de qualquer tipo de constrangimento, evitando que sua imagem seja divulgada durante o processo que incorre contra ele (MORAES, 2000).

Outro ponto a destacar é o direito à ampla defesa que significa: ter conhecimento claro da imputação; poder apresentar alegações contra a acusação; poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; ter defesa técnica por advogado, cuja função é essencial à administração da justiça; e poder recorrer de decisão desfavorável (MORAES, 2000).

No caso de pessoas menos favorecidas economicamente, o Estado coloca à disposição de quem necessita a defensoria pública.

Muitos diplomas internacionais sustentam o princípio da presunção de inocência, entre eles pode-se citar: o art. 9º. Da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o art. 11. Da Organização das Nações Unidas (ONU) que dispõe "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa", na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que diz: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se

presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (MORAES, 2000, p. 52).

Por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entrou em vigor no Brasil em 9 de novembro de 1992, data da sua publicação (Decreto Legislativo 27). Ora, se a norma internacional constitui mera repetição ou explicitação de uma norma constitucional, em relação ao princípio da presunção de inocência, possui "status" constitucional e acha-se amparado pela cláusula pétrea prevista no art. 60 da CF (MORAES, 2000).

Acredita-se que a origem histórica da presunção da inocência tenha ocorrido na Inglaterra durante a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII.

A democracia, apesar de suas falhas, ainda é o melhor sistema a ser adotado por uma nação. Pois há possibilidade, às vezes pequena, de oportunidades iguais, liberdades individuais e condições para o exercício da cidadania.

A liberdade é um dos mais poderosos bens que o homem carrega consigo. No entanto, o Estado pode interferir no comportamento humano visando a preservação da liberdade de todos, dentro de uma organização social (MORAES, 2000).

Conforme art. 312 do CPP:

Para a decretação da prisão preventiva haverão de coexistir os seus pressupostos (prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria), cumulados com um ou mais dos seguintes requisitos: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Pode-se concluir que o instituto da presunção de inocência trata-se de uma prerrogativa constitucional ao acusado de não ser tido como culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado, evitando assim, qualquer consequência que a lei prevê como sanção punitiva antes da decisão final.

1.1 Surgimento

Segundo Capez (2013), o princípio da Presunção de Inocência apresenta-se pela primeira vez na Carta Magna de 1215, que estabelecia que ninguém poderia ser preso nem tampouco sofrer qualquer procedimento outro enquanto não julgado por seus pares e em harmonia com a lei inglesa em vigor.

Logo após, apareceu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa, foi reiterado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XI), no século XX. Posteriormente, o Pacto de San José da Costa Rica, firmado em 1969, do qual o Brasil é signatário, também perpetrou o tal princípio (CAPEZ, 2013).

No entanto, na legislação nacional, apenas a Constituição de 1988 em seu art. 5º., inciso LVII, o positivou: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Quanto a origem da máxima *in dubio pro reo*², vislumbrada desde o direito romano, juntamente com o princípio da presunção de inocência, regra tradicional no sistema da *common law*, se insere entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII. No Brasil, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, não há dúvida que o *in dubio pro reo* é o núcleo do princípio da presunção de inocência (CAPEZ, 2013).

Tal princípio é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois é em razão dele que um cidadão, acusado em processo crime, assume a posição de sujeito de direito na relação processual (CAPEZ, 2013).

2 A PROVA COMO DERIVADO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para Gomes (2001, p. 76):

A aplicação mais comumente defendida pela doutrina da norma em questão dá-se no campo probatório. Nessa primeira formulação, o réu ser presumido inocente significa, por um lado, que o ônus de provar a veracidade dos fatos que lhes são imputados é da parte autora na ação penal, e, por outro lado, que se permanecer no espírito do juiz alguma dúvida, após a apreciação das provas produzidas, deve a querela ser decidida a favor do réu.

² Na dúvida para o réu.

Ainda segundo o autor, não é dever do acusado provar que é inocente, mas sim do acusador. Diante disso, o acusado será considerado inocente até que sua sentença condenatória seja transitada em julgado (GOMES, 2001).

Assim sendo, o acusado não é obrigado a dar sua colaboração para que os fatos sejam apurados, caso contrário, estaria violando a cláusula do devido processo legal que aduz a respeito do acusado não ter obrigação de produzir provas contra si mesmo (BRASIL, 1988).

É a própria Constituição Federal que dá ao acusado o direito de permanecer calado e de acordo com Gomes (2001, p. 18):

Uma exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente, como ainda prevêm certas disposições de lei ordinária (artigos 186 e 198 do CPP).

Gomes (2001) chama atenção para o limite de prazos razoáveis a fim de que o réu seja investigado pelo Poder Público, sem que isso seja feito infinitamente, e se porventura os prazos não forem respeitados enquanto o investigado estiver preso, o mesmo deverá ser posto em liberdade.

Com relação à coleta de provas, as mesmas devem ser lícitas, não se admitindo de forma alguma provas que culpem o investigado, conseguidas através de meios criminosos ou ilícitos, como forjar provas, a fim de que o suspeito seja incriminado (GOMES, 2001).

2.1 Regra probatória

Em consonância com a presunção de inocência encontra-se o princípio do *in dubio pro reo*, o qual aduz que “após o devido processo legal, é a prova colhida na instrução criminal, insuficiente para a formação plena da culpabilidade do acusado”. Assim sendo, o acusado deverá ser inocentado, por meio de sentença que faça cessar

qualquer equívoco a respeito do estado de inocência do acusado no que diz respeito ao fato investigado (GOMES, 2001).

As presunções importam na dispensa do referido encargo de quem as tem e a seu favor. Assim, incumbindo ao acusador a demonstração da culpabilidade do acusado, qualquer dúvida sobre os fatos arguidos deve levar à absolvição; neste ponto, o princípio examinado confunde-se com a máxima *in dubio pro reo*. (GOMES, 2001, p. 25).

O réu é considerado inocente enquanto sua condenação definitiva não ocorrer.

2.2 Prisão cautelar

A prisão provisória é proposta durante o processo e anteriormente ao trânsito em julgado da decisão condenatória, sendo a mesma “uma medida cautelar pessoal detentiva, de caráter excepcional, que só se justifica como um meio indispensável para assegurar a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, presentes que estejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*”. (JARDIM, 2013, p. 76).

Para que o juiz ordene a prisão, o mesmo deverá basear-se na cautela, onde deverá justificar a necessidade da mesma vinculando-a a algum motivo que encontre-se fundamentado na legislação (JARDIM, 2013).

Ninguém pode ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito senão depois de ter sido julgado como tal pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa. O princípio constitucional da não-culpabilidade tutela a liberdade individual, afastando presunções contrárias ao imputado. Dessa forma, a prisão cautelar, instrumento de restrição da liberdade, rege-se pelo princípio da necessidade, somente devendo ser decretada quando, em face dos elementos de prova contido dos autos, revele-se extreme de dúvidas a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora.

Não bastam, como fundamentos da sua decretação, a gravidade do crime, ou o seu *modus operandi*. Não a fundamentam também a referência às palavras da lei, quando enumera os seus requisitos. A prisão cautelar (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) não deve, em princípio, ser decretada unicamente em virtude da magnitude da lesão.

A legitimidade constitucional das normas que disciplinam as prisões cautelares em nossa ordem jurídica deriva de regra inscrita na própria Constituição Federal, que admite, não obstante a excepcionalidade de que se reveste, o instituto da tutela cautelar penal (art. 5º, LXI). A ideia que aqui se apresenta, em consonância com entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, é no sentido de qualquer das modalidades de prisão cautelar exigir, para que seja legitimamente aceita, a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni juris* (JARDIM, 2013).

A prisão cautelar é toda e qualquer medida privativa de liberdade de natureza penal aplicada e cumprida antes e independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória. Ou no dizer de Tourinho Filho (2013, p. 65) “é aquela prisão anterior à condenação”.

Cardoso (2015, p. 8) adverte que em tema de prisão e liberdade provisória é “absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos pertinentes a matéria, para o fim de seu realinhamento com o sistema de garantias individuais previsto na constituição republicana de 1988.”

Com efeito, o sistema prisional previsto no Código de Processo Penal foi elaborado a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade. Tal sistema deve ser revisto, adequando-se aos princípios inseridos na CF/88. A presunção de inocência e o princípio da não-culpabilidade impõem a necessidade de fundamentação para toda e qualquer privação de liberdade.

A prisão cautelar rege-se pelo princípio da necessidade, pois viola o estado de liberdade de uma pessoa que ainda não foi julgada e que tem a seu favor a presunção constitucional de inocência, somente devendo ser decretada quando, em face do material informativo dos autos, revele-se imprescindível para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a futura aplicação da lei penal, tudo a ser indicado no respectivo decreto, a partir do comportamento do acusado (JARDIM, 2013, p. 52).

Não bastam, como fundamentos da sua decretação, a gravidade do crime, ou o seu *modus operandi*, circunstâncias que somente devem ser avaliadas conclusivamente na fixação da pena, em caso de condenação. Não a fundamentam também a referência às palavras da lei, quando enumera os seus requisitos (art. 312 -

CPP) ou a visão e os temores subjetivos do magistrado de que o acusado voltará a cometer novos crimes, ou que a sua liberdade depõe contra a eficiência do aparelho judiciário.

Já decidiu o STJ que:

A prisão por pronúncia é espécie do gênero cautelar, cabível apenas por necessidade e conveniência instrumental, se presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. O caráter hediondo do delito, ainda sub judice, não é bastante para coarctar, antecipadamente, a liberdade do réu, sob pena de prévio juízo de condenação e malferimento à presunção constitucional de não culpabilidade. Anotações em ficha de antecedentes, relativas a condenação por delito de pequeno potencial ofensivo, ainda não transitada em julgado, não autorizam, por si só, a prisão cautelar.

Diante disso, a prisão preventiva não deve, em princípio, ser decretada unicamente em virtude da magnitude da lesão, dissociada do sentido usual de cautelaridade das prisões provisórias, sob pena de transformar-se numa antecipação dos efeitos da condenação, em maltrato ao princípio constitucional da presunção de inocência (BRASIL, 1988).

Para alguns, o fator imprescindível encontrado nas cautelares penais não é o tempo que corre contra um Direito que supostamente existe e o conseqüente perigo da demora que tornaria ineficaz a medida ao final, como ocorre na tutela civil, mas a probabilidade de fuga ou a periculosidade da liberdade do réu é que conta. Para os defensores dessa tese, é o *periculum libertatis* que se finda como pressuposto da cautelar penal, uma vez que solto, poderá o réu se eximir da aplicação da sanção penal, obstruir a instrução do processo ou ainda macular a manutenção da ordem pública e econômica. Nas palavras de Gomes (2001, p. 76), “na fundamentação das decisões sobre prisão cautelar é indispensável, quanto ao *fumus commissi delicti*: [...] No que toca ao *periculum libertatis*.”

No mesmo sentido, Grinover (2004, p. 55) defende que:

[...] se a lei se contenta com mero juízo de probabilidade relativamente ao *fumus boni iuris*, o mesmo não pode ser afirmado quanto ao *periculum libertatis*, que deve obrigatoriamente resultar de uma avaliação mais aprofundada sobre as circunstâncias que indicam a necessidade de uma medida excepcional.

A legitimidade jurídico-constitucional das normas legais que disciplinam as prisões cautelares em nosso sistema normativo deriva de regra inscrita na própria Carta

Federal, que admite, não obstante a excepcionalidade de que se reveste, o instituto da tutela cautelar penal (BRASIL, 1988).

É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão, qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia), não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

A ideia que aqui se apresenta, em consonância com decisão do STF, é no sentido de qualquer das modalidades de prisão cautelar exige, para que seja legitimamente aceita, a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*. Não basta, como vinham entendendo os Tribunais, indicações imprecisas acerca da periculosidade do acusado. Argumentos no sentido de que a prisão provisória constitui efeito jurídico-processual que decorre, ordinariamente, da sentença de pronúncia e que a concessão de liberdade provisória ao réu pronunciado traduz mera faculdade legal reconhecida ao juiz (BRASIL, 1941), não se coadunam com a ordem constitucional inaugurada pela CF/88.

Destaque-se que até pouco tempo atrás, era dominante na jurisprudência dos tribunais e na doutrina, que, uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de meros indícios de autoria, e desde que concretamente ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal, tornava-se legítima a decretação, pelo Poder Judiciário, da prisão preventiva.

Registre-se, ainda, que para os defensores dessa corrente, a mera condição de primariedade do paciente não pré-exclui, só por si, a possibilidade de decretação da medida cautelar constritiva da liberdade individual (JARDIM, 2013).

No sentido do texto, vale destacar decisão proferida pelo STJ no julgamento do RHC 14803. Para o Superior Tribunal:

[...] não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, ou no acórdão que a confirmou, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes. Condições pessoais favoráveis do paciente - como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, etc. - não são garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, se a manutenção da custódia é recomendada por outros

elementos dos autos. O simples fato de se tratar de réu foragido pode obstar a pretendia revogação da prisão processual.

De acordo com Jardim (2013), para eles, a circunstância do denunciado possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não elidem eventual prisão cautelar. O autor destaca que os fundamentos que autorizam a prisão preventiva, garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312), não são neutralizados pela só existência daqueles fatores de ordem pessoal, notadamente quando a decisão que ordena a privação cautelar da liberdade individual encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que se ajustam aos pressupostos abstratos definidos em sede legal e que demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito poderá frustrar a consecução daqueles objetivos.

Greco Filho (1995) defende que a intensa repercussão social do evento delituoso (clamor público), a privilegiada condição sócio-econômica do acusado, cuja soltura causaria imediato descrédito ao Poder Judiciário, a evasão do distrito da culpa, logo após a prática do delito e a probabilidade de o réu atemorizar, pressionar e constranger testemunhas, além de poder frustrar a regular instrução do processo penal são suficientes para a manutenção da prisão acautelatória.

Nesse sentido já decidiu o STJ, que “os motivos da prisão cautelar se mostram adequados aos interesses do processo quando a garantia da ordem pública e a correta aplicação da lei penal extraem-se dos enormes atropelos causados pelo crime à comunidade.”

Entretanto, tal entendimento não se mostra consentâneo à ordem constitucional vigente. Tendo o acusado logrado demonstrar que é primário, possui bons antecedentes, reside no distrito da culpa e tem profissão definida, nessas circunstâncias, ainda que o delito tenha implicado grave lesão ao bem jurídico protegido no tipo, não é de ser decretada a custódia cautelar.

A prisão preventiva não deve, em princípio, ser decretada unicamente em virtude da magnitude da lesão, dissociada do sentido usual de cautelaridade das prisões provisórias, sob pena de transformar-se numa antecipação dos efeitos da condenação,

em maltrato ao princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido há decisão proferida pela Quinta Turma do STJ, na qual se assentou, verbis:

[...] Os fundamentos apresentados na decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, posteriormente ratificados na pronúncia, revelam que não houve uma situação concreta a justificar a segregação cautelar do réu, pois se referem apenas a considerações genéricas que, em princípio, não indicam a adequação do caso em tela com as hipóteses do art. 312 do CPP. A prisão preventiva exige fundamentação concreta e vinculada. A mera repetição do texto legal ou a formulação de observações genéricas não preenchem a exigência legal (BRASIL, 1941).

Sendo o paciente primário, com bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não há como inferir, com certeza, que exporá a risco a ordem pública praticando outros crimes. A cognição do juiz criminal é de ser informada pelo princípio constitucional da presunção de inocência, e não por conjecturas sobre eventual culpabilidade do acusado.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Segundo Rosa (2018), a prisão em segunda instância fere o princípio constitucional da presunção de inocência, muito embora o STF tenha, em entendimento recente, aderido a esta possibilidade, alegando que se condenado em segunda instância a prisão torna-se possível.

Recentemente o STF criou uma jurisprudência, a qual admite manter a possibilidade de execução de penas, como prisão, antes de se esgotarem todos os recursos após a condenação pela justiça de segundo grau, sendo que no entendimento anterior o cumprimento da pena se daria após o trânsito em julgado da condenação (ROSA, 2018).

Tourinho Filho (2010, p. 75) considera que:

Esse princípio nada mais representa que o coroamento do DUE PROCESS OF LAW...Contudo a expressão presunção de inocência não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente – caso contrário ninguém poderia ser processado -, mas no sentido em que foi concebida na Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente.

Além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, outros documentos afirmam o mesmo, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU em 1948, que em seu art. 11.1 dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Outros documentos corroboram com esta assertiva, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6.2; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em seu art. 14.2 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 8º (ROSA, 2018).

No ano de 2016 o STF firmou a jurisprudência passando a admitir execução da pena após a confirmação da sentença condenatória por um Tribunal, o que vinham sendo mantida até 7 de novembro de 2019, onde STF muda o seu posicionamento na reanálise sobre o tema, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44, 54 decidindo contra a prisão após a condenação em 2ª instância, ratificando que o cumprimento da pena da pessoa do condenado será só após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia permite que o cidadão tenha direitos e oportunidades iguais, bem como leve uma vida digna, sendo este o melhor sistema que pode ser adotado por uma nação. Porém, sua construção requer a observância dos direitos fundamentais constitucionais.

Tais direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, tem por objetivo resguardar o ser humano, no entanto, muitas vezes o mesmo não é seguido. É preciso que o Estado, efetivamente, garanta a todos os cidadãos meios de subsistência e trate as pessoas de forma igualitária, obedecendo aos preceitos legais.

Caso ocorram falhas e dependendo do bem jurídico atingido pelo erro, aquele que a causar poderá ou não sofrer penas estabelecidas pelo Estado, representado pelo Poder Judiciário.

No entanto, antes da aplicação de qualquer pena, deverá haver uma minuciosa averiguação dos fatos, a fim de se comprovar ou não o delito, atentando-se para os elementos que compõem um delito, sejam objetivos, sejam subjetivos, respeitando o devido processo legal, conforme estabelece o artigo 5º, LIV da CRFB/88.

Para a lei, todos são inocentes até que se prove o contrário, ou até que a eventual condenação seja transitada em julgado. Durante todo esse período, o averiguado tem todos os seus direitos e garantias fundamentais tutelados por lei, dando ao acusado direito ao contraditório e ampla defesa, observando o artigo 5º, LV da CRFB/88. Todo o processo tem que caminhar dentro do *due process of law* e, mesmo após trânsito em julgado, o condenado somente será apenado dentro do que a lei prevê, observando o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II da CRFB/88.

Ao cumprir a pena, o condenado deve ter preservada sua condição humana, perdendo apenas alguns direitos que o impeçam de se locomover, direitos de exercer sua cidadania, ao seu patrimônio, mas nunca perderá o direito à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da RFB, que adota o Estado Democrático de Direito, conforme o texto expresso no artigo 1º, III da CRFB/88.

Assim sendo, a presunção de inocência faz parte legítima da democracia, concluindo-se que todos são iguais perante a lei, não devendo haver dúvida até que o réu seja condenado.

No decorrer do processo falhas podem ocorrer, assim sendo, deverá haver cautela, o benefício ao réu deve ser dado em caso de dúvidas, devendo-se obedecer ao princípio básico do Direito, o qual aduz que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente.

Todos têm direito à ampla defesa, devendo ser dada à mesma todos os recursos jurídicos disponíveis, a fim de que comprove sua inocência, podendo desta forma se defender. O Estado deve garantir a preservação da liberdade de todos em primeiro lugar, porém deverá intervir quando necessário.

No que diz respeito à prisão em segunda instância e a presunção de inocência, há uma corrente que é favorável à prisão em segunda instância, no entanto, há outra corrente contrária, alegando que a Constituição Federal é clara ao afirmar que somente após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória afastará a presunção de inocência.

Sendo assim, a decisão recente do STF sobre o tema, em não mais autorizar a prisão em segunda instância confirma os direitos fundamentais do acusado, este então, poderá responder ao processo em liberdade até o julgamento do último recurso, deixando claro a inconstitucionalidade da jurisprudência adotada anteriormente, mas no entanto, a mesma foi melhor analisada e decidida em harmonia com ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689/1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 2848/1940**. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARDOSO, R. B. **A prisão cautelar criminal na nova ordem constitucional de 1988**. Disponível em: <www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/prisaocautelar.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

COSTA, J. F. **Formas de crime**. Petrópolis: Vozes, 2005.

FONSECA, A. A. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infra-constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, A. M. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO FILHO, V. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, A. P. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JARDIM, A. S. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINELLI, M. L. **Serviço social: identidade e alienação**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.