

JUSTIÇA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

JUSTICE AND IMPRISONMENT IN SECOND INSTANCE

Brendon Passamani Alvarenga¹

Faculdade Estácio de Vila Velha – FESVV, Vila Velha/ES - Brasil

Ronaldo Figueiredo Filho²

Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro/RJ - Brasil

Resumo

O Trânsito em Julgado da Sentença condenatória no Processo Penal é muito discutida. A suprema Corte em um lastro pequeno do tempo mudou seu posicionamento sobre a matéria muitas vezes. O poder judiciário brasileiro de fato é um pilar essencial para a democracia, porém com suas mudanças de jurisprudência vem infelizmente trazendo um ar de insegurança jurídica e muitas das vezes uma certa impunidade. A essência do trabalho científico é verificar a real necessidade da antecipação da aplicabilidade do trânsito em julgado e a medida tomada pelo Poder Legislativo na busca da justiça e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Prisão em Segunda Instância; Princípio da Presunção de Inocência; Princípio da não Culpabilidade; Excesso Recursos.

Abstract

The Traffic in Judgment of the Sentencing in Criminal Procedure is much discussed. The Supreme Court in a small ballast of time has changed its position on the matter many times. The Brazilian judiciary is indeed an essential pillar of democracy, but with its changes in jurisprudence it has unfortunately brought an air of legal insecurity and often a certain impunity. The essence of scientific work is to verify the real need for anticipation of the applicability of the transit in trial and the measure taken by the Legislative Branch in the search for justice and legal security.

Keywords: Prison in Second Instance; Principle of Presumption of Innocence; Principle of Non-Custody; Excess Appeals.

1 INTRODUÇÃO

O atual contexto do país, em todos os seus aspectos, especialmente o político, demonstra a necessidade de medidas capazes de combater a corrupção e fixar o chamado “jus puniendi”, pelo Estado.

¹ Acadêmico de Direito.

² Mestre em Direito na linha de pesquisa Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC; Especialista em Direito Público pela Gama Filho e Especialista em penal e processo penal. E-mail: figueiredobrito@live.com

O Brasil tem seu Código de Processo Penal não muito moderno, publicado em 1941, não guardando relação com a realidade atual do país e seu ordenamento jurídico. Por tal razão a Suprema Corte brasileira, na sua prestação jurisdicional, vem tomando um papel de protagonista, confrontando casos complexos trazidos pela sociedade que necessita desse guardião.

Há pouco tempo, o Supremo Tribunal Federal (STF) reviu a possibilidade da execução da penal após a condenação em segundo grau de jurisdição, mudando seu posicionamento mais uma vez, proibindo tal prisão, gerando a retroatividade jurisprudencial, trazendo novamente a insegurança jurídica sobre o tema, indo de encontro com o papel constitucional que deveria exercer.

Com a modificação do entendimento, passa-se a balancear o princípio da presunção de inocência com a existência real da função jurisdicional penal. Sucede que uma grande parcela da comunidade jurídica do Brasil, bem como a sociedade em geral, se modifica ao longo dos anos, suplicando por uma efetiva punição estatal para o agente infrator, não gerando aquele “ar” de impunidade que se vive.

O presente trabalho, não tem como finalidade responder qual seria a melhor postura jurídica para o Brasil, mas demonstrar um lado para tentar resolver esse desconforto jurídico que se passa. Portanto, é uma reflexão sobre a necessidade da consolidação constitucional e infraconstitucional de um dispositivo legal, para gerar segurança jurídica para toda sociedade, fixando ou não a necessidade da prisão em segundo grau de jurisdição.

2 MODIFICAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS AO LONGO DO TEMPO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 BREVE HISTÓRICO

Há muito se fala sobre a Prisão em Segunda Instância, mais precisamente desde 3 de outubro de 1941, com a vinda do decreto-Lei 3.698 (BRASIL 1941).

Com advento da Constituição Cidadã de 1988, pós revolução militar, fora

editada a súmula N° 9 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³, para pacificar tal entendimento, pois de um lado o Código de Processo Penal (BRASIL,1941) fala da antecipação da culpabilidade e do outro, o nascimento da Constituição de 1988, que trouxe o Art.5° inciso LVII⁴, tornando assim possível a prisão da pessoa antes de todos os recursos, sem ferir o princípio da presunção de inocência.

O Supremo Tribunal Federal em 2009, por 7 votos a 4, mudou o posicionamento, com o advento do *Habeas Corpus 84.078*⁵. Na Relatoria do Ministro Eros Grau⁶, a antecipação do cumprimento da pena sem que se esgote todos os graus de recurso, vai de encontro com o princípio da presunção da não culpabilidade. A respeitosa decisão prolatada no *HC 84078* estabeleceu o direito do condenado em segunda instância de recorrer em liberdade.

Logo depois, em 2016, com julgamento de outro *HC 126.292.*, a jurisprudência da Suprema Corte veio a ser modificada mais uma vez, a contenda era pelo fato do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) denegar provimento de recurso, determinando a execução imediata da pena. Conforme o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso⁷ a antecipação da execução da pena não viola o princípio da

³ BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Súmula n° 09. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. In súmulas. Terceira Turma. DJ 12/09/1990, p.9278.

⁴ Art. 5° - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas corpus. **Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" habeas corpus 84.078-7 Minas Gerais**, Tribunal Pleno. Brasília, 05 fev. 2009. "EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas corpus. **Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" habeas corpus 84.078-7 Minas Gerais**, Tribunal Pleno. p 1221. Brasília 05 fev. 2009. Por tais motivos, firme no entendimento de que a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o art. 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, defiro a ordem de habeas corpus.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas corpus*. Processo Penal. **Embargos de Declaração "HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO"**, Tribunal Pleno. p 28. Brasília 17 fev. 2016. Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com revogação da liminar concedida, bem como para fixar a seguinte tese de julgamento: "A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade".

presunção de inocência.

2.2 RETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Por fim, em 2019 a República do Brasil passava por uma grande instabilidade institucional, com o avanço da “Operação Lava Jato”, muito se discutia em sede de *Habeas Corpus* a inconstitucionalidade do entendimento do STF em 2016 no *HC 126.292*.

Foram então propostas três medidas cautelares ADCs 43, 44 e 54, na oportunidade foram julgadas em conjunto no plenário do Supremo Tribunal Federal, pela relatoria do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio. Portanto, o plenário decidiu⁸ pela constitucionalidade do art. 283 do CPP (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nas palavras dos doutrinadores Leopoldo Gomes Moreira e Oilson Nunes dos Santos Hoffmann Schmitt⁹ a Suprema Corte restabeleceu a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente.

Conclui-se que a jurisprudência da Suprema Corte tomou novos rumos e consolidou o Art. 283 do Código de Processo Penal como constitucional, retroagindo mais uma vez a jurisprudência da Corte.

No ordenamento jurídico brasileiro, fica claro que muitas decisões ao longo dos anos são modificadas, graças aos avanços técnicos e da sociedade em comum, sendo evidente a retroatividade jurisprudencial. Doutor Rogério Greco¹⁰

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 54 e 44.** RELATOR Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília 07 nov. 2019. Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.

⁹ MOREIRA G. L.; SCHMITT H. S. N. **Julgamento das ADCs43,44e54 pelo STF e a PEC/19 a cerca da possibilidade da prisão em 2º instância**, março 2020.

¹⁰ Pode a posição de nossos tribunais, principalmente os superiores, modificar-se com o passar dos anos. Essa modificação pode ocorrer tanto em prejuízo como em benefício do agente que praticou determinada infração penal. Se houver modificação para pior, a situação anteriormente definida com base na posição mais benéfica, agora modificada, deverá ser mantida. Por outro lado, se houver modificação benéfica, isto é, quando o Tribunal se posicionava de determinada forma e, agora, afastando-se do pensamento anterior, o modifica em benefício do agente, tal pensamento deverá retroagir, aplicando-se aos casos anteriormente julgados. Rogério Greco (Código Penal Comentado: Rio de Janeiro, Impetus, 2011, p. 38-39)

nos ensina que a posição jurisprudencial com o passar dos anos pode sofrer mudanças, porém se houver modificação benéfica para o agente, deverá retroagir para beneficiar o mesmo.

Greco relata em sua obra, que a retroatividade jurisprudencial é totalmente possível, porém quando for para prejudicar o agente infrator não retroagirá, respeitando o princípio da legalidade penal.

Matheus Falivene¹¹, no seu artigo de opinião, informa que a tradição jurisprudencial é quebrada com a introdução de novo modelo-tipo, para uma evolução sistemática do ordenamento, reafirmando a aplicabilidade da retroatividade jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro. Pois, como se trata de divergência de direito, sempre haverá entendimentos diferentes, cabendo à cada ministro da Suprema Corte interpretar conforme sua concepção.

Divergência entre doutrinadores, ministros, juízes e tantos outros é muito comum e saudável, para que isso realmente fortaleça nossa democracia.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO CULPABILIDADE

É notoriamente sabido que tais princípios expostos são previstos na Carta Magna de 1988, art. 5º, inciso LVII¹². Muito se discute a nomenclatura dos termos (inocência e não culpabilidade), contudo a doutrina moderna vem pacificando tal significado. Vale enfatizar que a presunção de inocência não é uma conquista brasileira, mas sim da humanidade.

3.1 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA MAJORITÁRIA

Entretanto “Há doutrinadores que repudiam o termo presunção, pois a Constituição da República não expressou esse princípio de forma a considerar o

¹¹ Isso não significa que a jurisprudência deve ser imutável. Normalmente, a jurisprudência segue determinada linha, porém, em algumas hipóteses, esta “tradição jurisprudencial” é rompida através da introdução de um novo modelo-tipo. São nestas hipóteses que a aplicação do princípio da legalidade se mostra mais relevante, pois garante ao destinatário da norma que eventual mudança abrupta no curso da jurisprudência não poderá prejudicá-lo. FALIVENE, Matheus. A retroatividade da jurisprudência mais benéfica no Direito Penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2019.

¹² Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

réu ou investigado com uma inocência presumida” (PILONI, 2013)¹³.

Nos ditames do Professor Paulo Rangel¹⁴, a terminologia da presunção de inocência não foi adotada, pois a constituição *declara* que o réu é inocente até o trânsito em julgado da sentença. Deste modo, a distinção não faz com que o direito adquirido pelo agente, dado pela constituição de 1988, fique pormenorizado.

O Estimado Ministro Marco Aurélio¹⁵ reafirma que, as distinções não merecem prosperar, pois tem que se analisar a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade. O Estado deve fornecer para o agente um julgamento justo e com garantias processuais penais e constitucionais com embasamento no ordenamento jurídico.

No artigo 5º, inciso LXI da CRFB/88¹⁶, há clara evidência, no momento em que o juiz proclama sua decisão, respeitando os ditames legais “por ordem fundamentada de autoridade judicial competente”, visto que o art. 93, inciso IX da CRFB/88¹⁷, também é respeitado.

Logo após uma breve explanação da necessidade de respeitar o devido processo legal, não importando a nomenclatura que se dará, o professor Gustavo

¹³ PILONI, Caroline de Paula Oliveira. Princípio da não-culpabilidade: aspectos teóricos e práticos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3751, 8 out. 2013.

¹⁴ (...) não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal. 26. Ed. rev. e atual** – São Paulo: Atlas 2018.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 43**. Relator min. Marco Aurélio, tribunal Pleno. Brasília 17 out. 2019. Também não merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito.

¹⁶ Art. 5º - LXI - ninguém será 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;

¹⁷ Art. 93. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Henrique Badaró¹⁸, leciona que a procura de tentar distinguir essas variações é inútil no processo penal, uma defesa exclusiva para o direito social e inadmissível no Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar que princípio não descreve condutas, mas fornece um norte para os estados ideais a serem alcançados. Não proibindo ou permitindo, mas abre uma evolução social.

3.2 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A exigência para decretação de prisão é a ordem fundamentada de autoridade competente, vide art. 5 inciso LXI da constituição federal¹⁹. Ministro Luiz Roberto Barroso, no seu voto²⁰, diz que é por ordem fundamentada do juiz que se determina a prisão, não o findo dos recursos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11º - 1.²¹ informa que o agente será considerado inocente, até que sua culpabilidade fique comprovada, mas em nenhum momento nos informa que não poderá ser preso.

A vinculação do trânsito e em julgado para efetividade da prisão com a presunção de inocência é incabível, tanto que o agente imputado contra ele uma sentença condenatória, poderá recorrer em todas as instâncias, mesmo preso, não afastando a presunção de inocência. Haja vista que, mesmo após o trânsito em

¹⁸ Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e 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. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (apud. AURELIO, Marco. Min relator. 2019, p. 23) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 43.** RELATOR Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília 17 out. 2019.

¹⁹ Art. 5º, LXI - ninguém será 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;

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito federal.** RELATOR Min Marco Aurélio. VOTO Min Luís Roberto Barroso. P. 16. Tribunal Pleno. Brasília 24 out. 2019.

²¹ Art. 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. **Tratado Internacional. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.**

julgado da sentença condenatória, o réu poderá recorrer via *revisão criminal*.

Prisão preventiva e prisão temporária é outro modelo que podemos enfatizar, pois ambas as prisões não rechaçam o princípio da presunção de inocência do agente, e não exigem trânsito em julgado, mas todas devidamente fundamentadas pela autoridade judicial competente.

Ficando parcialmente superado tal entendimento à luz da doutrina exposta, há de se questionar se o princípio do duplo grau de jurisdição é respeitado quando há decretação de prisão logo após condenação em segundo grau.

4 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

É um princípio do direito processual bastante questionado quando se analisa a possibilidade da prisão após segunda instância, pois tal princípio é a garantia da reanálise do processo, principalmente no direito penal, pois um erro ao analisar o processo, pode ferir um dos principais direitos constitucionais, *direito de ir e vir*, Art. 5, inciso XV. CRFB/88²².

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, no seu art. 8º. n 2, alínea “h”²³, nos ensina que todo acusado tem o direito de recorrer para o juiz ou tribunal superior, ficando claro o direito adquirido de todo indivíduo à reanálise de seu processo, quando preenchidos os requisitos legais. Logo, o Oficial de Justiça Hyago de Souza Otto²⁴ explica que os recursos para as instâncias superiores não servem para resolver matéria de fato.

²² Art. 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

²³ Art.8. Garantias judiciais 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. **Tratado Internacional. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)** - pacto de San José da Costa Rica.

²⁴ É importante frisar que a análise de mérito se encerra após a decisão de segunda instância; os recursos Extraordinário e Especial não servem para revolver a matéria de fato ou reanalisar o lastro probatório, conforme dispõem as súmulas n. 7 do STJ e 279 do STF. Portanto, vê-se que o indivíduo tem a questão fática analisada por um juiz singular (1ª instância) e por um órgão colegiado de Desembargadores (Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais); após isso, a decisão pode vir a ser cassada por um Tribunal Superior em virtude de ofensa a alguma norma ou princípio Constitucional. OTTO. Hyago S. **Prisão após a decisão de 2ª instância**: teria o guardião da Constituição decidido contrariamente à Carta Magna?.26 fev. 2016.

Como aponta Otto (2016, p. 02), quando o processo do agente recorrente vai para segunda instância para reanálise do direito propriamente dito, ali já está se consumando o direito do duplo grau de jurisdição, assegurando o direito da ampla defesa e o contraditório, bem como o duplo grau de jurisdição.

Por fim, nas palavras do Excelentíssimo Deputado Kim Kataguirí²⁵:

“Não existe 3º instância ou 4º instância, o que existe é 1º instância, 2º instância e tribunais superiores. Só se analisa provas, só se analisa matéria fática até a 2º instância, justamente para garantir o duplo grau de jurisdição.” (KATAGUIRI, 2019).

É visto que não há restrição ao duplo grau de jurisdição mesmo logo após a execução da penal em segunda instância, pois a reanálise da matéria é feita em 2º grau.

Em virtude dessa análise, se traz outro imbróglio jurídico, há muitos recursos ou muitas instâncias no ordenamento jurídico brasileiro?

5 EXCESSO DE RECURSOS COMO CONBUSTIVEL À MOROSIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

5.1 INSTANCIAS BRASILEIRAS

A ordem jurídica brasileira é composta pela Justiça Especializada (Justiça do Trabalho, Militar e Eleitoral) e a Justiça Comum (Justiça Federal e Estadual). Para delimitar o tema e ficar mais didática a exposição, vamos abordar somente a justiça comum, excluindo assim a justiça especializada.

Como é notório, a Justiça comum é composta em 1º instancia pelas Varas especializadas e Foros, em 2º instancia pelos Tribunais Regionais Federais (TRF) e Tribunais de Justiça (TJ), e Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Como já explicitado, os Tribunais Superiores visam somente à interpretação

²⁵ KATAGUIRI, Kim. **Vamos garantir a prisão em segunda instância!** Youtube, 15 out. 2019. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=JyeUy9CMv0k>>. acesso em: 26 fev. 2020.

legal, e as Instancias de 1º e 2º grau em análise de provas.

“Tanto é assim, que os recursos extraordinário e especial visam apenas à interpretação legal não se admitindo a reanálise de provas, não havendo, destarte, análise fática, apenas a questões de direito são analisadas.” (ZUZA, 2015) ²⁶

Conforme expõe Aury Lopes JR²⁷, o STJ e STF não reexamina todo o processo, a questão discutida é expressamente de direito, limitada expressamente na constituição. As instâncias previstas constitucionalmente de fato são importantes no nosso ordenamento jurídico brasileiro, para que não ocorram arbitrariedades dos julgadores e que respeitem os princípios constitucionais. A questão não é acabar com as instâncias, mas sim delimitar a matéria tratada por elas.

5.2 GARANTIAS E MOROSIDADE PROCESSUAL

Com a nova mudança do entendimento o do Supremo Tribunal Federal, um agente que tem sua sentença prolatada no primeiro grau de jurisdição condenatória, poderá recorrer a 2º instância e aos Tribunais Superiores em liberdade, dado o novo entendimento do art. 283²⁸ do Código de processo Penal. Porém, tal decisão não afasta a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, pois preenchidos os quesitos elencados no art. 312 do CPP²⁹, o magistrado ponderar decretar prisão preventiva.

Tal decisão (retroatividade da jurisprudência) gera uma sensação de

²⁶ ZUZA, Diego. S. **O papel dos Tribunais Superiores e a importância de seus precedentes no Processo Penal**. Net. 22 dez. 2015.

²⁷ “Os recursos especial e extraordinário são meios de impugnação de natureza extraordinária, na medida em que – respectivamente – o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) não reexaminam todo o julgamento, senão que se limitam ao aspecto jurídico da decisão impugnada, ou seja, à discussão de questões de direito expressamente previstas em lei. São, por isso, recursos de fundamentação vinculada, posto que a matéria discutida fica limitada àqueles expressamente previstos na Constituição. Quanto à discussão em torno da prova, ou seja, de questões de fato, em ambos os recursos isso está vedado. Assim dispõem as **Súmulas n. 07 do STJ e 279 do STF**.”

²⁸ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

²⁹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

impunidade, pois há infindáveis recursos e muitos deles usados como medidas protelatórias.

Grande parte da morosidade do judiciário é por causa da demora dos julgamentos dos recursos nas instâncias superiores. A litigância excessiva desses recursos, muito se sabe, que gera prescrição do processo em análise. Mas aqui não há uma crítica da função que o advogado exerce, simplesmente está cumprindo seu papel constitucional de defender o direito.

As possibilidades de recursos na esfera criminal são grandes, visto que há uma necessidade de fato de resguardar o direito daquele que está sendo julgado, bem como trata o art. 5º, LV³⁰ da Constituição Federal.

Em contra partida, o Magistrado Pedro Luiz Pozza³¹ aponta que a culpa nem sempre é dos recursos, mas sim dos Magistrados, não podendo a agente ficar sem assistência aos tribunais superiores. Vale salientar que os recursos e as instâncias recursais do nosso atual sistema jurídico brasileiro, é de imprescindível importância, todos têm direito de acesso a ampla defesa e a contraditória, contudo o ar de impunidade não há de pairar no ar *Ad eternum*.

Não basta garantir as pessoas que demandam no judiciário, mas é preciso garantir um resultado conclusivo, pois processos quem tem sua sentença prolatada 3, 5, 10 anos depois do ajuizamento da ação, não geram uma garantia judicial e sim um círculo vicioso de morosidade.

A sociedade se indigna com os assassinatos, estupros e roubos que drasticamente tomam conta do noticiário, clamando por justiça. Mudança essa que deve vir por vias legais, pelo legislativo brasileiro.

³⁰ 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³¹ POZZA. Pedro. L. **A morosidade da Justiça é culpa dos recursos? Não!** 17 jul. 2011.

6 PROPOSTA DE EMENTA CONSTITUCIONAL

6.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nas palavras do Eminentíssimo Ministro Luiz Roberto Barroso³², “o Supremo Tribunal Federal é o intérprete final da Constituição, mas não é o dono dela nem tampouco seu intérprete único.”

Na estrutura constitucional do poder Judiciário, o STF não é uma corte recursal, mas sim de atuar reativamente, mas os números não mostram isso.

Conforme se extrai dados coletados e processados do CNJ³³, observa-se uma maior demanda nos últimos anos de recursos, ressalta-se que o recurso Extraordinário teve em 2017 uma representatividade de 65,2% de todos os recursos do STF. Uma breve comparação: em 2017, o Recurso Extraordinário com Agravo teve uma entrada de 66.696 (sessenta e seis mil, seiscentos e noventa e seis), contra 237 (duzentos e trinta e sete) da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ficando a Suprema Corte destinada exclusivamente como corte recursal, não enfatizando diretamente os recursos constitucionais, como por exemplo, ADPF, ADC, ADO ou ADI. Pois a carga imposta sobre o Supremo é muito grande, visto que a estrutura do STF não suporta tal quantidade de processos, gerando morosidade.

6.2 PEC 199/2019

Como já vimos, o Supremo Tribunal Federal nos últimos anos (2016 – 2019) mudou sua jurisprudência duas vezes, sem sequer mudar a composição de seus membros, podendo trazer certas inseguranças jurídicas.

Recursos Extraordinários e Especiais são um incentivo para procrastinação dos processos, gerando grave inconformismo para a sociedade e uma sensação de impunidade para vítima. Cabe ao povo como um todo dar o sentido da

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 43.** RELATOR Min. Marco Aurélio, Voto. Min Luiz Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília 24 out. 2019.

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Supremo em ação 2018.** Ano-base 2017/CNJ-Brasília. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf> >. Acesso em 21 mar. 2020.

Constituição, para isso temos o Poder Legislativo, como representantes do povo.

Buscando reverter a decisão tomada pela suprema corte, duas semanas depois, o Deputado Alex Manente, peticionou uma Proposta de Emenda Constituição 199/2019 (PEC 199/2019)³⁴, na qual trata na alteração dos artigos 102 e 105 da CF/88 transformando os recursos Extraordinários (STF) e Especiais (STJ) em ações revisionais.

A proposta é retirar nos recursos especial e extraordinário a admissibilidade do efeito jurídico do trânsito em julgado das decisões de segundo grau, continuando a admitir os recursos, mas passariam a ter efeitos rescisório.

O Ex-presidente do Supremo Tribunal federal Ministro Cezar Peluso³⁵ explica que “efeito rescisório permite ao tribunal anular ou cassar a decisão de modo que, o processo retorna a origem, de 1º ou 2º grau, para que nova decisão válida seja proferida”.

Continuando, na sua explicação o Min. Cezar Peluso enfatiza que o efeito rescisório ocorre a prolatação da decisão pelo próprio colegiado o qual recorrido, pois rejulgará a causa.

A finalidade da PEC199/2019, conforme o Dep. Alex Manente expõe³⁶, “permitiria a execução imediata das decisões das cortes regionais, sejam TJ ou TRF.”

Ressalta-se, que haverá uma valorização das instancias ordinárias e a satisfação dos interesses jurídicos envolvidos, pois grande parte da população carcerária é de agentes presos provisoriamente.

³⁴ BRASIL. **Constituição (1988). Proposta de Emenda à Constituição nº199/2019.** Dá nova redação do art. 102 e 105 da Constituição federal. Relator. Dep. Fábio Trad (PSD-MS). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em: 21 mar. 2020.

³⁵ PELUSO, Cesar. **PEC da Prisão em 2ª Instância - Audiência com Cezar Peluso**, ex- presidente do STF. Youtube, 05 fev. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rapsrmUoZVY&t=3731s>. acesso em: 23 mar. 2020.

³⁶ BRASIL. **Constituição (1988). Proposta de Emenda à Constituição nº199/2019. Dá nova redação do art. 102 e 105 da Constituição federal.** Relator. Dep. Fábio Trad (PSD-MS). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em: 21 mar. 2020.

Conforme relatório extraído do INFOPEN³⁷, a população carcerária do Brasil é de 752.277 presos, sendo que 248.929 (33.09%) são de presos esperando um justo julgamento, com as garantias constitucionais a ele inerentes.

Por fim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em 2º instância permite mais celeridade processual. Pois, haverá uma redução de números de recursos julgados pela Corte Suprema.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já vimos acima, muito se reluta na fixação de uma efetiva política pública para resolver certos imbróglios jurídicos e, contra fatos não há argumentos.

Contudo, sabe-se que os recursos especial e extraordinário não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito, em caso de interposição de recursos ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, não se discutirá mais a não-culpabilidade ou a presunção de inocência do acusado, respeitando o duplo grau de jurisdição, bem como inúmeros direitos constitucionais. O agente tem até o segundo grau de jurisdição para reclamar os fatos que podem o incriminar, pois, se trata da última instância em que fatos, provas e indícios são vistos.

Independe no presente, se o STF decida sobre a possibilidade da prisão em segunda instancia, pois há de se caracterizar uma retroatividade jurisprudencial, mas também uma retroatividade da sociedade frente ao assunto.

Cada moeda tem dois lados, cada lado com seu entendimento, uns querem a prisão condenatória em segundo grau outros não, quem vai dizer o que é melhor para sociedade brasileira é a sociedade brasileira, representada pelos seus governantes eleitos democraticamente, pelo voto direto, secreto, universal e periódico.

Ademais, é incontentável que tais questões polêmicas que provoquem o judiciário e movimentam os grupos políticos, possibilitam um acesso de maior

³⁷ BRASIL. Departamento penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional**. Jan-jun./2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/home>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

amplitude da sociedade a vários argumentos e ideologias, na base em que os círculos políticos precisam debater abertamente seus posicionamentos, fazendo com que o tema seja amplamente debatido e compreendido pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 mar.2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas corpus. **Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" habeas corpus 84.078-7 Minas Gerais**, Tribunal Pleno. p. 1221. Brasília 05 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas corpus. Processo Penal. Embargos de Declaração "**habeas corpus 126.292 São Paulo**", Tribunal Pleno. p. 28. Brasília 17 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 54 e 44**. Relator min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília 07 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 43**. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília 17 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43** Distrito federal. RELATOR Min Marco Aurélio. VOTO Min Luís Roberto Barroso. P. 16. Tribunal Pleno. Brasília 24 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 09**. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. In súmulas. Terceira Turma. DJ 12/09/1990 p.9278.

FALIVENE, Matheus. A retroatividade da jurisprudência mais benéfica no Direito Penal. **Revista Consultor Jurídico** 2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/matheus-falivene-retroatividade-jurisprudencia-direito-penal>>. Acesso em: 10 mar. 2020

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**: Rio de Janeiro, Impetus, 2011.

KATAGUIRI, Kim. **Vamos garantir a prisão em segunda instância!** Youtube, 15 out. 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JyeUy9CMv0k>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1306. In ZUZA. Diego. S. **O papel dos Tribunais Superiores e a importância de seus precedentes no Processo Penal.** Net. 22 dez. 2015. Disponível em: <<https://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/272903117/o-papel-dos-tribunais-superiores>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

MOREIRA G. L.; SCHMITT H. S. N. **Julgamento das ADCs43,44e54 pelo STF e a PEC/19 a cerca da possibilidade da prisão em 2º instancia.** Março 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

OTTO, Hyago S. **Prisão após a decisão de 2ª instância:** teria o guardião da Constituição decidido contrariamente à Carta Magna? 26 fev. 2016. Disponível em <https://hyagootto.jusbrasil.com.br/artigos/308624616/prisao-apos-a-decisao-de-2-instancia-ter-ia-o-guardiao-da-constituicao-decidido-contrariamente-a-carta-magna>. Acesso em 14 mar. 2020.

PILONI, Caroline de P. **O. Princípio da não-culpabilidade:** aspectos teóricos e práticos. Direito Constitucional. Ponto de Vista. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/25467/principio-da-nao-culpabilidade-aspectos-teoricos-e-praticos>. Acesso em: 13 Mar. 2020.

POZZA. Pedro. L. **A morosidade da Justiça é culpa dos recursos? Não!** 17 jul. 2011. Disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2739412/a-morosidade-da-justica-e-culpa-dos-recursos-nao>. Acesso em: 19 mar. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 26. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (1969) - Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

TRATADO INTERNACIONAL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. ONU. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

ZUZA. Diego. S. **O papel dos Tribunais Superiores e a importância de seus precedentes no Processo Penal.** 22 dez. 2015. Disponível em <<https://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/272903117/o-papel-dos-tribunais-superiores>>. Acesso em 17 mar. 2020.