

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

EVERTON JOSEF DA SILVA
GERNÚZIA MORAIS GONÇALVES DE LIMA
IGOR BEZERRA PONTES

A EXECUÇÃO DA PENA APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
EM SEGUNDA INSTÂNCIA: reflexões a partir do princípio da presunção
de inocência

CARUARU/PE

2022

EVERTON JOSEF DA SILVA
GERNÚZIA MORAES GONÇALVES DE LIMA
IGOR BEZERRA PONTES

**A EXECUÇÃO DA PENA APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
EM SEGUNDA INSTÂNCIA: reflexões a partir do princípio da presunção
de inocência**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: **Prof^ª. Msc. Kézia Lyra.**

CARUARU/PE

2022

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central analisar o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade frente à prisão por decisão condenatória em segunda instância, conceituando-os e apresentando sua aplicabilidade prática no caso em questão pelo Judiciário brasileiro. Foram realizadas pesquisas bibliográficas, utilizando-se doutrinadores que tratam a respeito do tema à luz do texto da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e do Código de Processo Penal (1941). Foram ainda, colacionados dois dos principais votos emitidos pelo STF, mais precisamente os dos Ministros Teori Zavascki (no Habeas Corpus nº 126.192) e Edson Fachin (nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44). O trabalho também aborda, de forma breve, mas objetiva, a relação do Código de Processo Penal com a Constituição. Também se destacou a análise sobre o ativismo judicial e a mutação constitucional, que podem explicar a mudança de entendimento, por diversas vezes, da Suprema Corte do país referente ao tema abordado. A natureza jurídica dessa modalidade de prisão também será discutida no trabalho, sendo possível observar que o início da execução da pena após a prolação do acórdão condenatório em segundo grau ofende os princípios constitucionais acima referidos. A pesquisa utiliza de metodologia focada em estudo teórico e pesquisa bibliográfica, a fim de compreender a (in)constitucionalidade do instituto da execução provisória da prisão em segunda instância, sendo esse o problema central do presente estudo, o qual foi motivado pelas constantes discussões a respeito da temática que ainda divide opiniões frente à sociedade, gerando assim, pressão social contra o Judiciário.

Palavras-chave: Prisão em segunda instância; Trânsito em Julgado; /Execução provisória de pena.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the principle of presumption of innocence or non-guilty in the face of arrest by conviction in the second instance, conceptualizing them and presenting their practical applicability in the case in question by the Brazilian Judiciary. Bibliographic researches were carried out, using scholars who deal with the subject in the light of the text of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (1988) and the Criminal Procedure Code (1941). Two of the main votes issued by the STF were also collated, more precisely those of Ministers Teori Zavascki (in Habeas Corpus nº 126.192) and Edson Fachin (in Declaratory Actions of Constitutionality nº 43 and 44). The work also addresses, briefly, but objectively, the relationship between the Criminal Procedure Code and the Constitution. Also highlighted was the analysis of judicial activism and constitutional mutation, which may explain the change in understanding, on several occasions, of the country's Supreme Court regarding the topic addressed. The legal nature of this type of imprisonment will also be discussed in the work, and it is possible to observe that the beginning of the execution of the sentence after the delivery of the second degree conviction offends the aforementioned constitutional principles. The research uses a methodology focused on theoretical study and bibliographic research, in order to understand the (un)constitutionality of the institute of provisional execution of the prison in second instance, which is the central problem of the present study, which was motivated by the constant discussions to regarding the theme that still divides opinions in front of society, thus generating social pressure against the Judiciary.

Keywords: Second-instance arrest; Judged Transit; Fulfillment of penalty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL.....	6
3. CÓDIGO PROCESSUAL PENAL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	11
4. POSICIONAMENTO DOS MINISTROS TEORI ZAVASKI E EDSON FACHIN ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	12
4.1 NATUREZA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE.....	14
5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO: FENÔMENOS JURÍDICOS QUE INFLUENCIAM NA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE.....	18
6. CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIAS.....	22

1. INTRODUÇÃO

O Princípio da Presunção da Inocência, resguardado pela Constituição de 1988, constitui um importante ancora de proteção para pessoas, haja vista que, antes do trânsito em julgado processual, não pode o indivíduo ser considerado culpado, evitando, por conseguinte, muitas condenações injustas, pois antes de ser considerado culpado, se faz necessário um conjunto probatório e a garantia do devido processo legal.

É nesse prisma em que o objeto geral da presente pesquisa é retratar a execução provisória da pena a partir da presunção da inocência no ordenamento pátrio, que está prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, como uma garantia constitucional que o réu tem.

Será retratada a execução provisória da pena a partir da presunção da inocência no ordenamento pátrio, como uma garantia constitucional que o réu tem, lecionando que só poderá ser preso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Analisar duas das decisões referentes ao tema, como o voto do Ministro Teori Zavascki no HC nº 126.292 e o voto do Ministro Edson Fachin nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, observando os argumentos dos referidos juristas, sempre com o olhar crítico para a constitucionalidade da prisão após a condenação em segunda instância.

A pesquisa busca entender a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena confirmada em segunda instância, frente ao princípio da presunção de inocência.

Diante da necessidade e da importância do presente estudo, visando a uma análise conceitual e jurídica, desenvolveu-se o tema por meio de pesquisa bibliográfica e exploratória, de modo a averiguar os seguintes prismas doutrinários em livros e artigos científicos: princípios, ativismo judicial e mutação constitucional. Segue o método dedutivo, partindo das premissas e princípios teóricos, posteriormente adentrando em suas especificações, até construirmos uma conclusão lógica sobre o tema.

Por conseguinte, norteamos a presente pesquisa com a seguinte indagação: É possível afirmar a constitucionalidade da execução da prisão imposta em sentença condenatória proferida em 2ª instância sem ofender o princípio da presunção da inocência?

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

Inicialmente, faz-se necessário uma breve descrição acerca do reconhecimento do princípio da presunção de inocência no Brasil.

Nesse afincio, quanto ao período Colonial, não havia distinção entre órgão julgador e órgão acusador, acumulando-se essas funções na figura do juiz inquisidor, que fazia o interrogatório do réu, buscando extrair a confissão desse último, utilizando-se até mesmo a tortura. Não havia que se falar em presunção de inocência, o que realmente imperava era a presunção de culpa do acusado, dessa forma, a prisão preventiva era uma regra e a liberdade uma exceção.¹

Já no período Imperial, com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, a figura do Ministério Público também ficou habilitada a desempenhar a tarefa de acusar. Dessa forma, começava o afastamento da figura do juiz inquisidor, mas vale corroborar que, ainda assim, esse acumulava as funções de acusar, julgar e defender. Começava-se a atentar para o estado de inocência do acusado. A prova disso é que, na Constituição de 1824, não era possível a decretação da prisão sem a devida formação de culpa. De toda forma, ainda não havia o reconhecimento da presunção de inocência do acusado como um direito fundamental.²

No período Republicano, em especial na República Velha (1889-1930), não há mudanças significativas, visto que as maiores transformações aconteceram no período de 1930 a 1945 em especial no ano de 1941 quando foi editado o Código de Processo Penal. O que é possível debater deste período é que foi uma transição de regimes governamentais, da monarquia para o regime Republicano, que consolidou o poder Judiciário no Brasil, assim como relata Lenine Nequete:³

na passagem da Monarquia para a República, o Judiciário deixa de ser um poder subordinado e transforma-se em poder soberano, atendido o princípio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com eficácia a liberdade e os direitos dos cidadãos, na luta desigual entre indivíduo e Estado

Ainda, sobre esse período, com a promulgação do Código Penal de 1890, que aboliu a pena de morte e outras penas cruéis, (embora que, no Brasil, a pena de morte ainda pode ser utilizada em caso de guerra declarada, segundo o que preleciona o art. 5º, XLVII, da CF de 1988) definiu como temporárias e não superiores a 30 anos as penas restritivas de liberdade,

¹ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 42, 2016.

² LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 55, 2016.

³ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**, II – República. 2000. P. 98

percebe-se que foi mais respeitado o estado de dignidade da pessoa Humana, porém não houve previsão sobre o princípio da presunção de inocência.⁴

Na Era Vargas (1930-1945) o sistema processual penal brasileiro não evoluiu, pelo contrário, retrocedeu. Com a Constituição de 1937, que tem inspiração fascista, utilizada em paralelo com o Código Processual Penal de 1941, mais uma vez se constata que não houve a presunção de inocência e sim, de culpa, onde o cidadão já era considerado culpado antes mesmo de iniciar a persecução criminal.⁵

A Constituição de 1946 não trouxe consigo nada a respeito do princípio, como descreve o historiador Thomas Elliot Skidmore⁶:

Em 31 de março e 1º de abril, unidades militares tomaram prédios governamentais-chave em Brasília e no Rio. Os militares esperavam encontrar séria resistência armada. A esquerda havia alardeado que os setores populares jamais permitiriam que os militares tomassem o poder novamente, e os organizadores do golpe haviam levado essa afirmação a sério. A resistência não se materializou.

Já a Ditadura Militar foi um regime autoritário que durou 21 anos (1964-1985), estabeleceu a censura à imprensa, restringiu direitos políticos e perseguiu, usando a violência como forma de repressão aos opositores do regime.⁷ Couto⁸ fez um levantamento da repressão nesse período:

Geisel usou o AI-5 para cassar os mandatos e suspender os direitos políticos de 12 parlamentares; intervir em Rio Branco, Acre; colocar o Congresso em recesso por duas semanas e decretar o Pacote de Abril (1977); e para punir 62 cidadãos, principalmente professores, burocratas e profissionais liberais. Desde seu nascimento, em 13 de dezembro de 1968, no governo Costa e Silva, até a revogação no final de 1978, o AI-5 foi aplicada para cassar 113 mandatos de deputados federais e senadores; de 190 deputados estaduais; de 38 vereadores e trinta prefeitos. No total, foi utilizado contra mais de 1.600 pessoas. Ele coagiu, desfigurou e empobreceu a representação política. Porém, mais do que tudo, foi instrumento de intimidação e limitação da liberdade, inclusive do Poder Judiciário. E de indução à atuação descontrolada do aparelho de segurança e informação, haja vista a expectativa de impunidade que permitia. Este podia prender arbitrariamente e manter prisioneiros sem acusação formal, o que comprometia ou inibia o direito de defesa e facilitava procedimentos lesivos aos direitos humanos, como a tortura, desaparecimentos inexplicáveis e mortes.

⁴ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 57, 2016.

⁵ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 63, 2016.

⁶ SKIDMORE. Elliot. E. **De Getúlio a Castelo (1930 – 1964)**. Saga, Rio de Janeiro, p.54, 1969.

⁷ BEZERRA. J. **Ditadura Militar no Brasil (1964 -1985)**. Toda Matéria, 2019. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/ditadura-militar-no-brasil/>. Acesso em: 27/04/2022.

⁸ COUTO, Ronaldo Costa. **História Indiscreta da Ditadura e da Abertura**. Record, Rio de Janeiro, p.90, 1998.

Diante desse cenário, com tantos direitos violados, tantas mortes e desrespeito à dignidade da pessoa humana, é evidente que, no período citado, não havia presunção de inocência.

Por conseguinte, no que tange à Constituição Brasileira de 1988, vigente atualmente, Bauer⁹ afirma que:

Após longos debates, em 1º de fevereiro de 1987, iniciaram-se os trabalhos da Constituinte, com deputados e senadores divididos em 24 subcomissões temáticas. A participação popular foi intensa, com o encaminhamento de milhares de sugestões – via emendas populares. Eram necessárias 30 mil assinaturas para que as propostas fossem apreciadas pela Assembleia, através das audiências públicas promovidas pelas subcomissões temáticas, para além da mobilização nas ruas. Esse engajamento era fomentado por slogans como “Constituinte sem povo não cria nada de novo”.

A Constituição de 1988 positivou, pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da presunção de inocência, almejando que ele servisse de base no processo penal, com a finalidade de que o status de inocente do indivíduo permanecesse até que sobreviesse a absoluta certeza de sua culpa.¹⁰

Para Robert Alexy¹¹, as normas que determinam que algo seja cumprido na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de um caso concreto, é considerado um princípio, ou seja, basta que seu conteúdo essencial possa servir de argumentação a um direito jusfundamental.

Quando os princípios estão inseridos em uma constituição, eles podem imperar sob uma grande quantidade de regras, inclusive podendo ser sopesados com outros princípios constitucionais.

Sobre a presunção de inocência, relata Maurício Zanoide de Moraes¹²:

A presunção de inocência é, portanto, um direito garantido a seu titular nos moldes ‘prima facie’ ou como ‘mandamento de otimização’, o que significa dizer que os agentes não tenham o dever de respeitar e promover aquele direito, mas apenas que isso deve acontecer na ‘maior medida possível’. Possibilidade que se extrai das condições fático-jurídicas do caso concreto.

⁹ BAUER, C. S. **Presenças da ditadura e esperanças na Constituição: as demandas da população sobre a prática da tortura**. Estudos Ibero-Americanos, v. 45, n. 1, p. 91–103, 2019. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoameri-cana/article/view/31164>. Acesso em: 27 abr. 2022.

¹⁰ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 87-88, 2016.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 86, 2002

¹² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p 274, 2010.

Com isso, percebe-se que o princípio da presunção de inocência é uma norma- princípio, de nível constitucional e tem a possibilidade de propagar seu conteúdo por todo o ordenamento jurídico.

Para falar sobre o conteúdo essencial da presunção de inocência, é necessário tratar sobre o Direito Penal, pois esse é utilizado no ordenamento jurídico para proteger bens jurídicos essenciais que nenhum outro ramo do Direito consegue ou não pode proteger, funcionando como *última ratio*.¹³

A característica do Direito Penal está na possibilidade de o juiz, ao verificar a adequação do caso concreto à norma penal incriminadora, aplicar uma pena ao indivíduo que praticou o crime, restringindo-lhe direitos fundamentais, dessa forma, exercendo o poder de punir (*jus puniendi*) que tem o Estado.¹⁴

Visando regulamentar o modo de agir do Estado, no exercício de seu poder punitivo, evitando aplicar sanções de forma arbitrária, entra o princípio da presunção de inocência, almejando um processo justo que garanta os direitos fundamentais do cidadão, inclusive sua inocência até que seja provado o contrário.¹⁵

O referido princípio é encontrado na Constituição brasileira de 1988, vigente no país, em seu artigo 5º, inciso LVII¹⁶, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O mesmo princípio foi recepcionado em outras constituições, como a da Argentina¹⁷, in verbis:

nenhum habitante da nação pode ser apenado sem juízo prévio, fundado em lei anterior ao feito do processo, nem preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. **(tradução livre).**

¹³ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 16-17, 2016.

¹⁴ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 17, 2016.

¹⁵ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, p. 17-19, 2016.

¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 maio 2022.

¹⁷ ARGENTINA, **Constitucion de La Nacion Argentina**. Disponível em: http://www.constitution.org/cons/9_argentin.htm; acessado em: 30/04/2016. Tradução: “nenhum habitante da nação pode ser apenado sem juízo prévio, fundado em lei anterior ao feito do processo, nem preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente”

É perceptível que nos textos legislativos supracitados, que todos trazem o princípio da presunção de inocência com estilos redacionais distintos, porém sempre com o mesmo sentido, qual seja: a inocência do indivíduo, em um primeiro ponto, seguido do marco temporal até o qual ele pode ser considerado inocente, como, por exemplo: “até o trânsito em julgado”, “em virtude de ordem escrita de autoridade competente”.

Mauricio Zanoide de Moraes¹⁸ resume bem os elementos formadores do conteúdo essencial da presunção de inocência:

Pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão ‘presunção de inocência’, assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição. Logo, remanescendo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o razoável é manter o estado de inocência do indivíduo, não reconhecer sua culpa, que é exceção à regra. Nasce assim, a parêmia latina ‘quilibet preasumitur bonus, donec contrariam probetur’ (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e o ônus da prova, por essa observação da regra dos acontecimentos humanos, já então, ficava relegado à acusação.

A função do princípio, segundo relata Ricardo Juvenal Lima¹⁹:

servir de base à maneira de compreender, administrar e construir um sistema processual penal para o qual o indivíduo, já no início da persecução penal, é inocente e assim deve ser considerado e tratado até que o Judiciário tenha a certeza e declare de modo definitivo a sua culpa, com base um conjunto probatório mínimo e lícito.

Assim, entende-se que o princípio opera com grande incidência no sistema jurídico que o recepciona, representando a ideia síntese da área criminal (penal e processual penal), advinda do cruzamento formado pelos princípios da igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.²⁰

3. CÓDIGO PROCESSUAL PENAL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Tanto o Código de Processo Penal quanto o Código Penal Brasileiro são anteriores à promulgação da Constituição de 1988 e, por esse motivo, fez-se necessário realizar algumas alterações, tendo em vista que a norma penal deveria estar em conformidade com o texto

¹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p 92, 2010.

¹⁹ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, pág.20, 2016.

²⁰ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, pág.20, 2016.

constitucional e ainda, com as convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, como, por exemplo, o pacto de São José da Costa Rica, datado de 1969, que tem como objetivo buscar um avanço entre os países americanos com um regime de liberdade pessoal que respeite os direitos humanos.²¹

Devido a todas essas modificações, alguns doutrinadores, como a professora Ana Cristina Mendonça²², menciona que o Código de Processo Penal Brasileiro é uma “colcha de retalhos”, tendo em vista que, com a redemocratização, o instituto normativo não foi reformulado por completo, todavia, foi devidamente adaptado a essa transição para o regime democrático, vejamos, por exemplo, o artigo 283 do Código de Processo Penal²³, que diz:

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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Esse artigo traz a redação em conformidade com a Constituição de 1988, a qual, como já dito anteriormente, positivou o princípio da presunção de inocência.

Com isso, é possível afirmar que o ordenamento jurídico pátrio, após as mudanças ocorridas depois da promulgação da Constituição de 1988, de fato entende que a prisão deve ser consolidada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não sendo coerente com o texto constitucional a pena privativa de liberdade sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado.

4. POSICIONAMENTO DOS MINISTROS TEORI ZAVASKI E EDSON FACHIN ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

O entendimento que prevalecia da promulgação da CF/1988 até o ano de 2009 era o da possibilidade da execução provisória, sustentado pelas Súmulas nº 716 e 717, mas, após o

²¹ SANTIAGO, Emerson. **Pacto de São José da Costa Rica**. InfoEscola.com. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>. Acesso em: 21 dez 2021

²² MENDONÇA, Ana Cristina: DUPRET, Cristiane. **Direito Penal-Teoria e Prática 1ª e 2ª fase OAB**, 10ª Edição, Juspodivm, 23/09/2021.

²³ BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm . Acesso em: 23 dez 2021.

julgado do HC (Habeas Corpus) nº 84.078, datado de 05/02/2009, sustentado no princípio do contraditório, que permite ao réu esgotar todos os recursos possíveis à sua defesa, amparado também, no princípio da ampla defesa, a Suprema Corte do Brasil mudou seu entendimento, inadmitindo a execução provisória.

Ocorre que, no ano de 2016, por 7 votos contra 4, julgando o HC 126.292, São Paulo, datado de 17 de fevereiro de 2016, foi novamente aceita a tese pelo pleno da possibilidade da execução provisória da pena após condenação em 2ª instância, mesmo que ainda pendentes de julgamento os recursos extraordinário e especial, abrindo uma nova compreensão para os tribunais.

O ministro Teori Zavascki, relator do processo no HC nº 126.192, votou pela mudança do entendimento da época, concordando com o início da execução da pena. Ele evidenciou o embate entre efetividade da função jurisdicional penal e o equilíbrio com o princípio da presunção da inocência, acreditando que tal princípio não impede a decisão do colegiado, que, mesmo recorrido, confirmou o acórdão. Segundo o ministro Teori Zavascki²⁴:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, seria, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que seria exaurida a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória.

Acreditou-se assim, que a prisão não afetaria os demais princípios constitucionais por terem sido todos assegurados até a confirmação do acórdão através do recurso de apelação. Concluiu-se que: “não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo”.²⁵

Tornando à questão da execução da pena, baseado no efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, houve por bem o Pretório Excelso afirmar a viabilidade de se cumprir a decisão proferida em 2º grau de jurisdição (respeitou-se o princípio do duplo grau

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Relator: Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, 17 de fevereiro de 2008, pág. 6. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >. Acesso em: 28 mar. 2022.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Relator: Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, 17 de fevereiro de 2008, pág. 12. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >. Acesso em: 28 mar. 2022.

de jurisdição), pois as Cortes Superiores não tratam fatos, mas somente direito. Logo, pelos fatos interpretados, o acusado é culpado e o STJ ou o STF não pode rever tal interpretação.²⁶

O ministro Edson Fachin em seu voto argumenta que a Constituição não pode ser interpretada em pedaços, devendo por outro lado, ser interpretada dentro do sistema em relação a outras normas inseridas, bem como normas internacionais e tratados. Além disso, defende que a eficácia e credibilidade da justiça penal devem ser amplamente consideradas na interpretação do 5º, LVII, da CF.²⁷

Reiterando ao final a necessidade do desenvolvimento de políticas públicas no âmbito carcerário e votando pela constitucionalidade da execução da pena após julgamento em segunda instância.²⁸

4.1 NATUREZA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

O STF não analisou a natureza da prisão, quando decidiu sobre a possibilidade da sua aplicação antes do trânsito em julgado. Essa modalidade de prisão é vista por muitos doutrinadores como uma nova prisão. Vejamos a seguir o posicionamento do jurista Rogério Sanches.²⁹

Como vimos, o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tendo como objeto a interpretação do artigo 283, do CPP, o último e recente entendimento, não admitiu o início da execução da pena após julgamento do recurso em segunda instância. A decisão da mais alta corte, porém, não enfrentou a natureza dessa prisão, ou seja, se definitiva ou cautelar. Parece-

²⁶ NUCCI, Guilherme; **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia/>#:~:text=o%20Professor%20Nucci,A%20decis%C3%A3o%20do%20STF%20acerca%20do%20cumprimento%20da%20pena%20ap%C3%B3s,e%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia&text=A%20ampla%20defesa%20%C3%A9%20um,dileto%20do%20devido%20processo%20legal. Acesso em 26 de março de 2022.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Relator: Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Voto Ministro Edson Fachin, 7 de novembro de 2019, pág. 5. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> >. Acesso em: 28 mar. 2022.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Relator: Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Voto Ministro Edson Fachin, 7 de novembro de 2019, pág. 30. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> >. Acesso em: 28 mar. 2022.

²⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2017. Pag. 735,736.

nos que definitiva não é, pois está sujeita à reforma por meio de recurso constitucional. Tampouco é cautelar, considerando que sua decretação não se mostra acessória, instrumental do processo, nos moldes do artigo 312, do CPP. Logo, pensamos ter sido criada uma terceira espécie de prisão, que denominamos de prisão não cautelar decorrente de acórdão de segundo grau.

O ministro Celso Mello salientou que algumas decisões só podem ser tomadas se estiverem presentes os pressupostos legais, além das provas documentais expressas. Explicou que prisão cautelar é diferente de prisão-pena, pelo fato de a natureza jurídica de ambas serem distintas, pois a prisão cautelar não tem como finalidade a punição, não tem a sanção que a prisão penal tem, mas serve como proteção de perseguição do processo.³⁰

Como visto, esse tipo de prisão não se enquadra nem nas prisões cautelares já existentes nem nas prisões-pena, devido à possibilidade de análise por meio de Resp. ou Rext. (Recurso Especial – Recurso Extraordinário), mesmo não podendo analisar os fatos e as provas, e, em regra, não sendo dotados de efeitos suspensivos.³¹

Guilherme Nucci³² relata sobre a execução da pena baseado no efeito devolutivo dos Recursos anteriormente mencionados:

Tornando à questão da execução da pena, baseado no efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, houve por bem o Pretório Excelso afirmar a viabilidade de se cumprir a decisão proferida em 2º grau de jurisdição (respeitou-se o princípio do duplo grau de jurisdição), pois as Cortes Superiores não tratam fatos, mas somente direito. Logo, pelos fatos interpretados, o acusado é culpado e o STJ ou o STF não pode rever tal interpretação.

Para Guilherme Nucci, essa modalidade de prisão seria uma verdadeira prisão-pena, originada a partir das interpretações dos tribunais superiores, que passaram a admitir um novo parâmetro para o término da presunção de inocência.³³

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição, Malheiros, 2000.

³¹ OLIVEIRA, Luan. **A natureza jurídica da prisão decorrente da execução “provisória” da pena**. Repositório Digital da Asces. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2414>. Acesso em: 26 de mar. 2022. Pág.17

³² NUCCI, Guilherme; **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-juris-dicao-e-a-presuncao-de-inocencia2/#:~:text=o%20Professor%20Nucci,A%20decis%C3%A3o%20do%20STF%20acerca%20do%20cumprimento%20da%20pena%20ap%C3%B3s,e%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia&text=A%20ampla%20defesa%20%C3%A9%20um,dileto%20do%20devido%20processo%20legal>. Acesso em 26 de março de 2022 às 01:06

³³ OLIVEIRA, Luan. **A natureza jurídica da prisão decorrente da execução “provisória” da pena**. Repositório Digital da Asces. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2414>. Acesso em: 26 de mar. 2022. Pág.21

Luan Shalita³⁴ analisa a natureza da prisão e a decisão do STF, dizendo:

O STF, admitindo a execução da prisão após acórdão condenatório em 2ª instância, não traz nenhuma prisão inovadora, mas apenas consagra que o duplo grau de jurisdição já é suficiente para executar a pena, afinal, fatos e provas não podem ser revistos pelo STJ e STF em face de REsp e REExt, visto que, esses recursos sequer dispõem de efeitos suspensivos, como regra, então se não se discute mais o fato ou a prova dos fatos, o réu já seria culpado, portanto, dever-se-ia executar a pena sem necessidade de fundamentá-la, cabendo à defesa, diante de um arbítrio, manejar um HC ou interpor REsp ou REExt, solicitando uma cautelar com efeito suspensivo da decisão exarada pelo tribunal.

Pelo fato de o STF não ter deixado claro no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP, de qual medida prisional se trata, a decisão sobre a prisão em segunda instância deixou vaga a interpretação a respeito do tema, fazendo com que grande parte dos doutrinadores divergissem sobre a natureza da referida prisão.

Sobre a constitucionalidade dessa modalidade de prisão e o princípio da presunção de inocência, entendeu-se que, ao passo que os fatos vão sendo devidamente comprovados, o indivíduo caminharia para um status em que não seria mais presumidamente inocente, dessa forma alguns juristas acreditam que deve ser cumprida a decisão, mesmo que tenha sido recorrida, visto que o duplo grau de jurisdição seria a última instância onde podem ser discutidos os fatos e as provas, pois o STJ e o STF, como já dito anteriormente, analisam apenas matéria de direito.³⁵ Sobre o tema em questão, relata Guilherme Nucci³⁶:

Formalmente, somos levados a crer que a referida decisão do STF feriu o princípio da presunção de inocência, que aponta o trânsito em julgado como o marco para se considerar o acusado culpado. Até lá, inocente que é, não pode cumprir pena. [...]A colenda corte avaliou, ainda, que uma decisão proferida em 2º grau já traz elementos suficientes para quebrar a presunção de inocência, induzindo a presunção de culpa, muito embora o texto constitucional afirme o contrário.

³⁴ OLIVEIRA, Luan. **A natureza jurídica da prisão decorrente da execução “provisória” da pena.** Repositório Digital da Asces. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2414>. Acesso em: 26 de mar. 2022. Pág. 21

³⁵ OLIVEIRA, LSSA. **A Natureza Jurídica da Prisão Decorrente da Execução “Provisória” da Pena.** Repositório digital da Asces, disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2414>. Pág. 20. 2019.

³⁶ NUCCI, Guilherme; **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência.** Disponível em: [https://guilhermenucci.com.br/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia2/#:~:text=o%20Professor%20Nucci,A%20decis%C3%A3o%20do%20STF%20acerca%20do%20cumprimento%20da%20pena%20ap%C3%B3s,e%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia&text=A%20ampla%20defesa%20%C3%A9%20um,dileto%20do%20devido%20processo%20legal](https://guilhermenucci.com.br/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia2/#:~:text=o%20Professor%20Nucci,A%20decis%C3%A3o%20do%20STF%20acerca%20do%20cumprimento%20da%20pena%20ap%C3%B3s,e%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia&text=A%20ampla%20defesa%20%C3%A9%20um,dileto%20do%20devido%20processo%20legal.). pág. 3 Acesso em 26 de março de 2022 às 01:06

Todavia, pouco tempo depois, em 7 de novembro de 2019, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade de 43 e 44, a Suprema Corte volta à temática, modificando o entendimento, para entender que a presunção de inocência vigora até o esgotamento de todos os recursos.

Na ocasião, o ministro Edson Fachin, em seu voto, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº43 e 44, reconhece todas as inclusões na Constituição, tanto ideológicas como os avanços civilizatórios e os muitos desafios ainda a serem discutidos e resolvidos. Desaceitando os extremos, que visam por sua vez embasamento para maior rigor penal ou uma maior exaltação da tutela de liberdade, acreditando sim, na importância de uma interpretação tanto sistêmica, funcional e linguística. O Ministro Fachin elucida:

Essas não foram e não são a essência desse entendimento. Trata-se, na realidade, de compreender o direito penal também como instrumento de tutela de direitos humanos. Estou convicto que o enfrentamento do crime, qualquer que seja, se faz dentro das balizas constitucionais. Cabe ao Poder Judiciário assegurar que os órgãos de persecução se comportem de acordo com a Constituição e as leis. Abuso de poder, especialmente do Poder Judiciário, cumpre coibir onde e quando houver.³⁷

Segue o ministro, defendendo que o princípio da presunção da inocência deverá ter sua uniformidade aplicada a qualquer cidadão, independentemente do suposto crime cometido, seguindo assim, os princípios constitucionais e respeitando-os, todavia, o mesmo alerta que a presunção não pode desconstituir a presunção de constitucionalidade das leis, colocando assim, em xeque, a segurança jurídica.

O recurso especial é usado sempre que a lei federal estiver sendo aplicada em desarmonia no território nacional, sendo julgado somente sua aplicação e não as provas do caso concreto, argumenta o mesmo ministro:

Note-se que é apenas em relação à legalidade da interpretação que se restringe o julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Tal como ocorre com o recurso extraordinário, o reexame das provas é vedado, não em razão de uma Súmula, cujo texto se assemelha ao da Corte, mas porque o recurso se destina exclusivamente a examinar questão de direito, qual seja, a legalidade da interpretação fixada pelas instâncias inferiores.³⁸

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43** Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Voto Ministro Edson Fachin, 7 de novembro de 2019, pág. 3. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> >. Acesso em: 28 mar. 2022.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43** Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Voto Ministro Edson Fachin, 7 de novembro de 2019, pág. 22. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> >. Acesso em: 28 mar. 2022

Assim, acredita-se que os recursos especiais e extraordinários não foram incluídos para vedar a prisão, pois implicariam um desvirtuamento tanto dos recursos como da Suprema Corte, seguindo o raciocínio de que, após decisão colegiada de segundo grau que não couber mais recursos na esfera da segunda instância, deverá começar a execução da pena restritiva de liberdade.

Observa-se na referida ação, porém, que cada um dos ministros defende uma tese. Enquanto o Ministro Teori Zavascki defendeu que a execução penal condenatória viola o Princípio da Presunção da Inocência, o Ministro Edson Fachin dá uma interpretação ao art. 283 do CPP que reconhece a possibilidade da execução da pena antes do esgotamento das instâncias ordinárias. Tendo a ADI 43, reestabelecido por maioria apertada, a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente até que não seja mais possível reverter eventual decisório condenatório.

Nestor Távora³⁹ defende a inconstitucionalidade da referida prisão ao afirmar que:

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo o qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com o trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Não é de se impressionar que também haja divergência a respeito da constitucionalidade dessa modalidade de prisão, já que não se sabe ao certo qual a natureza dessa e, apesar de tantas discordâncias sobre o tema, o tema foi decidido com uma mudança de posicionamento do próprio STF contrariamente ao cumprimento provisório da pena, mesmo após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância.⁴⁰

5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO: FENÔMENOS JURÍDICOS QUE INFLUENCIAM NA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE

As constituições escritas e rígidas, elaboradas por um poder constituinte, como a brasileira, têm a necessidade de atualização do seu sentido normativo, pois é impossível que o

³⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**, 7ª edição, 4ª tiragem, Salvador: Juspodivm, 2012. Pag. 72

⁴⁰ OLIVEIRA, Luan. **A natureza jurídica da prisão decorrente da execução “provisória” da pena**. Repositório Digital da Asces. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2414>. Acesso em: 26 de mar. 2022. Pág. 25

legislador possa prever e normatizar todas as situações de possíveis conflitos sociais presentes, que dirá futuros.

Tais atualizações podem ocorrer por meio de duas reformas: formal e material. Em sentido contrário, as mutações constitucionais são realizadas sem alteração formal ou material, pois ela não afeta o texto normativo.⁴¹

A mutação constitucional é, em último caso, necessária às constituições rígidas como a brasileira, para que, interpretando o texto constitucional e garantindo a ele um sentido condizente com a realidade social, garanta atualidade à constituição.⁴²

Porém, para que a Constituição persista com sua força normativa, é necessário que se mantenha uma ligação da norma com o momento histórico no qual teve origem, visto que a partir do momento em que se distancia, ela passa a perder os efeitos de norma fundamental da sociedade. A ausência de limites em sua interpretação jurídica vai de encontro com o Estado Democrático de Direito, dessa forma configurando o fenômeno do ativismo judicial.⁴³

O ativismo judicial registra uma atuação proativa e expansiva do Poder Judiciário, advinda do processo de judicialização, que nada mais é que demandas que vão ao judiciário para solucionar problemáticas que inicialmente deveriam ser resolvidas nas esferas dos poderes legislativos ou executivo, ocorrendo assim, por sua vez, certa transferência de poder político de onde deveria emanar tradicionalmente para o Judiciário, tendo assim, em determinadas situações políticas, a “última palavra”. Pontua o Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁴:

(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala — e este é o caso do Brasil — em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo judicial é a autocontenção, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

⁴¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel, Barcelona, p. 165, 1986.

⁴² TEXEIRA DE FREITAS, Rafael H. Guimarães. **A Mutação Constitucional Via Interpretação Nas Decisões Do Supremo Tribunal Federal Que Tratam Da Efetivação De Direitos e Garantias Fundamentais**. 2013. 144 fls. (Constitucional) – Faculdade de Direito de Vitória Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, 2013.

⁴³ SOUSA, A. C.; LEITÃO, M. C. **Da Mutação Constitucional Ao Ativismo Judicial: Uma Análise do Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Prisão em Segunda Instância**, Direito em Debate, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10101>. Acesso em: 27 abr 2022.

⁴⁴ BARROSO, L R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, Pág. 442, 2015.

Em nosso caso de estudo, nos julgamentos dos citados Habeas Corpus, observamos traços de uma grande carga política, devido a uma grande pressão popular da época, ampliando o que, para muitos, seria uma regra inflexível da Constituição Federal, mesmo que ensejado pelo desejo de combater a impunidade⁴⁵. Lênio Luiz Streck⁴⁶ afirma que:

(...) a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisso que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.

Observamos que, por muitas vezes, vem sendo apresentado o tema com contornos progressistas e em defesa da ética, tendo em sua essência o fator social e a luta contra desigualdades, favorecendo assim, como, por muitos foi alegado, “a soberania popular”, ganhando assim, cada vez mais força para garantir o mínimo existencial.⁴⁷

Passando assim, o Judiciário, a se preocupar mais com a devida efetividade de direitos fundamentais, deparando-se com decisões de escolhas políticas, sendo conduzido à superação de sua própria jurisprudência, causando críticas à sua atuação entre os três poderes, pois, mesmo sem serem eleitos por voto popular, perpassam suas decisões, tendo, muitas vezes, características do Legislativo, em outras abrangendo ações do Executivo.

Entregando por sua vez uma alteração no sistema tradicional do Civil Law, com uma revitalização moderna do Common Law, priorizando a interpretação do direito ao invés de seu efeito vinculante, para garantir assim, a igualdade diante do processo jurisdicional.⁴⁸

⁴⁵ G1. **Cidades têm manifestações contra decisão do STF sobre prisão após condenação em segunda instância.** Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/09/cidades-tem-manifestacoes-contradecisao-do-stf-sobre-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2022.

⁴⁶ STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais – Sociais no Brasil.** Novos Estudos Jurídicos. V.08 nº 02. Itajaí: Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali pag. 190, 2003.

⁴⁷ GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 03 de dez de 2013 Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/> > Acesso em: 20, mar de 2022.

⁴⁸ MARQUES, Fernando. *Ativismo judicial: common law e civil law.* *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/ativismo-judicial-common-law-e-civil-law/> .Acesso em: 16 de fev. 2022.

6. CONCLUSÃO

De acordo com a coleta de dados realizada na elaboração do presente trabalho, é possível afirmar que, de fato, o ordenamento jurídico pátrio resguarda o princípio da inocência ou não culpabilidade. Atualmente, nesse sentido, a Suprema Corte entendeu que a execução da pena deve acontecer apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, respeitando-se dessa forma o texto normativo constitucional.

Porém, a temática ainda divide entendimentos entre juristas das mais diversas áreas, tendo em vista que existem muitas linhas doutrinárias que defendem que a prisão em segunda instância não feriria, concordando com o entendimento anterior do próprio STF.

Até mesmo entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, como se viu, existe tal divergência de entendimento, prevalecendo o pensamento da maioria dos magistrados, que, na qualidade de guardiões da Constituição Federativa da República, seguem o que prevê o dispositivo legal.

Logo, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro adota o entendimento de que o cumprimento da pena é legítimo somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, resguardando assim, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Tal panorama apenas enaltece a importância da aplicação principiológica no ordenamento jurídico, a fim de aproximar a decisão jurisdicional do senso de justiça. Inclusive, há de se ressaltar que a própria Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro- LINDB, em seu art. 4º, reconhece que, se o caso não se enquadrar na norma, esse pode ser decidido com base em princípios.

Todavia, a inocência presumida é um princípio que não decorre apenas de legislação infraconstitucional, mas, principalmente, da própria *lex mater*, como uma garantia fundamental, o que acarreta seu caráter hierárquico. Portanto, ao haver prisão (excluindo-se nesse arquetipo a provisória) antes do trânsito em julgado, relega o regramento constitucional, de modo que o STF, enquanto guardião da constituição, cumpre ser congruente com seu texto ao firmar o entendimento de que o status de culpado deve apenas ser agregado a uma pessoa após o devido processo legal, chegando em seu pleno fim, com o trânsito em julgado, para, diante de todo arcabouço probatório produzido, uma pessoa será considerada culpada.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**, 7ª edição, 4ª tiragem, Salvador: Juspodivm, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2002.

ARGENTINA, **Constitucion de La Nacion Argentina**. Disponível em: http://www.constitution.org/cons/9_argentin.htm; acessado em: 30/04/2016. Tradução: “nenhum habitante da nação pode ser apenado sem juízo prévio, fundado em lei anterior ao feito do processo, nem preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente”

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BAUER, C. S. **Presenças da ditadura e esperanças na Constituição: as demandas da população sobre a prática da tortura**. Estudos Ibero-Americanos, v. 45, n. 1, 2019. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/31164>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BEZERRA, J. **Ditadura Militar no Brasil (1964 -1985)**. Toda Matéria, 2019. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/ditadura-militar-no-brasil/>. Acesso em: 27/04/2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm acesso em: 23 de dez de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43** Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Voto Ministro Edson Fachin, 7 de novembro de 2019, pág. 3. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> >. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292** São Paulo. Relator: Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, 17 de fevereiro de 2008, pág. 12. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >. Acesso em: 28 mar. 2022.

COUTO, Ronaldo Costa. **História Indiscreta da Ditadura e da Abertura**. Record, Rio de Janeiro, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

G1. Cidades têm manifestações contra decisão do STF sobre prisão após condenação em segunda instância. Política. Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/09/cidades-tem-manifestacoes-contra-decisao-do-stf-sobre-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2022.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Âmbito Jurídico, São Paulo, 03 de dez de 2013 Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/> > Acesso em: 20, mar de 2022.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. UFSC, Florianópolis, 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MARQUES, Fernando. **Ativismo judicial: common law e civil law**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/ativismo-judicial-common-law-e-civil-law/> . Acesso em: 16 de fev. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição, Malheiros, 2000.

MIURA, Raquel. **Pedindo fechamento do STF, manifestantes pró-Bolsonaro invadem Brasília**. RFI. Disponível em: < <https://amp.rfi.fr/br/brasil/20210907-pedindo-fechamento-do-stf-mancha-verde-e-amarela-invade-bras%C3%ADlia>>. Acesso em: 21 de novembro de 2021

MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Direito Penal-Teoria e Prática 1ª e 2ª fase OAB**, 10ª Edição, Juspodivm, 23/09/2021.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**, II – República. 2000.

NUCCI, Guilherme; **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-apresuncao-de-inocencia2/#:~:text=o%20Professor%20Nucci,A%20decis%C3%A3o%20do%20STF%20acerca%20do%20cumprimento%20da%20pena%20ap%C3%B3s,e%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia&text=A%20ampla%20defesa%20%C3%A9%20um,dileto%20do%20devido%20processo%20legal>. Acesso em 26 de março de 2022 às 01:06

OLIVEIRA, Luan. **A natureza jurídica da prisão decorrente da execução “provisória” da pena**. Repositório Digital da Asces. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2414>. Acesso em: 26 de mar. 2022.

PASSOS, Marcelo. **O Princípio do Estado de inocência: Um debate Atual**. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/77492/o-principio-de-estado-de-inocencia>. Acesso em: 15 de fev. 2022

SANTIAGO, Emerson. **Pacto de São José da Costa Rica**. InfoEscola.com. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>. Acesso em: 21 dez 2021
SKIDMORE, Elliot. E. **De Getúlio a Castelo (1930 – 1964)**. Rio de Janeiro: Saga, 1969.

SOUSA, A. C.; LEITÃO, M. C. **Da Mutação Constitucional Ao Ativismo Judicial: Uma Análise do Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Prisão em Segunda Instância**, Direito em Debate, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10101>. Acesso em: 27 abr 2022.

STRECK, L L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais – Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos. V.08 nº 02. Itajaí: Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2003.

TEXEIRA DE FREITAS. Rafael H. Guimarães. **A Mutação Constitucional Via Interpretação Nas Decisões Do Supremo Tribunal Federal Que Tratam Da Efetivação De Direitos e Garantias Fundamentais**. 2013. 144 fls. (Constitucional) – Faculdade de Direito de Vitória Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, 2013.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.