

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM  
SEGUNDA INSTÂNCIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA**

**THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE  
PENALTY IN SECOND INSTANCE IN FACE OF THE PRINCIPLE OF THE  
PRESUMPTION OF INNOCENCE**

Ivy de Souza Abreu<sup>1</sup>  
Andrea Silva Longue Alves  
Daniele Delfino Loyola  
Yasmim Betini Andrade<sup>2</sup>

**RESUMO**

Apesar da Constituição Federal de 1988 ser caracterizada como rígida, cada vez mais se destacam inovações jurisprudenciais que têm levado a demérito os preceitos fundamentais desta Lei Maior, colocando-a em mesmo nível hierárquico que qualquer outra norma. Contudo, a fim de combater tal arbitrariedade, o controle de constitucionalidade busca fazer valer sua supremacia. Neste cenário, este trabalho buscou acompanhar um momento histórico pátrio em que, pelo controle de constitucionalidade, se questionou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, por meio das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs 43, 44 e 54), que foram motivadas por decisões que permitiram que fosse dado início ao cumprimento de pena após condenações em segunda instância, desobedecendo ao texto do referido artigo e, reflexamente, afrontando cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988. Esse tipo de prisão confronta com o princípio basilar constitucional da presunção da inocência, em que só se atribui culpa ao processado após trânsito em julgado, não encontrando previsão legal para sua aplicação. Nesse passo,

---

<sup>1</sup>Doutora em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Público. MBA em Gestão Ambiental. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Biodireito e Direitos Fundamentais". Avaliadora da Revista Opinião Jurídica do Chile (qualis A2). Avaliadora da Revista Brasileira de Políticas Públicas (qualis B1). Avaliadora da Revista Brasileira de Direito (qualis A1). Advogada. Bióloga. Professora Universitária.  
<sup>2</sup>Graduandos em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim;

apresenta-se as argumentações de cada vertente, o contexto histórico-político e o desfecho dessas ADCs.

**Palavras-chave:** (In)constitucionalidade, Garantias Fundamentais, Princípios, Execução de Pena, Presunção de Inocência, Julgamento.

### **ABSTRACT**

Although the Federal Constitution of 1988 is characterized as rigid, more and more jurisprudential innovations have been observed that have leddemerit the fundamental precepts of this Major Law, placing it on the same hierarchical level as any other norm. However, in order to counter such arbitrariness, constitutionality control seeks to enforce its supremacy. In this scenario, this work sought to accompany a historical moment in which, by controlling constitutionality, the constitutionality of article 283 of the Criminal Procedure Code was questioned, through Direct Constitutionality Actions (ADCs 43, 44 and 54), which were motivated by decisions that allowed the execution of the sentence after convictions in second instance, disobeying the text of that article and, reflexively, violating the stone clause of the Federal Constitution of 1988. This type of arrest confronts the constitutional basis principle of the presumption of innocence, in which blame is only attributed to the prosecuted after res judicata, finding no legal provision for its application. In this step, the arguments of each strand, the historical-political context and the outcome of these ADCs are presented.

**Keywords:**(in) constitutionality, fundamental guarantees, principles, execution of sentence, presumption of innocence, trial.

## **1 INTRODUÇÃO**

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a possibilidade de prisão após condenação em 2º instância, ainda que a decisão esteja sujeita a recurso especial e extraordinário (HC 126.292), suscitou na doutrina uma discussão acerca de sua constitucionalidade à luz do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O atual posicionamento do Supremo, após decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP de 2016, retomou o entendimento tradicional favorável à execução provisória da pena privativa de liberdade quando houver condenação em segunda instância, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, na pendência de interposição ou julgamento dos recursos especial e extraordinário nas instâncias superiores.

Entretanto, apesar de já ter firmado seu entendimento favorável à prisão após condenação em segunda instância, continua em pauta no Supremo Tribunal Federal a discussão acerca da possibilidade da execução antecipada da pena, (ADC's 43, 44 e 54), o que tem gerado grande repercussão no cenário jurídico nacional atual, diante das oscilações no entendimento jurisprudencial do Supremo e da influência da mídia e da população acerca do discurso da impunidade.

A maior controvérsia, portanto, principalmente após o julgamento do Habeas Corpus do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, é a questão da (in)constitucionalidade da prisão, uma vez que, o já citado texto Constitucional de 1988, artigo 5º, inciso LVII, deixa expresso a necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o indivíduo finalmente e inegavelmente seja considerado culpado, discutindo-se eventual violação ao princípio basilar constitucional da presunção de inocência.

Decerto tem-se que a liberdade é tutelada de tal forma pela Constituição que a prisão teria um caráter estritamente excepcional. Tanto que o indivíduo só poderia ser preso após o trânsito em julgado da sentença que o condenou. Contudo, surgem outras hipóteses de prisão autorizadas pela própria Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXI) e previstas no artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), quais sejam: prisão em flagrante delito; prisão preventiva; prisão temporária; e aquela, já mencionada, decorrente do trânsito em julgado da sentença condenatória, prisão pena.

O cerne de toda discussão é: a execução provisória da pena privativa de liberdade, após condenação em segunda instância, sem sequer ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, ainda na pendência dos recursos especiais e extraordinários ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal

Federal, trata-se de medida constitucional ou inconstitucional, em face do princípio da presunção de inocência consagrado na Lei Maior?

É de suma importância esta investigação em virtude de estar em risco, além da liberdade do indivíduo, outro direito fundamental de extrema relevância, que é o direito do réu ser presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também previsto na Lei Maior. Portanto, é inegável que a prisão causa um impacto irreversível na vida de qualquer cidadão, porém, é também incontestável que esse impacto seria ainda maior caso o indivíduo, após análise dos recursos de natureza extraordinária, fosse inocentado ou tivesse sua pena reduzida, ou seja, caso fosse injustamente preso antes de terminadas todas as fases do devido processo legal.

## **2 O NEOCONSTITUCIONALISMO, O GARANTISMO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

De acordo com Estefam e Gonçalves (2018), houve um período legalista em que o Judiciário deveria aplicar a lei apenas de modo literal, não podendo fugir do que estava escrito, mesmo que confrontasse com o sentimento de justiça ou não houvesse harmonia com os preceitos constitucionais.

Porém, com o declínio do chamado pelos autores de “estado legalista” surgiram Constituições Modernas com grande força normativa, dando origem ao Estado Constitucional de Direito, que tem por base a limitação do poder estatal e a supremacia da Constituição, a qual é fonte de todas as demais normas infraconstitucionais, o que se define como constitucionalismo.

Conforme explica Lenza (2018), desenvolveu-se uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, que é o chamado neoconstitucionalismo, ou mesmo constitucionalismo pós-moderno, o qual ressalta a supremacia do texto constitucional, porém não mais com enfoque apenas nas normas em seu caráter formal, mas destaca que há também a hierarquia axiológica, ou seja, os valores e princípios constitucionais devem ser observados pelo Poder Público, por também possuírem caráter imperativo

e superior em relação a toda e qualquer outra norma, atribuindo grande carga axiológica aos direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, quanto à atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes (LIMA, 2012, p.65).

Cumprir destacar que a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Penal é fundamental, conforme destaca Nucci (2019), uma vez que seus princípios estão consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo impossível, desta forma, estudar a ciência penal sem o prévio conhecimento dos princípios constitucionais que o regem, como forma de garantir os direitos individuais.

Fica evidente, portanto, que há a imposição dos princípios constitucionais sobre o legislador e o juiz, os quais, em um Estado Democrático de Direito, tem como fundamento a dignidade humana e ditam uma série de limites a esses agentes, concluindo que a inconstitucionalidade não decorre apenas da contrariedade a uma regra da Lei Maior, como também decorre da contrariedade a um princípio nela contido (LIMA, 2012).

Tais princípios possuem como essência, conteúdo moral, conferindo ao ato judicante maior grau de segurança por possuir viés de conhecimento real e verdadeiro, portanto, não suscitando interpretação discricionária. Desta forma, conforme afirma Lopes e Ribeiro (2014, p. 12) as ações do Estado “só serão genuinamente éticas e políticas quando a norma jurídica e a ação estatal forem garantistas e afirmadoras dos direitos fundamentais”, respeitando, assim, própria Carta Magna, que possui caráter garantista. Para os autores “o modelo normativo de direito, como proposição garantista, impõe que todos e, principalmente, os criadores da norma respeitem o direito posto”.

Nesse sentido, após verificar a supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, Lenza (2018, p. 1278) traz a pergunta que tem sido alvo de grande debate e discussões jurisprudenciais no âmbito do Supremo

Tribunal Federal: “é possível a execução provisória de acordo penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial e extraordinário?” A questão é saber se a antecipação da prisão pena viola ou não o princípio da presunção de inocência, o que definirá conseqüentemente se a medida é constitucional ou inconstitucional.

### **3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, consagra o princípio da presunção de inocência ao estabelecer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também conhecido como princípio da não culpabilidade. Trata-se de um princípio basilar do Estado de Direito, segundo o qual para que alguém seja considerado culpado é necessária decisão definitiva do órgão competente, o que somente ocorre com o trânsito em julgado, até então, portanto, o indivíduo é presumido inocente, valendo a regra da liberdade (MORAES, 2018).

Além da previsão constitucional, o princípio é previsto historicamente em diplomas internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, o qual possui mesmo nível hierárquico das normas previstas na Lei Maior, por esta razão, quando a norma infraconstitucional for conflitante com os tratados de direitos humanos subscritos se tornará inaplicável, ou seja, havendo colisão não terá eficácia jurídica (LOPES JR.; BADARÓ, 2016).

Conforme explica Rangel (2018), o princípio da presunção de inocência surgiu a partir da necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio estatal, no período inquisitório, em que o acusado não tinha nenhuma garantia do Estado que apenas queria, a qualquer custo, sua condenação, presumindo-o culpado como regra. O autor traz como marco dos direitos e garantias fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual trouxe uma maior proteção da inocência do acusado, e define, ainda, que a Constituição de 1988 consagrou pela primeira vez o

princípio, proclamado em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas – ONU.

Aury Lopes Júnior (2018) destaca que a presunção exige uma pré-ocupação, um verdadeiro dever imposto ao juiz de preocupação em tratar o imputado como inocente durante o curso do processo, uma vez que o princípio constitui regra de tratamento e regra de julgamento, dado que o populismo punitivo, ou seja, as expectativas sociais em torno da punição imediata como forma de “combater a impunidade” não podem prevalecer em detrimento dos direitos e garantias constitucionais.

Assim, o princípio em tela é garantia fundamental inerente a todo ser humano e protegido pelo já estudado Estado Democrático de Direito, o qual tem o objetivo de proteger o cidadão contra as arbitrariedades do Estado resguardando um de seus maiores bens, a liberdade, que é a regra, razão pela qual deve ser aplicado por não existir margem para flexibilização de seu conteúdo e extensão. Dessa forma, conclui-se que o cidadão só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado, ou seja, quando a sentença se tornar definitiva, não mais passível de recursos, gerando a coisa julgada material (CALEFFI, 2018).

#### **4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Ao analisar a trajetória dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade, verifica-se, portanto, oscilação jurisprudencial. Mesmo após a Constituição de 1988, o STF reconheceu e manteve a possibilidade da prisão em vários Habeas Corpus que foram impetrados, tendo, inclusive, editado as súmulas 716 e 717. Desde 1991, com o HC 68.726, a corte continuou seguindo com o entendimento tradicional o qual admitia a referida prisão, mesmo havendo discordância de entendimento entre seus ministros, mas sempre vencendo pela maioria deles (LENZA, 2018).

A virada jurisprudencial ocorreu em 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG (BRASIL, 2009), no Tribunal Pleno, por 7x4 foi declarada a

inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, por entender que contraria ao disposto no inciso LVII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o qual consagra o princípio da presunção de inocência. O julgamento ressalta que as possibilidades de prisão antes do trânsito em julgado se dão somente em caráter cautelar, desde que obedecidos os requisitos legais, bem como defende o direito à ampla defesa, ao devido processo legal, à liberdade, dentre outros argumentos que corroboram com a tese da inconstitucionalidade da prisão pena antecipada.

Porém, em 2016, no julgamento do Tribunal Pleno do Habeas Corpus 126.292/SP (BRASIL, 2016), mudou-se novamente o entendimento, retomando a jurisprudência tradicional, a qual permite a execução da pena antes do trânsito em julgado, ainda na pendência dos recursos especial e extraordinário, alegando que não ofende ao princípio da presunção de inocência previsto na Constituição, uma vez que o exame dos fatos se exaure nas instâncias ordinárias, não mais se discutindo o mérito em sede de recursos de natureza extraordinária, os quais são restritos à matéria de direito, o que justificaria a relativização, ou a própria inversão, do princípio da presunção de inocência.

Importa destacar que o artigo 283 do Código de Processo Penal de 1941, por meio da lei 12.403/2011, concretizou a garantia constitucional ao estabelecer que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011).

Antes da edição da referida lei, a execução antecipada da pena privativa de liberdade, ainda que não ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, estava prevista no Código de Processo Penal em dispositivos específicos, quais sejam, artigos 391, inciso I, 408, §2º e 594, todos contrariando o então consagrado princípio da presunção de inocência e, portanto, não poderiam ter sido recepcionados e mais, não poderiam ter sustentado uma jurisprudência favorável a execução antecipada da pena, por anos após a promulgação da Constituição de 1988.

Os artigos 408, §2º, e 594 do Código de Processo Penal previam, respectivamente,

que toda pessoa condenada em sentença recorrível ou pronunciada, deveria ser, em regra, recolhida à prisão se quisesse recorrer ou para ser submetida ao tribunal do júri. Já o artigo 393, inciso I, do mesmo Código, determinava que o réu, condenado por sentença recorrível, em crimes inafiançáveis e afiançáveis enquanto não prestasse fiança, deveria ser preso (CALEFFI, 2018).

Nesse sentido, Gustavo Gradineti de Carvalho ao citar Alexandre Wunderlich (2007), manifestava sua indignação e incoerência do dispositivo, ao indagar “por qual motivo o Instituto da fiança criminal obsta a execução da pena e o princípio constitucional da Presunção de inocência não? ” Conquanto a então escolha jurisprudencial de continuar a aplicar os citados artigos, mesmo com a clara violação da Constituição, após anos de polêmica e discussões doutrinárias, as leis nº 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11 revogaram os referidos dispositivos.

A verdade é que as reformas promovidas nos anos de 2008 e 2011 fizeram com que surgisse, à época, a sensação de que o sistema processual penal brasileiro estava se amoldando aos preceitos constitucionais, em especial no que se referia à presunção de inocência. Assim, gerou-se uma nova perspectiva em relação às prisões derivadas de sentenças penais recorríveis, principalmente pelo fato de o legislador ter estabelecido claramente que seus pressupostos deveriam ser os mesmos da prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal) (CALEFFI, 2018, p.55).

Todavia, ocorreu essa repentina virada jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal, que vinha adotando entendimento contrário à execução antecipada da pena desde as alterações legislativas, mudou radicalmente sua jurisprudência para àquela advinda de momento anterior à nova Constituição.

Trata-se, segundo Gustavo Grandinetti de Carvalho (2004), da incongruência de se admitir uma prisão que não se adequa a nenhuma das espécies previstas pela Constituição, já expressando seu entendimento quanto a sua inconstitucionalidade ainda na vigência dos dispositivos do Código de Processo Penal, revogados em 2008 e 2011.

A Constituição proibiu, terminantemente, que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade. Não previu a Constituição

qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. (CARVALHO, 2004).

Ainda nas palavras de Carvalho (2004), é possível trabalhar o seguinte questionamento: se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos casos permitidos, cautelaridade e pena? (CARVALHO, 2004).

Nessa perspectiva é pertinente esclarecer que a prisão cautelar e a prisão pena são as únicas admitidas, legal e constitucionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo entendidas como cautelares, as prisões preventiva e temporária, cabíveis em situações e hipóteses excepcionais e bem esclarecidas pela lei. A prisão pena, por sua vez, se resume àquela após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, tornando definitiva o imposto na sentença (EVINIS TALON, 2017).

Assim, se antes, quando tais prisões eram legalmente previstas, já havia polêmica quanto a sua constitucionalidade, quanto mais agora, quando a atual prisão está embasada em critérios não legais, mas tão somente em fundamentos inadmissíveis no processo penal, invertendo os polos resguardados pelo seu próprio garantismo, a saber, o juiz criminal não tem poderes gerais de cautela e quando se trata de forma, essa é tida como garantia do réu no curso do processo penal (TALON *apud* LOPES JR. 2012, p.778).

Desta forma, antes da sentença condenatória transitada em julgado, preenchidos os requisitos existentes, quais sejam, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, só serão admitidas, a título de natureza cautelar, as prisões provisórias preventivas, que visam proteger o resultado concreto do inquérito ou do processo, e as prisões temporárias, as quais protegem as investigações criminais, sendo admitida ainda a prisão em flagrante, mantida somente se decretada em preventiva, possuindo natureza precautelar. A legislação infraconstitucional, da mesma forma, não dá margem a nenhum outro tipo de interpretação ou criação de prisão a não ser as expressamente previstas, sendo as demais, além de inconstitucionais, consideradas ilegais (AVENA, 2018).

No intuito de tentar legitimar esta mutilação constitucional, que excedeu os limites semânticos da Carta Magna, há quem diga que os recursos extraordinários são utilizados exclusivamente para fins protelatórios, ocasionando a prescrição da pretensão punitiva estatal em razão da demora no julgamento. De acordo com Bottino e Recondo (2018), 75% a 80% dessas decisões não são modificadas, fato, todavia, que não justifica a injustiça contra o restante dos acusados que sofram penas que somente mais tarde serão consideradas indevidas. Dessa forma, optou o STF por permitir que culpados cumpram a pena antecipadamente, pouco importando que inocentes também a cumpram de forma indevida por um período, o que vai de encontro ao texto constitucional.

Amaral e Caleffi (2017, p. 1075) acrescentam ainda que “o clamor social pela punição de eventuais suspeitos não pode ser maior do que a preocupação de não submeter um inocente a uma injusta condenação”. Para os autores, é preferível que existam culpados em liberdade, do que inocentes presos injustamente, pois ainda que mínima a quantidade de reformas, anulações ou modificações das sentenças condenatórias nas Cortes Superiores, o preço de uma indevida condenação na vida de uma pessoa é incalculável e irreversível, os recursos, portanto, devem ser vistos não como meras peças protelatórias, mas sim como um verdadeiro instrumento de cidadania e de efetivação jurisdicional da democracia.

Tendo em vista os argumentos apresentados, David e Bonato (2018) afirmam que a decisão da Suprema Corte se vincula apenas ao senso comum, com intuito de satisfazer aos anseios da população em punir de forma rápida e sob influência da mídia que pregam o discurso da impunidade. Nesse sentido, como bem destaca Lopes Jr. (2018), o STF tentou resolver a problemática da impunidade com o atropelo aos direitos e garantias constitucionais, satisfazendo erroneamente as expectativas sociais, sendo a execução antecipada da pena mera pseudossolução para a problemática, nada sendo feito efetivamente para solucionar a (de)mora jurisdicional no julgamento dos recursos de natureza extraordinária.

O Supremo Tribunal Federal, consagrado guardião da Constituição Federal de 1988, negou sua interpretação literal, ou seja, modificou a interpretação do seu artigo sem alteração do texto, sem que haja margem para essa flexibilização, por não possuir

legitimidade para reduzir garantias individuais ampliando o poder punitivo estatal, posto que sua função é assegurar os direitos consagrados na Lei Maior, bem como defender o Estado Democrático de Direito (BOTTINO; RECONDO, 2018).

Aury Lopes Júnior (2018) enfatiza que os acusados não podem ser considerados culpados após decisão de segundo grau, alegando que a liberdade sofreu um duro golpe com a decisão equivocada do STF no HC 126.292, uma vez que o Brasil recepcionou a presunção de inocência de forma expressa na convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Estabelece que o princípio, cláusula pétrea e reitor do processo penal brasileiro, é um verdadeiro dever de tratamento imposto ao juiz e que, ao antecipar a execução da pena, estaria presumindo-o desde logo culpado.

Diante do exposto, não restam dúvidas acerca da supremacia da Constituição Federal de 1988 sobre os demais ordenamentos infraconstitucionais, por esta razão Caleffi (2018) declara expressamente que a execução provisória da pena privativa de liberdade afronta as garantias fundamentais do acusado, frustrando o histórico de conquistas democráticas, além de violar frontalmente o texto constitucional e seus princípios, a legislação processual penal e preceitos internacionais, bem como a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por esta razão, a decisão proferida pelo STF ao julgar o HC 126.292/SP fere a garantia constitucional do estado de inocência, pugnano David e Bonato (2018) pela modificação do entendimento atual, com a retomada urgente do posicionamento anterior decidido no HC 84.078/MG, para que seja efetivamente cumprida a garantia constitucional da presunção de inocência e o respeito ao conceito de trânsito em julgado.

Por todos esses aspectos, em parecer formulado após pedido de consulta, utilizado nos embargos de declaração interposto no HC 126.292/SP, Lopes Jr. e Badaró (2016) concluem que a Constituição Federal de 1988 é clara ao definir como marco temporal final da garantia do estado de inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando se torna imutável, o que não se confunde com sentença recorrível ou julgamento em segundo grau. Destacam, ainda, que durante o prazo

recursal ou antes do julgamento final dos recursos especial e extraordinário vigora a regra de tratamento da presunção de inocência, logo, em razão de todo o exposto, a antecipação do cumprimento da pena é manifestamente inconstitucional.

## **5 JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 e 54 em 2019**

À vista de todos os ocorridos, como forma de materialização do inconformismo da comunidade jurídica, foram ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, as ADC's 43, 44 e 54, visando a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que prevê o seguinte:

Art, 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do Processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011).

O referido dispositivo traduz, no âmbito do Processo Penal, as hipóteses de privação de liberdade admitidas, atualmente, pela própria Constituição Federal, quase transcrevendo literalmente o previsto no artigo 5º, inciso LXI da CF. Desta forma, traduz-se como constitucionais as prisões preventiva e temporária, ambas aplicadas no curso das investigações, não caracterizando cumprimento de pena, atuando como medidas cautelares que visam assegurar o curso da investigação ou do processo, sendo denominadas pela doutrina como prisão processual.

Todavia, até pouco tempo, as mencionadas ações declaratórias de constitucionalidade não haviam sido julgadas, mas tão somente o requerimento de medida cautelar, em 10/11/2016, o qual não surtiu efeito para paralisar a execução antecipada da pena em segunda instância antes do seu trânsito em julgado. Nesses termos, prevaleceu o entendimento de que esta prisão não fere o princípio constitucional da presunção de inocência. A par disso, o Ministro Luís Roberto Barroso, na ementa de seu voto do julgamento da medida cautelar, argumentou que a prisão não era ilegal e não era uma criação do Supremo Tribunal Federal (ADC 43 e 44, STF, 2016).

O reconhecimento da legitimidade da prisão após decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata

de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do artigo 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal. (BRASIL, 2016).

Entretanto, há certa incoerência nesses fundamentos, vez que o artigo 283 do Código de Processo Penal é explícito em obrigar o trânsito em julgado da decisão condenatória para que só então se imponha ao condenado a execução da sua prisão pena. Outrossim, o fato de as ações declaratórias terem sido negadas, não impõe aos juízes o poder geral de cautela como exigência de se vincular à execução antecipada da pena em todas as condenações (LENZA, 2017).

Por outro lado, não há lógica na quebra repentina de uma jurisprudência compatível com a Constituição, já que é preciso que o Estado Democrático de Direito tenha certo nível de estabilidade em suas relações sociais, sendo o poder constituinte limite do próprio Supremo Tribunal Federal que desafia a soberania popular ao confrontar a Constituição, à qual tem o dever de guardar e não de mitigar e interpretar seus princípios e regras de maneira arbitrária, ao seu bel prazer. Ainda mais quando se trata da liberdade, direito sagrado da vida humana e consagrado na carta magna, para que situações como essa não colocassem em risco a dignidade humana (NASCIMENTO, 2018).

Recentemente, em 17/10/2019, o tão aguardado julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 se iniciou em sessão extraordinária no STF, momento em que se propiciou a manifestação de *amicuscuriaes*, os quais, em sua maioria, entendeu como fundamental o atendimento ao preceito constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal, não sendo suportável o início da execução da pena antes de o processo transitar em julgado. Em sessões posteriores, manifestaram-se a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República. Ao findar, os Ministros prolataram seus votos em duas sessões, fato que causou muitas expectativas e especulações, mas que obteve o resultado de seis votos a cinco derrubando a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, buscou-se trazer por este trabalho uma análise acerca da recente temática em discussão no Judiciário, em que se analisa a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, a qual tem sido aplicada em decorrência da incongruência interpretativa da Suprema Corte brasileira, após alguns julgados.

Tais incongruências resultaram de entendimentos sanfonados que colocaram em xeque as garantias constitucionais do direito à liberdade, ao devido processo legal e, especialmente, à presunção da inocência, sob o risco de, em caso de condenação em segunda instância, iniciar cumprimento de pena, mesmo sem que esteja transitado em julgado, ou seja, que se busque todos os meios de defesa nas esferas superiores do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se dos recursos especial e extraordinário, respectivamente. Ou seja, uma afronta à Constituição Federal de 1988.

Neste viés, no tópico dois deste trabalho, ao abordar o neoconstitucionalismo, o garantismo penal e os direitos fundamentais, destacou-se a evolução da perspectiva constitucionalista, quando se passou a atribuir os princípios constitucionais caráter imperativo e superior em relação às demais normas, situação em que não poderiam mais ser negligenciados pelos legisladores e julgadores, a fim de garantir a dignidade humana. Logo, tem-se que a antecipação da pena configura desprezo aos primados princípios que embasam a Carta Magna.

Nesse sentido, ao avaliar a questão acerca da (in)constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal é necessário considerar o princípio da presunção da inocência, conforme demonstrado no tópico três deste trabalho, pois trata-se de princípio basilar no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, tem-se que deverá ser imputada inocência ao acusado durante o curso do processo, até que se esgotem todas as vias recursais que se pretenda acessar. Dessa forma, resta como evidente a constitucionalidade do artigo, notoriamente como forma de proteção contra possíveis arbitrariedades do Estado.

Ainda considerando o princípio supracitado, no tópico quatro busca-se apresentar a trajetória do STF na formulação do entendimento acerca da prisão em segunda instância, demonstrando evidente oscilação jurisprudencial, mesmo havendo divergências interpretativas entre os Ministros no tocante a este tema.

Como consequência de tal oscilação, muitas prisões em segunda instância foram decretadas. O que, na prática, demonstra verdadeiro descaso ao texto Constitucional, pois tais prisões não possuem previsão legal ou natureza jurídica definida, vez que não se trata de prisão cautelar nem provisória. Além disso, obviamente, como dito anteriormente, também não se trata de prisão pena, pois ainda não houve trânsito em julgado. Ademais, se é direito fundamental, não há que se falar que qualquer via de recurso possua caráter protelatório, como se alega.

Contudo, com o findar do julgamento das ações diretas de constitucionalidade 43, 44 e 54 que estavam em trâmite, por meio da decisão proferida em 07/11/2019, venceu o entendimento de que o texto do artigo 283 do CPP é constitucional e, portanto, que não será admissível o início de cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Ou seja, somente após trânsito em julgado.

É importante destacar que o controle de constitucionalidade foi instrumento de grande valia para esta decisão de cunho tão polêmico e de repercussão internacional, cabendo ao órgão guardião da Constituição Federal, o STF, o julgamento, por meio do qual fez valer sua principal atribuição, com um desfecho sensato e fiel ao ordenamento Pátrio.

Em linhas gerais, observou-se que, apesar das possíveis pressões políticas envolvidas nestas ADCs, a preocupação com a dignidade do indivíduo prevaleceu, em obediência às garantias fundamentais constitucionais, a fim de que não se perca de vista a concepção de que não se repõe ao injustiçado a liberdade que lhe foi tirada, mesmo que por apenas um dia. Além disso, o retrocesso seria incabível, pois desvaloraria a Suprema Lei e todos os institutos internacionais que, nesse sentido, vão ao seu encontro, tais como a Declaração Nacional do Direitos Humanos (1948) e o Pacto São José da Costa Rica (1969).

## 7 REFERÊNCIAS

AMARAL, A.J.; CALEFFI, P.S.P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set/dez 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/102>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

AVENA, Norberto. Prisão processual – medidas cautelares diversas da prisão. Liberdade provisória. In: \_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, cap. 11, p. 1032-1234.

BOTTINO, T.; RECONDO, F. **Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena**: supremo mirou o que viu, mas acertou o que não viu. Jota, mai. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

BRASIL. Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, 4 mai. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG, Tribunal Pleno. Impetrante: João Eduardo de DrumondVerano e outro. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570#decisoes>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e a execução da pena provisória no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DAVID, D. F.; BONATO, G..Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1143- 1174, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

ESTEFAM, A.; GOLÇALVES, V. E. R. A constitucionalização do direito penal. In: LENZA, Pedro (org.). **Direito penal esquematizado: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, cap. 3, p. 88-93.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., A.; BADARÓ, G.H. **Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer formulado em consulta a ser utilizado nos embargos de declaração interposto no HC 126.292/SP**. São Paulo, 20 de maio de 2016. Disponível em: <[https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 07 jun. 2019.

LOPES JR., Aury. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, cap. 1, p. 29-126.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta; RIBEIRO, Rafael Lima. As acepções da teoria do garantismo. **Revista Pensar Acadêmico**, Manhuaçu, MG, 2014, v.10, n.1, p. 9-13. Disponível em: <http://www.pensaracademico.facig.edu.br/index.php/pensaracademico/article/view/1023>. Acesso em: 21 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direitos e garantias fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, cap. 3, p. 28-139.

NUCCI, Guilherme de Souza. Introdução ao direito penal. In: \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: parte geral arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, cap. 1, p. 1-34.

RANGEL, Paulo. Princípios básicos do processo penal. In: \_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018, cap. 1, p. 3-46.