



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

Faculdade de Direito - FaDir

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

**Prisão após condenação em segunda instância: uma abordagem à luz das oscilações
jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF)**

Vagner da Silva Braga

Professor orientador: Hector Cury Soares

Rio Grande, novembro de 2022.

RESUMO

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e desenvolve-se a partir do devido processo legal que se encontra arraigado nos principais diplomas internacionais e nas constituições de praticamente todo mundo. No Brasil, o Art. 5º, Inciso LVII, do texto constitucional, com fulcro na proteção do *jus libertatis* estabeleceu que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No entanto, apesar de o fundamento constitucional e infraconstitucional ser coeso para a afirmação e garantia de aplicação do princípio da presunção de inocência, iniciou-se um processo interpretativo dos tribunais, principalmente do STF, sobre o marco inicial para o cumprimento da pena. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem construído oscilação de jurisprudencial o que se transformou em celeuma jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse diapasão, ocorreram julgados nos anos de (1991, 2009, 2016 e 2019) onde ficou definido por vezes a possibilidade da execução provisória da pena pelo simples exaurimento das instâncias ordinárias (1991 e 2016). Já em outras oportunidades (2009 e 2019) permitiu-se a execução da pena apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, a frequente mudança de entendimento nas decisões da Corte Suprema de nosso país também causa enorme insegurança jurídica e me instigaram a buscar uma explicação de porque isso ocorre. Portanto, o objetivo deste trabalho foi verificar através das oscilações jurisprudenciais do STF se a execução da pena após exaurimento das instâncias ordinárias resulta de legítima interpretação constitucional pela corte ou constitui violação ao princípio da presunção de inocência. Confrontando o arcabouço principiológico envolvendo a presunção de inocência com as jurisprudências do STF percebe-se que apesar de a execução da pena após exaurimento das instâncias ordinárias ser uma interpretação legítima do pleno do STF no que se refere a prestação jurisdicional, claramente na ponderação de princípios viola o princípio da presunção de inocência. Outrossim, quatro oscilações jurisprudenciais do pleno em um lapso temporal de menos de 30 (trinta) anos promove instabilidade e insegurança jurídica às decisões proferidas pelo STF. Assim, conclui-se que a oscilação jurisprudencial do STF é preocupante tendo em vista que traz instabilidade decisória em uma temática de tamanha sensibilidade jurídica e social, que desorienta a sociedade e fere a credibilidade da jurisprudência da Corte perante o sistema jurídico.

Palavras-chave: Decisões do STF; Oscilação Jurisprudencial; Presunção de Inocência; Prisão em Segunda Instância; Trânsito em Julgado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	4
2. O ARCABOUÇO PRINCIPIOLÓGICO ENVOLVENDO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	5
3. OS DIPLOMAS LEGAIS INTERNACIONAIS E NACIONAIS QUE TRATAM DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	9
4. APRESENTAÇÃO DOS JULGADOS QUE ALTERARAM O ENTENDIMENTO SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	12
5. CELEUMA JURÍDICA ENVOLVENDO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	16
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	23

1. INTRODUÇÃO

Apesar de o arcabouço principiológico (constitucional e infraconstitucional) dialogar com os direitos e garantias fundamentais no sentido de garantir constitucionalmente o *jus libertatis* e que o réu somente pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, esse tema mostrou-se controvertido no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista a construção de quatro oscilações jurisprudenciais, mais especificamente nos julgados paradigma dos anos de (1991, 2009, 2016 e 2019). Nesta toada, por vezes as decisões culminaram na possibilidade de iniciar o cumprimento da pena após decisão em segunda instância (1991 e 2016), por outras vezes a pena passou a ser executada apenas com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (2009 e 2019).

Dessa maneira, a celeuma jurídica para definir o marco inicial para o cumprimento da pena, que resultou das reiteradas mutações constitucionais promovidas por modificações abruptas no entendimento jurisprudencial do pleno do STF, despertaram o interesse de juristas e doutrinadores para discutir o tema, analisando-o à luz do Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Portanto o intenso e rico debate, as controvérsias envolvendo a temática e as decisões oscilatórias do STF justificam o estudo desse tema. Ademais, meu interesse pessoal e os meus anseios profissionais que exigem sólido conhecimento das matérias de Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal, me instigam a buscar entender um pouco mais de temas relacionados a essa seara. Nesta senda, é natural que um tema de relevante controvérsia desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e que em 2019 ensejou no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43, 44 e 54 no que se refere constitucionalidade da redação conferida pela Lei nº 12.403/2011 ao Art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) tenha chamado minha atenção e despertado minha curiosidade.

A escolha do tema surgiu de estudos pessoais e da bibliografia de Direito Processual Penal disponível na biblioteca da FURG. Posteriormente, a busca inicial de referencial bibliográfico foi realizada nas plataformas de pesquisa Google, Google Acadêmico, Portal de Periódicos da Capes e Portal de Jurisprudência do STF utilizando os operadores booleanos (**e**, **ou**, “aspas”), pesquisando as seguintes palavras: princípio da presunção de inocência **ou** não culpabilidade; “execução provisória da pena”; presunção de inocência **e** execução provisória da pena; execução provisória da pena **ou** execução da pena após trânsito em julgado de sentença penal condenatória; por fim, “execução da pena após trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse ínterim, a presente pesquisa se propôs a verificar através das oscilações jurisprudenciais do STF se a execução da pena após exaurimento das instâncias ordinárias resulta de legítima interpretação constitucional pela corte ou constitui violação ao princípio da presunção de inocência. Para tanto, visando adentrar ao viés jurídico sobre a discussão acerca da constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância e sua relação com o princípio da presunção de inocência, a pesquisa foi desenvolvida a partir da análise da jurisprudência, com enfoque nos argumentos que embasaram as quatro decisões paradigma do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica na doutrina sobre o arcabouço principiológico envolvendo o princípio da presunção de inocência. Em seguida, realizou-se uma breve revisão histórica sobre a positivação do princípio da presunção de inocência em diversos diplomas legais nacionais e internacionais. Na sequência, passou-se a apresentação e análise das principais fundamentações contidas nos julgados paradigma que alteraram a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Posteriormente, com base na análise das jurisprudências atinentes ao tema, foi dado enfoque nos argumentos que embasaram as quatro decisões paradigma nos anos de (1991, 2009, 2016 e 2019) que constituem marcos temporais e ponto de viragem do entendimento sobre a possibilidade de execução provisória da pena pelo simples exaurimento das instâncias ordinárias ou não. Dessa forma, discutiu-se a celeuma jurídica envolvendo a presunção de inocência para responder ao problema de pesquisa. Nessa parte foram avaliados os principais argumentos que embasaram as referidas decisões com base na doutrina revisitando autores consagrados através da pesquisa bibliográfica em livros, artigos, teses, dissertações, trabalhos de conclusão de curso para trazer um enfoque diversificado sobre as nuances que envolvem a temática e construir um ponto de vista jurídico, sem entrar no mérito de questões e argumentos políticos envolvidos na temática.

Diante do embasamento jurisprudencial e doutrinário investigado neste trabalho, é possível responder, de forma fundamentada, a hipótese de pesquisa, sem, contudo, esgotar a celeuma jurídica acerca da possibilidade de execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, pois se trata de uma discussão extensa, profunda e repleta de desdobramentos.

2. O ARCABOUÇO PRINCIPIOLÓGICO ENVOLVENDO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Os princípios constitucionais penais e os processuais penais se integram (NUCCI, 2021, p. 49) e servem como mecanismos de limitação e legitimação do poder de punir do Estado (LOPES JUNIOR, 2022, p. 46). Dessa forma, é imperioso verificar os ramos do direito que tratam da presunção de inocência e a sua vasta relação com outros princípios legais e constitucionais. Nesta toada, Nucci (2021, p. 49) sustenta que na Constituição Federal de 1988 encontramos a maioria dos princípios que tutelam o processo penal brasileiro e que o conjunto dos princípios constitucionais forma um sistema próprio, com lógica e autorregulação (NUCCI, 2021, p. 49).

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e desenvolve-se a partir do devido processo legal que se encontra arraigado nos principais diplomas internacionais e nas constituições de praticamente todo mundo, bem como encontra seus alicerces na integração entre ramos do Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. No Brasil, o Art. 5º, Inciso LVII, do texto constitucional, com fulcro na proteção do *jus libertatis* estabeleceu que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse diapasão, depreende-se da relação dos ramos do direito que a presunção de inocência é estabelecida através da conexão de princípios fundamentais ligados aos direitos humanos e que possui uma relação de mútua instrumentalidade e complementabilidade entre o Direito Constitucional, Penal e Processual Penal (BARBAGALO, 2015; NUCCI, 2021, p. 49). Portanto, para entender de onde provém o embasamento processual e constitucional da aplicação do princípio da presunção de inocência e suas raízes é necessário primeiro compreender a função do Direito Penal e dos seus princípios.

Nesse contexto, os princípios norteadores do Direito Penal possuem como função precípua orientar o legislador ordinário para implementação de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, mínimo e garantista, bem como um Direito Penal embasado na culpabilidade (BITENCOURT, 2012, p. 03). Assim, o Direito Penal é um ramo do direito público que atua regulando e harmonizando as relações sociais, bem como oferecendo mecanismos de resolução de conflitos. Além disso, tem a função de proteção do cidadão contra arbitrariedades do Estado por meio de normas penais que ao mesmo tempo que punem, obrigam o convívio social (KHALED JR, 2010, p. 02). Por último, o Direito Penal ainda possui a função ético social que o relaciona a valores éticos (KHALED JR, 2010, p. 23).

Nesse sentido, o direito penal teria surgido com o intuito de conter a barbárie das práticas punitivas, bem como a vingança pessoal (KHALED JR, 2015, p. 04). Assim, o direito de punir decorreria do contrato social, onde todos cederam parte de suas liberdades em busca de proteção do Estado contra os malfeitores. Consequentemente, o estado passou a ser titular

do direito de punir sob uma promessa de promover uma segurança utópica (KHALED JR, 2015, p. 04-05).

Ademais, é importante ressaltar que o controle social se restringe ao direito positivo e dessa forma o princípio da legalidade ganha notoriedade no Direito Penal (KHALED JR, 2010, p. 03). Esse princípio se desdobra em outros dois: reserva legal (para existir crime deve ser tipificado em lei em sentido estrito e a pena cominada em lei) e anterioridade (a norma incriminadora deve ser anterior ao fato e a pena previamente cominada). De fato, a exigência de norma penal em sentido estrito para tipificação de um crime e a aplicação da referida pena enfatizam o princípio da legalidade (WIDAL, 2013). Isso ocorre porque o Direito Penal pode implicar em restrição a direitos individuais constitucionalmente assegurados, por exemplo, a liberdade de locomoção (KHALED JR, 2010, p. 03; WIDAL, 2013). Assim, no direito penal o *jus puniendi* é exercido de forma coativa por parte do Estado, que detém o monopólio do uso legítimo da força, através do seu poder de império (KHALED JR, 2010, p. 12-13).

Cabe ainda frisar que as mesmas normas que impõem sanções para violações de seus preceitos, conferem garantias ao cidadão diante do poder punitivo do estado, exigindo condições para seu efetivo exercício. A partir dessa premissa, observa-se que o Direito Penal enquanto controle social normativo, também possui uma função de proteção e garantia, aspecto importante para definir o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) (KHALED JR, 2010, p. 04). Do princípio da intervenção mínima depreende-se a ideia de subsidiariedade do Direito Penal, pois este somente deve ser aplicado quando outros ramos de direito se mostrarem ineficazes na tutela do bem jurídico. Desse modo, o Direito Penal não deve ser utilizado para tratar qualquer tipo de conflito, mas somente aqueles mais graves e com valores imprescindíveis para a sociedade, o que caracteriza a fragmentariedade da tutela jurídica penal. Nesta toada, o Direito Penal como garantista afasta o controle social por reações sociais incontroladas como a vingança, constituindo assim um instrumento mais racional, previsível e limitado (KHALED JR, 2010, p. 04-05).

De outra banda, os Princípios Constitucionais do Processo Penal trazem as regras para legitimar e limitar controle social e o poder punitivo estatal, constituindo um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição e um caminho necessário para chegar-se a uma pena (ou não pena), permeado por regras que limitam o exercício do poder punitivo. Tais princípios gozam de plena eficácia normativa, pois são verdadeiras normas (LOPES JUNIOR, 2022, p. 46). O autor ainda observa que o poder tende a ser autoritário e precisa de limites e de controle. Nesse contexto, a função do juiz no processo penal é atuar como garantidor dos direitos do acusado. Dessa forma, as garantias processuais constitucionais

são verdadeiros escudos contra o abuso/uso do poder estatal. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição (LOPES JUNIOR, 2022, p. 26).

Nesta toada, Nucci (2021, p. 49) enfatiza que a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal coordenam o sistema de princípios mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais, dos quais decorrem a maioria dos demais princípios. Apesar de a garantia da presunção de inocência estar arraigada na dignidade da pessoa humana e princípio do devido processo legal seu entendimento estende-se a partir do princípio do duplo grau de jurisdição, da razoável duração do processo, da efetividade jurisdicional tanto no ordenamento jurídico pátrio quanto em diplomas legais internacionais (BARBAGALO, 2015, p. 21). Assim, o Direito Processual Penal consagra que a culpabilidade não é presumida, devendo o suspeito ter direito a um devido processo legal e ser presumido inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (AVENA, 2020). Para um melhor entendimento desta conexão de princípios e poder entender o raciocínio dos ministros do STF para alterar tantas vezes seu entendimento se faz necessário a definição e contextualização dos principais princípios processuais penais relacionados com a presunção de inocência.

Inicialmente, a dignidade da pessoa humana, como princípio geral, informador e norteador do Direito, ressalta a preocupação que se deve cultivar para a preservação de bases mínimas de sobrevivência digna do ser humano. Dessa forma, a sociedade não deve submeter seus próprios membros a um castigo desproporcional à infração penal cometida (NUCCI 2021, p. 55), muito menos encarcerar alguém que ainda não possa ser considerado culpado, salvo quando estabelecidas as condições para a decretação de prisões cautelares (MELO, 2019). Nesta senda, o cultivo do prazer vingativo, muito embora possa constituir fator ligado à personalidade de vários indivíduos, não deve converter-se em objetivo do Estado, pois assim não mais se poderia falar em Estado Democrático de Direito e muito menos em respeito à dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2021, p. 55).

Outrossim, o devido processo legal sob a ótica do direito processual penal se destaca como espectro de garantias fundamentais até que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime passível de aplicação de sanção. Assim, no Estado Democrático de Direito o devido processo legal consiste na forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes. Portanto, percebe-se que este princípio também possui um aspecto de direito material, relacionando-se com os princípios penais, principalmente no que se refere à legalidade (NUCCI, 2021, p. 55).

Sobre a razoável duração do processo resta nítida a preocupação do legislador pós Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), passando a trazer a garantia individual do Art. 5º, LXXVIII, de que tanto nos processos administrativos como judiciais sejam assegurados a todos meios para que o indivíduo não fique eternamente à mercê do processo e da possibilidade de sanção (NUCCI, 2021, p. 81).

Na mesma esteira há o princípio da efetividade da jurisdição que consiste no dever de o Estado apreciar a demanda trazida de forma eficiente e rápida (SILVEIRA, 2016). A eficácia do princípio da tutela judicial efetiva resta observado quando ocorre o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“direito de recorrer”), visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica (BRASIL, 2019c, p. 57).

Outro princípio importante é o do duplo grau de jurisdição que significa ter a parte o direito de buscar o reexame do processo por órgão jurisdicional superior (NUCCI, 2021, p. 88), assim, vislumbra-se intrínseca correlação entre os princípios da presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, pois este se concretiza mediante a interposição de recursos, decorre da necessidade de possibilitar a determinados órgãos do Poder Judiciário a revisão de decisões proferidas por juízes ou tribunais sujeitos à sua jurisdição (AVENA, 2022, p. 30) enquanto que aquele garante com fulcro na proteção do *jus libertatis* que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (AVENA, 2020; BRASIL, 1988). Por fim, ainda cumpre ressaltar que a presunção de inocência, prevista no Art. 5º, Inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, sujeita toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação para os casos em que inexistem provas necessárias. Assim, incumbe ao Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente (BRASIL, 2019c, p. 55).

Nesta senda, o princípio da presunção de inocência em conjunto com a dignidade da pessoa humana, o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal, enfatizou o aspecto garantista do direito processual penal brasileiro (BRASIL, 2016b, p. 380).

3. OS DIPLOMAS LEGAIS INTERNACIONAIS E NACIONAIS QUE TRATAM DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ao analisar o princípio fundamental da presunção de inocência, é necessário verificar

seu histórico e a sua positivação em diplomas legais nacionais e internacionais.

De imediato, cumpre destacar que a presunção de inocência floresceu no âmbito internacional a partir do iluminismo (BARBAGALO, 2015, p. 21), passando a consagrar-se após o final da Segunda Guerra Mundial em diversos diplomas internacionais que tratam dos direitos humanos, dentre os quais vale citar a título exemplificativo: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) (BRASIL, 2016b, p. 380; SILVEIRA, 2016, p. 09).

No Brasil, a redação original do Código de Processo Penal de 1941, previa no Art. 594 como regra a prisão, mantendo o entendimento de que a condenação, mesmo que em primeiro grau, possui efeitos imediatos. Caso o réu decidisse recorrer só poderia com o início da sentença (SILVEIRA, 2016, p. 06). Tal redação foi alterada em 1973, dando um resquício inicial para o reconhecimento da presunção de inocência para réus primários e de bons antecedentes.

Até a revogação do então vigente, Art. 594, do Código de Processo Penal no ano de 2008, que dispunha ser a prisão decorrência da condenação, ressalvada a situação do réu que ostentasse primariedade e bons antecedentes, os precedentes dos Tribunais Superiores também estabeleciam a possibilidade da execução imediata da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, fundamentalmente em relação a este dispositivo. Conforme Silveira (2016, p. 08), o STF mantinha a orientação de que o mencionado artigo fora recepcionado pela Lei Maior, mesmo que a redação do diploma legal criasse um óbice insustentável de presunção de culpa para o sujeito que não primário ou que não detivesse bons antecedentes.

Na esteira dos diplomas legais internacionais, o princípio da presunção de inocência passou a ter status constitucional na Constituição Cidadã de 1988, consagrando-se no amplo rol de direitos e garantias fundamentais para a construção de um estado democrático de direito, mais especificamente no Art. 5º, Inciso LVII afirmando que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”(BRASIL, 1988).

Outrossim, o Art. 283 do Código de Processo Penal, que na redação original não tratava do trânsito em julgado para execução da pena, passou por alterações como a redação estabelecida pela Lei nº 12.403/2011. Assim, vide as ações declaratórias de constitucionalidade (ADC nº 43, 44 e 54) o Art. 283 do Código de Processo Penal correlacionou como regra a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória para execução da prisão, salvo as exceções das prisões temporárias ou preventivas (BRASIL, 1941).

Art. 283. 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.

Cumpra-se destacar que a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011 ao caput do Art. 283 do CPP foi recentemente alterada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Na nova redação restou estabelecida como exceção à regra da necessidade de condenação criminal transitada em julgado para a prisão de alguém, trazendo os casos das prisões cautelares no curso da investigação ou do processo para o sentido genérico, isto é, sem restringir a exceção apenas para duas espécies de prisões cautelares (prisão temporária ou prisão preventiva).

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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Assim, é imperioso frisar que a discussão a respeito do tema ainda não se esgotou e pode ainda voltar em um futuro não longínquo ao plenário do STF uma vez que a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011 ao caput do Art. 283 do CPP foi recentemente alterada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), demonstrando mais uma vez oportunidade para discussão jurisprudencial e doutrinária acerca do alcance constitucional do princípio presunção de inocência frente início do cumprimento da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Dessa forma, percebe-se a preocupação dos operadores do direito na aplicação dos princípios constitucionais, sendo a presunção de inocência um dos princípios mais discutidos tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Conforme Melo (2019, p. 04) a atenção especial ao princípio da presunção de inocência se deve a dois motivos: primeiro, pela sua importância nos cenários internacional e nacional, mas, especialmente, pelo fato de que momentos históricos nos quais esse princípio foi desconsiderado restaram assombrosos para a sociedade. Insta citar os julgados Período da Inquisição na Baixa Idade Média, ápice da violação da presunção de inocência e dos direitos humanos, nos quais se ao final do julgamento restasse alguma dúvida quanto a culpabilidade do indivíduo, ele não seria absolvido, mas sim condenado por um mero estado de dúvida ou uma semiprova.

Portanto, historicamente a aplicação do princípio da presunção de inocência promove intenso debate. De um lado defende-se que por sua relevância deveria ser aplicada de forma absoluta; de outro, defende-se a ponderação de princípios. Para se ter uma ideia desse debate no Brasil é necessário conhecer os quatro julgados paradigma dos anos de (1991, 2009, 2016 e

2019) onde permitiu-se nos anos de 1991 e 2016 a execução provisória da pena pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias. Já em 2009 e 2019 ficou definido que a execução da pena ocorreria apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

4. APRESENTAÇÃO DOS JULGADOS QUE ALTERARAM O ENTENDIMENTO SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

No julgamento do Habeas Corpus (HC) 68.726/DF, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, no ano de 1991, ocorreu a primeira discussão da Corte acerca da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Na oportunidade ficou estabelecido, por unanimidade, a legalidade da prisão antes do trânsito em julgado e que tal medida não ofende o princípio da presunção de inocência, pois os recursos extraordinário e especial eram recebidos com efeito devolutivo com fulcro nos arts. 637, do CPP e art. 27, § 2º, da Lei n. 8.030/90. Portanto, firmou-se a possibilidade de executar a sentença penal condenatória na pendência de julgamentos de recursos extraordinários e especial (BRASIL, 1991).

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, esgotadas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

No entanto, em 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG (Relatoria do Ministro Eros Grau), com nova composição, o STF alterou seu entendimento ao considerar ilegal a prisão após a condenação em segunda instância, uma vez que a medida passou a ser considerada incompatível com os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA" ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO

DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.

Os Ministros Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram no *writ* que nenhum país possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Enfatizaram ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil. O Ministro Menezes Direito ainda destacou que os Estados Unidos, o Canadá e a França são exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Entretanto, conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, a execução provisória de sentença condenatória, exceto para as medidas cautelares é incompatível com o sistema de nossa Constituição e, também, por se mostrar inconciliável com as várias declarações internacionais de direitos fundamentais. Portanto, a antecipação executória da pena privativa de liberdade, como se a sentença penal condenatória pudesse expor-se à execução meramente provisória, além de inconstitucional, revela-se profundamente lesiva ao "*status libertatis*" de qualquer pessoa (BRASIL, 2009). Através de uma análise superficial das sustentações e votos dos ministros, percebe-se que mesmo com maioria do pleno considerando ilegal a prisão após a condenação em segunda instância, o tema não restou pacificado.

Assim, não obstante a decisão do pleno em 2009, a temática voltou a reanálise, no ano de 2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Os ministros então firmaram novamente o entendimento da constitucionalidade da execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. Habeas corpus denegado.

O relator destacou que a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre: (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. Nesse sentido, também sustentou

o Ministro Barroso que em conflito aparente entre os princípios da presunção de inocência e o da efetividade das decisões judiciais, este último deveria prevalecer.

Posterior a referida decisão, a controvérsia jurídica envolvendo execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência instigou a propositura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 54, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), com o objetivo comum de declarar a constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), na redação conferida pela Lei nº 12.403/2011. As ações em controle concentrado de constitucionalidade, em síntese, foram ajuizadas por controvérsia constitucional provocada pela alteração no entendimento do STF sobre a possibilidade de execução provisória da prisão, no âmbito penal, após acórdão condenatório em grau de apelação.

Na ocasião, os proponentes alegaram que o Art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) revela o alcance constitucional do princípio da não culpabilidade/presunção de inocência, o que obsta a execução da prisão após acórdão condenatório em segunda instância, postulando, em definitivo, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Os Ministros decidiram em maioria por julgar procedente a constitucionalidade do Art. 283 do CPP, condicionando o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, considerando o alcance do princípio da não culpabilidade/presunção de inocência preconizado no art. 5º, Inciso LVII da CF.

EMENTA: PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

O voto do relator, Ministro Marco Aurélio considerou que o inciso LVII, do Art. 5º da Constituição de 1988 não abre campo a controvérsias semânticas, tendo em vista que consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, principalmente no que se refere à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Portanto, a regra geral é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. Ainda salientou o relator que a exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela

aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva (BRASIL, 2019c, p. 32-33).

Mesmo assim, o Ministro Alexandre de Moraes ponderou em seu voto que exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva (BRASIL, 2019c, p. 60).

Logo, percebe-se que a jurisprudência vigente do STF está em consonância com a previsão constitucional, pois condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, enquanto houver a via da recorribilidade, a regra geral é que a execução da sanção não admite forma provisória, salvo as prisões cautelares, quando presentes seus requisitos. No entanto, a constante alternância no entendimento da Corte, inevitavelmente, causa insegurança jurídica ao texto constitucional, assim como afloradas discussões não só na jurisprudência como também na doutrina, resultando em celeuma jurídica.

5. CELEUMA JURÍDICA ENVOLVENDO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como regra de tratamento, a inocência do indivíduo é presumida ao longo do processo, até que a culpabilidade seja comprovada (MELO, 2019, p. 07). Lopes Junior (2022, p. 41) destaca que a presunção de inocência na Constituição Federal claramente define como marco o trânsito em julgado. Dessa forma, o texto constitucional é mais garantista que constituições estrangeiras de referência, assim como supera, inclusive, diplomas internacionais de direitos humanos, uma vez que no Brasil há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Contudo, não se trata de uma construção única do constituinte brasileiro, pois as Constituições Italiana e Portuguesa também asseguram a presunção de inocência até o trânsito em julgado.

No entanto, a grande discussão reside no ordenamento jurídico recursal brasileiro, que não deixa margens para execução provisória da sentença penal condenatória até que se esgote todas as vias recursais. Nesta senda, a Constituição Federal, elenca uma pluralidade de situações recursais, não limitada, somente, ao segundo grau de jurisdição, mas, também, aos Tribunais Superiores.

Insta destacar que as competências do Supremo Tribunal Federal (Art. 103) e Superior Tribunal de Justiça (Art. 105) trazem menção a sua competência recursal para julgar respectivamente, recurso extraordinário e especial. Por essa lógica tornou-se válida a aceção de prever primeira e segunda instâncias, assim como a possibilidade de recursos especiais. Nesta toada, a lógica de efeito devolutivo e não suspensivo dos Tribunais Superiores, restou clara com o disposto no Art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90. Todavia, passou a imperar a dúvida se, para os casos criminais, tal dispositivo legal não implicaria em violação ao princípio da presunção de inocência. Sob uma leitura atenta ao tradicional Art. 594 do Código de Processo Penal, a resposta é negativa (SILVEIRA, 2016, p. 9-12).

Na esteira desse entendimento o HC 68.726/91, do Distrito Federal estabeleceu a legalidade da prisão antes do trânsito em julgado e que tal medida não ofende o princípio da presunção de inocência. Assim, o corpo do HC 68.726/DF sob relatoria do Ministro Néri da Silveira foi o primeiro a promover o imbróglio jurídico permitindo a flexibilização da presunção de inocência quando o relator passou a utilizar o argumento de que diferenciação da sentença com trânsito em julgado da coisa julgada é que para esta é necessário que não caiba mais recurso de espécie alguma enquanto que passa em julgado e pode ser executada a sentença na qual já restaram esgotados os recursos ordinários admitidos, mesmo que ainda suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo (BRASIL, 1991).

Cumprir destacar que até a revogação no ano de 2008, do então vigente, Art. 594, do Código de Processo Penal que dispunha ser a prisão decorrência da condenação, ressalvada a situação do réu que ostentasse primariedade e bons antecedentes, os precedentes dos Tribunais Superiores também estabeleciam a possibilidade da execução imediata da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, fundamentalmente em relação a este dispositivo.

A revogação do Art. 594 do CPP abriu então o caminho para o Supremo Tribunal Federal alterar seu entendimento, pois em um segundo momento e após críticas e revogação do Art. 594 do CPP, Silveira (2016, p. 12) ressalta que passou-se ao entendimento de que o Art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 estaria então violando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Dessa forma, o *Habeas Corpus* 84.078/MG, de 2009, cujo relator foi o Ministro Eros Grau passou a considerar ilegal a prisão após a condenação em segunda instância, uma vez que a medida passou a ser considerada incompatível com os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, com a nova jurisprudência restou inviabilizado o artigo 637 do Código de Processo Penal, que prescreve não ter efeito suspensivo o recurso

extraordinário, prevalecendo o preceito da Lei de Execução Penal (LEP) que condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105 da Lei nº 7.210/1984) uma vez que além de adequado à Constituição de 1988, o disposto na LEP sobrepõem-se temporal e materialmente ao Art. 637 do CPP. Por fim, o *Habeas Corpus* ainda expressou que a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente pode ser decretada a título cautelar (BRASIL, 2009). Outrossim, com o novo entendimento afastou-se a expedição de mandado de prisão nos termos da Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça a qual preconizava que: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

No entendimento de Barbagalo (2015, p. 133) a lei ordinária (artigo 637, CPP, e artigo 27, § 2º, Lei nº 8.038/90) não deve prevalecer sobre a ordem constitucional (artigos 5º, inciso LVII, e 1º, inciso III, da Constituição Federal). Sob este prisma estaríamos em nítida violação à hierarquia das normas, de sorte que o autor vislumbrou em sua obra a necessidade de ampliação da discussão, com a inserção de outras matérias de ordem constitucional de igual hierarquia (direitos fundamentais), eis que os aludidos dispositivos legais ordinários atendem às garantias constitucionais da duração razoável do processo e da efetividade da prestação jurisdicional. Assim, evidencia o autor uma aparente controvérsia entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais subjacentes aos dispositivos legais anteriormente referidos (art. 637, CPP e art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90), ressaltando a posição de que a execução provisória da sentença condenatória é cabível quando interposto recurso sem efeito suspensivo, ressaltando ao réu o pleito desse efeito no caso concreto pelos meios processuais cabíveis.

Os argumentos favoráveis ao entendimento firmado foram os de que deve haver ponderação entre o princípio da presunção de inocência, a efetividade da função jurisdicional do Estado, que visa proteger valores caros a toda a sociedade, e a razoável duração do processo (MELO, 2019, p. 23). Sobre a efetividade jurisdicional Silveira (2016) destaca que este princípio é dever do Estado e um direito de todo cidadão. No entanto, ao passo que para atender ao clamor social por justiça, a relativização de princípios constitucionais fere diretamente o Estado Democrático de Direito e causa insegurança jurídica.

Cumprе esclarecer que tais garantias fundamentais (duração razoável do processo e efetividade da jurisdição), apesar de possuírem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF) não dispensam a concretização por via legislativa, para que possam produzir efeitos e mesmo adquirir sentido. Assim, a plenitude desses direitos fundamentais (efetividade da jurisdição) depende da ação normativa do legislador, porque essas normas constitucionais caracterizam-se

por uma densidade normativa baixa (BARBAGALO, 2016, p. 133). Vale ainda ressaltar que ao visitar a ponderação dos princípios, a aplicação conjunta dos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição para propiciar ou não a execução da pena quando ocorre exaurimento das instâncias ordinárias o assunto parece muitas vezes ir além das teses legais e jurisprudenciais para demonstrar o interesse temporal da política criminal ou até mesmo a íntima convicção dos ministros para formar a fundamentação necessária para defender suas convicções pessoais (MELO, 2019).

De outra banda é mister ressaltar que o art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90 foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, restando vigente na atualidade apenas o Art. 637, do CPP que preconiza que o recurso ordinário não tem efeito suspensivo. Assim, uma vez arrazoado o recurso, os autos originais podem ser baixados à primeira instância, para que seja executada a sentença.

Em 2016, outra vez em sede de controle difuso de constitucionalidade, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, passou-se a considerar que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Em seu voto o Ministro trouxe à baila que antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado a presunção de inocência. Sobre a condenação em primeiro grau, pontuou o relator, que o instituto representa um certo juízo de culpabilidade que deve decorrer dos elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório no curso da ação penal. Contudo, a presunção de inocência resta superada, em caráter não definitivo, pois se houver recurso, ocorre a revisão da sentença por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. No juízo de apelação é que se esgota definitivamente o exame sobre fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. Dessa forma, se concretiza o duplo grau de jurisdição, assim como a possibilidade de reexaminar por inteiro a decisão judicial proferida, mediante ampla devolutividade da matéria fática deduzida na ação penal, tenha a matéria sido ou não apreciada pelo juízo de primeiro grau. Portanto, é na esfera das instâncias ordinárias que se exaure o duplo grau de jurisdição, sendo os recursos cabíveis para as instâncias extraordinárias no âmbito de cognição estrito à matéria direito (BRASIL, 2016a, p. 6-7). Portanto, é preciso destacar que o voto do relator se fundamentou principalmente no encerramento da análise fática, nas primeira e segunda instâncias.

Ademais, visando sustentar seu voto, o relator ainda fez alusão a diplomas legais estrangeiros, mostrando que em diversos países não se espera a decisão da Suprema Corte para

início do cumprimento da pena (BRASIL, 2016a). Para Silveira (2016, p. 17-22) essa leitura não pode, simplesmente, ser transmutada à consideração nacional sem observar a opção do constituinte pela consideração da não culpabilidade até o trânsito em julgado durante a construção do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal, pois de qualquer forma o cerne da discussão adentra no contexto do que é trânsito em julgado e do que é recurso.

Sobre trânsito em julgado Lopes Júnior (2022, p. 41) enfatiza que o conceito possui fonte e história e que não pode ser manejado irrefletidamente ou distorcido de forma autoritária e a “golpes de decisão”, malgrado o STF tenha novamente decidido na esteira de autorizar mais uma vez a execução provisória da pena no HC 126.292. O autor ainda segue sua crítica ressaltando que não pode a corte suprema reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. Outrossim, destacou que o STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. Quando o Brasil foi descoberto, em 1500, o mundo já sabia o que era trânsito em julgado... É temerário admitir que o STF possa “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero da interpretação. Trata-se de conceito assentado, com fonte e história. Mas, apenas para esclarecer, o fato de a presunção de inocência perdurar até o trânsito em julgado não significa que ninguém possa ser preso antes disso. É perfeitamente possível prender em qualquer fase da investigação ou processo, e para isso existem as prisões cautelares, com seus requisitos, fundamentos e princípios, que coexistem com a presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 41).

Vale também destacar que no Brasil, recurso em sentido lato não é exclusivamente apelação criminal, mas também os recursos especiais e extraordinários. Dessa maneira, fulcrado na previsão do Art. 5º, Inciso LVII, da Constituição Federal, o trânsito em julgado não ocorre enquanto houver recurso. Por conseguinte, apenas quando todas as instâncias recursais se esgotarem (devolutivas ou suspensivas) é que o indivíduo poderá ser considerado culpado (SILVEIRA, 2016, p. 22). De encontro a essa afirmativa foi o voto do Ministro Edson Fachin que frisou que o STF seria um estabilizador e unificador da interpretação das normas constitucionais, não assumindo o papel como estrutura recursal para revisar injustiças do caso concreto. Portanto, não seria de se admitir chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional em 3 ou 4 órbitas recursais. Por fim, o ministro Fachin ainda tratou de enfatizar que a presunção de inocência deve ser compreendida em harmonia com outras normas

constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo (BRASIL, 2016a).

A ponderação de princípios voltou a ser destacada no voto do ministro Alexandre de Moraes em controle concentrado de constitucionalidade na ADC nº 54, relatando que a interligação e complementaridade entre todos os princípios do processo penal no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, que é possível obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência. A interpretação constitucional deverá superar aparente contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível (BRASIL, 2019c, p. 56).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, considero que a temática abordada neste trabalho teve muito a contribuir com o aprofundamento do meu aprendizado sobre o direito penal, direito processual penal e o direito constitucional, bem como possui potencial para contribuir com a literatura acerca desse tema tantas vezes abordado em polêmicas decisões do STF. Sobre as decisões oscilatórias, percebe-se que o STF deixou de lado o seu papel de zelar pela integridade, coerência e estabilidade de sua jurisprudência, pois as teses que foram estabelecidas perduraram pouco tempo para demonstrar o interesse temporal da política criminal sobre a mudança de entendimento da corte.

No que se refere aos argumentos que justificaram a oscilação jurisprudencial, percebe-se que se a possibilidade recursal é abusiva e procrastinatória o que deve ser alterado é a Constituição Federal e não a sua interpretação jurisprudencial do STF, pois nesse caso há ativismo judicial da Corte.

Ressalta-se que a prestação jurisdicional deve apurada, concluída e aplicada em um tempo razoável propiciando o direito de todo cidadão de ter uma resposta no processo administrativo ou judicial que responde uma vez que o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força, através do seu poder de império e ao indivíduo é proibido por lei de fazer o uso arbitrário de suas próprias razões (KHALED JR, 2010, p. 12-13; SILVEIRA, 2016). No

entanto, ao passo que para atender ao clamor social por justiça, a relativização de princípios constitucionais fere diretamente o Estado Democrático de Direito e causa insegurança jurídica (SILVEIRA, 2016).

Outrossim, a oscilação jurisprudencial do STF é preocupante tendo em vista que traz instabilidade decisória em uma temática de tamanha sensibilidade jurídica e social, que desorienta a sociedade e fere a credibilidade da jurisprudência do STF perante o sistema jurídico. Além disso, as recentes alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, acendem mais um alerta para que se especule se o tema está pacificado ou voltará à pauta do STF em um futuro não longínquo.

Por fim, ao visitar a ponderação dos princípios, observa-se que a aplicação conjunta dos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição para propiciar ou não a execução da pena quando ocorre exaurimento das instâncias ordinárias vai além das teses legais e jurisprudenciais para demonstrar que meras alterações na composição da corte e a formação de maioria para defender a íntima convicção dos ministros é fundamentação suficiente para defender suas convicções pessoais e alterar decisões firmadas pelo colegiado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. Edição. Rio de Janeiro, RJ: Forense; São Paulo, SP: MÉTODO, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14. Edição. Rio de Janeiro, RJ: Forense; São Paulo, SP: MÉTODO, 2022.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Dados Eletrônicos - Brasília: TJDFT, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1** / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012. (Capítulo II).

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/De13689.htm>> . Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC 68.726-1/DF**. Sessão Plenária. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Diário da Justiça, 28 jun. 1991. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC 84.078/MG**. Sessão Plenária. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 de maio de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC 126292/SP**. Sessão Plenária. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 43** do pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de Novembro de 2019. Diário da justiça eletrônico, edição n. 270, Brasília, DF, 12/11/2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 44** do pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de Novembro de 2019. Diário da justiça eletrônico, edição n. 270, Brasília, DF, 12/11/2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 54** do pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de Novembro de 2019. Diário da justiça eletrônico, edição n. 270, Brasília, DF, 12/11/2020c.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. In: **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo: n.6, v. 15, p. 376-398, 2016b.

FREIRE, Rebeca de Holanda Braga Rocha. A presunção de inocência e o direito ao duplo grau de jurisdição na jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos: uma análise dos sistemas global, interamericano e europeu. Brasília: IDP/EDP, 2017.33f. - Artigo(Especialização)-Instituto Brasiliense de Direito Público.

KHALED JR, SALAH. H. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 75, p. 1-32, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/introducao-aos-fundamentos-do-direito-penal/> Acesso em: 05 out. 2022.

KHALED JR, Salah H. O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: homenagem ao professor doutor Eugenio Raúl Zaffaroni. **Empório do Direito**, p. 1-16, 2015.

MELO, Luísa Dantas. **Prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição: violação ao princípio da presunção de inocência ou interpretação constitucional legítima?** 2019. 40f. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer sobre o habeas corpus 126.292/SP**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-presuncao-inocencia-final.pdf>> Acesso em 22 set. 2022.

WIDAL , MARCIO. Breve ensaio: princípios da legalidade, reserva legal, anterioridade e taxatividade. **Ciências criminais: teoria e práxis**. Disponível em <https://marciowidal.wordpress.com>. Acesso em: 05 out. 2022.