# A EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Leandro Costa Cunha[1]

**RESUMO**: O momento da execução da pena tem grande relevância sociojurídica e está adstrita aos demais ramos do Direito, não se limitando à seara penal. Assim, no que diz respeito a ciência social, o momento que transita a sentença bem como a circunstância que propicia a imposição de medida contra a parte ré, evidencia as características e anseios adotados no sistema jurídico. Da mesma forma, a exequibilidade da sentença condenatória correspondente ao sistema processual penal em vigência e a forma como o princípio da presunção de inocência norteia a sistemática penal. É sob esse tom que o presente trabalho se torna equevo, já que a instância maior do Poder Judiciário tem sido provocado a rever o seu posicionamento sobre o artigo. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 e o artigo. 283 do Código Processual Penal, além dos julgados em Ações Direitas de Constitucionalidade 43,44 e 54. Diante desse contexto, como não existe direito absoluto, não há interpretação constitucional que seja perene ou imutável. Ao revés, o texto constitucional ganha maior factibilidade quando há hermenêutica condizente com o período em que se verifica a sua executabilidade. Dessa forma, tanto a constituição quanto o código processualista não definem a práxis de modo definitivo, possibilitando o cotejo da matéria em Habeas Corpus Nº126.292/SP para que a corte guardiã da constituição federal manifeste nova interpretação.

**Palavras-chave**: Presunção de Inocência; Constituição; Culpa; Supremo Tribunal Federal; Processo Penal; Ordem Pública.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representa modificações estruturais na República bem como avanços sociais. Nesse diapasão, o diploma maior impõe uma série de restrições e cláusulas pétreas com o fito de coibir e impedir atos arbitrários ou levianos por parte do poder estatal.

Sendo assim, a carta de 1988 constrói uma verdadeira sistemática a respeito das possibilidades que restringem ou cerceiam a liberdade de outrem. Dessa maneira, a Constituição Federal é uma égide que irradia garantias que permeiam todo o sistema jurídico vigente. É somente através do devido processo legal, direito à ampla defesa e contraditório, que uma sentença condenatória surge. Não obstante, através do direito à ampla defesa surgem as vias recursais que pavimentam todo o sistema processual penal vigente. Sob essa ótica, é engendrado o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, tendo a presunção de inocência como uma premissa norteadora que visa dirimir qualquer ato considerado injusto ou estranho ao processo.

[1] Formando do curso de Direito, 2020/2. Orientação da Prof.ª. Mª. Ana Carolina Fleury.

Todavia, hodiernamente o duplo grau de jurisdição não é o bastante para a aplicação da sanção penal. Devido a possibilidade de se manejar recursos por diferentes graus de jurisdição, resultando processos morosos e dificultosos, impedindo que a correção via sentença condenatória gere todos os seus efeitos. Ao esperar que as ações transitem em julgado, gera-se uma nova lógica usufruída pela defesa. Ao se adotar recursos protelatórios, onde todas as demais instâncias contribuem para que a sensação de impunidade seja ampliada.

Neste contexto, surge o embate em Ações Declaratórias de Constitucionalidade ADC 43 e 44, que vocalizam a respeito da execução da pena sem que a mesma transite em julgado, ressaltando o respeito ao Princípio do Devido Processo Legal e Duplo Grau de Jurisdição.

Por conseguinte, o Estado é o detentor do direito de punir. Desta forma, o direito penal é o exercício punitivo do Estado ante a uma situação delituosa. Portanto, a força punitiva estatal advém do seu poder de império, permitindo a imposição de limites e sanções a determinada conduta reprovada socialmente. Primeiramente, será abordado no primeiro capítulo as teorias envoltas das constituições e a sua ligação com a realidade no momento em que se nasce o poder constituinte.

No segundo capítulo, será abordado a respeito do Princípio da Presunção da Inocência. É nesta esteira que o tema obtém grande relevância, ao se analisar sobre as medidas recursais que deixam a própria aplicação do Direito letárgica. Conforme cita Barroso (2016), “à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça. Outrossim, torna-se imperativo rediscutir o modelo adotado, permitindo maior adequação entre o texto constitucional e o sistema penal brasileiro para que haja aplicação ainda que mínima da sentença condenatória como meio de se punir e propalar a pacificação social

## 1 A CONSTITUIÇÃO E A REALIDADE DEMOCRÁTICA

A Constituição Federal de 1988 é um marco pragmático que rompe paradigmas e práticas outrora habituais, sendo a representação do anseio da nação de modo a restringir o poderio estatal assim como prorrogar valores ao longo de um período. Dessa forma, “a constituição retrata a realidade vivida em determinada

época da vida da sociedade. É fruto do confronto existente, de forma permanente, na sociedade. Esta se encontra sempre em permanente ebulição" (OLIVEIRA, 2009).

*In casu*, o diploma maior em vigência, assim conhecido como Constituição Cidadã, obteve essa alcunha por seu caráter modificativo. Quando o regime de exceção cedeu, nos anos 80, a sociedade fez a escolha de viver sob regras democráticas plenas. E esse propósito se expressou fielmente na Constituição de 1988. Haidar (2008) explica: "A Carta Cidadã levou esse nome exatamente porque mudou todos os parâmetros até então insculpidos nas constituições brasileiras em relação a direitos dos cidadãos".

> A opinião pública apoiou abertamente a candidatura de Tancredo, que acabou sendo eleito pelo Colégio Eleitoral. Assim, sua vitória acendeu muitas esperanças. Surgiu, nessa época, a expressão "Nova República" para denominar o regime que substituiria a ditadura militar. Significava a esperança de que, a partir do restabelecimento da democracia, caminhássemos para uma condição de menor desigualdade social, crescimento econômico e combate à corrupção e à inflação (RESENDE, 2018).

Nesse contexto, percebe-se as características do modelo social e as resoluções políticas da época. Dessarte, a assembleia constituinte possuiu o condão de manifestar as aspirações de quem possui maior destaque em meio a pluralidade, seja através do coletivismo de certos grupos, ou interesses de uma parcela mais abastada. "O poder constituinte não vem de geração espontânea. Envolve uma luta sub-reptícia dos interesses existentes na sociedade. A Constituição é produto de conflito" (Haidar, 2008).Os interesses dominantes colocam os mais variados direitos em seu conteúdo, impondo-se aos demais segmentos existentes naquele exato instante".

Posteriormente, a gênese da Constituição de 1988 sofreu alterações por via legislativa e até mesmo por meio de remédio constitucional.

> Desde a sua promulgação, foram 52 emendas constitucionais e outras seis de revisão adicionadas ao texto original. Muitas delas inseriram importantes transformações, como a Emenda Constitucional 45/04, chamada de Reforma do Judiciário, as emendas 20/98 e 41/03, chamadas de Reforma da Previdência (privada e pública, respectivamente), e ainda o grupo de emendas que abriu caminho para o processo de privatização de empresas públicas e a abertura da economia ao capital estrangeiro (EC 6/95, 8/95 e 9/95).

Tendo a incumbência de romper com o totalitarismo militar, o texto constitucional de 1988 representa o restabelecimento da democracia bem como de mecanismos que possibilitem estabelecer freios e contrapesos ao poder do Estado. Todavia, promulgar limites e direitos não significa a criação de um ambiente democrático por si. É neste ínterim que os grupos sociais se tornaram agrupamentos de pressão para conter a desigualdade social. O ambiente de alternância de poder da República e a liberdade de expressão formam garantias que alimentam, foram promulgadas 105 emendas constitucionais na tentativa de mantê-la atualizada ante as necessidades sociojurídicas. Contudo, as emendas expandem e acrescem ao diploma maior uma crescente dubiedade. Incorreu-se no risco de torna-la verborrágica, acarretando em um texto constitucional disforme.

## 1.1 Constituições Dirigentes

A Constituição Dirigente é uma resposta direta aos seus modelos antecessores, perscrutando no âmbito social meios para difundir direitos e limitar ações. Ao buscar-se respostas além das teorias processualistas, encontra-se na materialidade a resposta para imantar as atividades do Estado de modo harmônico com os preceitos constitucionais.

> Da altercação sobre as teorias procedimentalista e materialista da Constituição, emana a noção de Constituição Dirigente, na medida em que nesta é exprimida a força diretiva e a natureza política do Direito Constitucional. Ao compor o termo Constituição Dirigente, Peter Lerche possuía como objetivo acrescentar uma nova ordem, divergente das comumente manifestadas nas Constituições, com fundamento em imposições permanentes ao legislador (SCHOLZE, 2014).

Portanto**,** o legislador fica vinculado a certos valores, havendo verdadeiro dirigismo na atuação do Poder Legislativo. Desta maneira, há liame entre o texto constitucional e as demais leis em posição infraconstitucional. Conforme disserta Scholze (2014), é possível compreender sobre o intuito do dirigismo constitucional por meio das visões do jurista Canotilho: “Não houve como propósito minorar os direitos estabelecidos no texto constitucional, sobretudo os de ordem fundamental, a meras súplicas ao legislador, mas, principalmente, os pensou como determinações constitucionais impositivas, constituídas como ordens de atuação direcionadas aos órgãos legiferantes”.

Superveniente, Canotilho continua dissertando sobre a teoria de Lerche, ao aperfeiçoá-la abarcando em maior quantidade os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, visando obter maior proximidade entre o dever-ser.

## 1.2 O Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição

Conforme insculpido em texto constitucional, mais precisamente em seu art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição{...}”. Sob esse desiderato, o poder constituinte delegou o controle constitucional e a salvaguarda do texto constitucional. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal tem a incumbência de impedir ameaças à liberdade pública assim como os demais valores apregoados. Portanto, a última instância tem a função constitucional de defende-la de quaisquer aspirações antidemocráticas para resguardar o espírito de quem a concebeu.

Em uma típica Ação Direta de Inconstitucionalidade (3.345), tem-se o fulcro a respeito da guarda constitucional.

> A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental (ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010).

Destarte, a interpretação da norma constitucional deve ser avaliada pelo crivo da Suprema corte, elevando as técnicas hermenêuticas a uma uniformização. É nessa esteira que princípios como o Princípio da Colegialidade e a Reserva Legal de Plenário desaguam sobre as decisões que envolvam a constitucionalidade de determinadas leis. Através da reserva de Plenário a “declaração de

inconstitucionalidade somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal ou Órgão Especial, não sendo válida decisão emanada do órgão fraccionário (Turma, Câmara ou Seção)" (MELLO, 2009). Em outro âmbito, o Princípio da Colegialidade tem a sua aplicação visando estabelecer uma visão una e coerente com a dialética predominante. Por derradeiro, tais princípios visam a harmonia das decisões, estabelecendo uma corrente majoritária. É desta forma, que o Supremo Tribunal Federal tem emanado suas decisões.

## 2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência consagra a intenção do legislador ao proteger o acusado de ilações. Não cabendo ao Direito e tampouco ao sistema jurídico a condenação sem elementos probatórios claros. Assim como a vida, a liberdade tem grande relevo social, sendo indubitável a sua importância após a fragmentação do totalitarismo passado

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada)" em curso da persecução penal provar a culpa (LENZA, 2012).

Suas origens remetem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do séc. XVIII, que, em seu art. 9º, previa o que, tempos depois, estaria positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) com as seguintes palavras: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

Tal princípio parece não levar em consideração a sistemática penal ao ignorar a possibilidade de reforma da sentença condenatória em um andar superior. A priori, ainda que não transitado em julgado, uma ação que atinja as instâncias superiores, não terá a sua matéria reexaminada, corroborando com o *decisum* das instâncias já percorridas. Tendo como referência a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que retrata a presunção de inocência no seu artigo XI, com a seguinte redação: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em

julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Por conseguinte, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, firma a mesma guarida, presumindo-se a inocência do indivíduo acusado até que seja legalmente provado. Hodiernamente, enveredando por outro percurso exegético, o Ministro Alexandre de Moraes propagou a sua visão em *Habeas Corpus* que visava a óbice da execução da pena após exarado o acórdão em segunda instância.

> Princípio da presunção da inocência não pode ser interpretada de maneira isolada e prioritária, sendo necessária análise em confronto com outros princípios constitucionais", disse, citando o princípio da tutela penal efetiva. Não cabe ao STJ ou STF analisar prova, matéria fática. O tribunal de segunda instância que faz isso. Inverter essa lógica do sistema penal segundo a Constituição parece ilógico. (MORAES, 2018).

Sobretudo, há nova dialética a respeito do princípio em que o mesmo deve ser sopesado, não tendo sua substância tida como absoluta. Para tanto, se faz necessário supedâneo em que se posicione quais princípios devam prevalecer conforme a necessidade evolutiva da sociedade.

## 2.1 A Presunção de Inocência no Sistema Jurídico Americano

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. "Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso 'Coffin versus Estados Unidos' em 1895. Mais além, o Código de Processo Penal americano" (SANTOS, 2019), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

Consignado a visão da 'inocência até que se comprove o contrário', a primeira parte do art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos afirma que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (ESTADOS UNIDOS, 1969).

Contudo, o sistema jurídico adotado pelos Estados Unidos da América não privilegia a presunção de inocência a um grau de jurisdição. Uma vez prolatada a sentença condenatória, a pena de prisão pode começar a ser cumprida desde o primeiro grau ainda que haja recurso pendente ante a jurisdição de segundo grau.

A Sexta Emenda da Constituição dos Estados Unidos faz parte da "Declaração dos Direitos" dos réus em processos penais. Ela garante ao réu direitos como julgamento rápido e público, "por um júri imparcial, no distrito em que o crime foi cometido, de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de confrontar as testemunhas contra ele, de ter um processo obrigatório de obter testemunhas a seu favor e, finalmente, de ser representado por um advogado de defesa"(MELO, 2016).

Na ausência da condenação por um crime, a pessoa é presumidamente inocente. Sob a lei do Colorado perante a corte, entretanto, o estado retém as apurações relativas à condenação, a não ser que – e até que – o réu predominante institua uma ação civil separada e prove sua inocência com provas claras e convincentes. Esse esquema, em nosso entendimento, viola as garantias do devido processo prevista na 14ª Emenda [da Constituição dos EUA]".

> O direito a julgamento rápido, previsto na Sexta Emenda da Constituição dos EUA, existe para proteger o réu presumidamente inocente — não o réu cuja culpa já foi estabelecida. Assim, se o réu se declara culpado em negociação com a Promotoria, para evitar o julgamento em troca de uma pena menor ou vai a julgamento e é condenado, o processo de proferimento da sentença, que vem a seguir, não é protegido por esse direito (MELO, 2016).

.

Naquele país inexiste, portanto, a obrigatoriedade de obediência à garantia do duplo grau de jurisdição para que a pena comece a ser cumprida, pois os norte-americanos consideram que a presunção de inocência não mais subsiste integralmente nesta situação já que o réu foi sentenciado e condenado por um órgão do judiciário e, portanto, a presunção de inocência cedeu lugar a uma maior certeza da culpa. Em uma situação como esta, caso o acusado resolva recorrer de sua condenação, ele quase sempre já estará cumprindo pena. Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

A já citada Sexta Emenda da Constituição dos Estados Unidos faz parte da "Declaração dos Direitos" dos réus em processos penais. Ela garante ao réu direitos como julgamento rápido e público, por um júri imparcial, no distrito em que o crime

foi cometido, de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de confrontar as testemunhas contra ele, de ter um processo obrigatório de obter testemunhas a seu favor e, finalmente, de ser representado por um advogado de defesa.

> Na ausência da condenação por um crime, a pessoa é presumidamente inocente. Sob a lei do Colorado perante a corte, entretanto, o estado retém as apurações relativas à condenação, a não ser que – e até que – o réu predominante institua uma ação civil separada e prove sua inocência com provas claras e convincentes. Esse esquema, em nosso entendimento, viola as garantias do devido processo prevista na 14ª Emenda [da Constituição dos EUA].

Portanto, ainda que cada ente confederado tenha autonomia para legislar, a Suprema Corte americana utiliza a não condenação como vetor da presunção de inocência, primando pelo aspecto constitucional. Nessa senda, o Poder Judicante sobressai sobre a vontade do legislativo, irradiando as premissas já delineadas em tratados internacionais.

## 2.2 A Mutação Constitucional Pela Atuação do Legislador

O progresso e o advento de novas práticas no meio social modelam padrões racionais e paradigmas comportamentais. Desta forma, as constituições ainda que possuindo um núcleo duro, devem conter meios para absorver novas demandas e formas de amparo ao cidadão. Todavia, existem óbices para que modificações sejam aprofundadas ou até mesmo que acompanhem a vereda social. Ainda, é necessário manter ressalvas para que as alterações não se percam em meio a volatilidade das gerações e gerem consequências intempestivas.

Por consequência, o interprete da norma deve apreciar o pedido de acordo com o caso concreto e o próprio convencimento para que se obtenha a justiça de forma mais lídima. É assim, que a técnica de interpretar conforme a mutação constitucional, permitindo a mudança da aplicação da norma sem que se altere a sua materialidade em sentido estrito e até mesmo sem a utilização dos mecanismos formais. Sendo assim, “a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto” (BARROSO, 2011).

Lenza (2012) disserta: “Uma das funções principais do Poder Legislativo é editar leis que atendam às demandas e necessidades sociais. Deverá fazê-lo sempre levando em conta os valores da Constituição e a realização dos fins públicos nela previstos”. Consoante com os desejos sociopolíticos, o Direito tem um limite fronteiriço entre a abstração e a necessidade prática da realidade. Destarte, é necessário que quaisquer alterações possuam lastro democrático, concatenando as visões correntes.

Na mesma esteira, quando provocado, o Poder Judicial pode exercer o controle incidental de leis e atos normativos, a natureza do pleito diz respeito à resolução de um conflito de interesses e não especificamente à declaração de inconstitucionalidade da lei. “Pressupõe, assim, a faculdade do juiz, na aplicação da lei ao caso concreto, incutindo ao magistrado o exame de seus fundamentos constitucionais; ou seja, o itinerário lógico que o juiz percorre é analisar se a lei que ampara a pretensão de uma das partes é constitucional ou inconstitucional.” (RAPOPORT, 2020).

Dessa forma, devido ao sistema hibrido adotado na sistemática de controle da constitucionalidade, decisões incidentais possuem característica endoprocessual inter partes, enfatizando a necessidade de o Estado-Juiz examinar o caso concreto respeitando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. “Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. O princípio da inafastabilidade da jurisdição é a principal garantia dos direitos subjetivos” (CAMPOS, 2003). Fundamenta-se também no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.

O Poder Judiciário possui o monopólio da jurisdição e consequentemente *Jus Puniendi*, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue (MORAES, 1998).

Tendo este escopo, a mutação constitucional é um fenômeno de interação entre o os aparatos estatais e a sociedade.

> A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais (LENZA, 2012).

Superveniente, “a alteração da Constituição, pela via formal, poderá se dar, como dito acima, por meio de emendas à constituição ou por meio de revisão constitucional. Referidas alterações são frutos do poder constituinte derivado reformador e revisional” (VASQUES, 2016).

Insta salientar, que a mutação constitucional pode ocorrer pelo poder legiferante, se contrapondo a interpretações do Supremo Tribunal Federal. É neste diapasão que o “Poder Legislativo, quando, no seu mister de elaborar ato normativo primário, alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional. Logo, nada impede que o Poder legislativo edite um ato normativo primário contrário a um entendimento” (VASQUES, 2016).

Contudo, a atuação do Poder Legislativo encontra limites, sendo esta a própria Constituição Federal. Conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 2.797, se extrai:

> Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental (STF, DJU, 19 dez. 2006, p. 37, ADIn 2.797, Rei. Min. Sepúlveda Pertence).

Em suma, ainda que seja encargo do Poder Legislativo mover o direito posto, somente o Supremo Tribunal Federal possui o encargo de verificar assimetrias em âmbito interpretativo constitucional. Contudo, a escorreita aplicação da lei positivada pode sofrer alterações em sentido e amplitude, servindo como meio de controle e devida resposta ao jurisdicionado.

## 3 AS PRISÕES PROCESSUAIS

A prisão provisória também chamada de prisão processual a ser decretada no curso do inquérito policial ou durante a ação penal é cautelar e só pode ser decretada em caráter excepcional estando demonstrado o *fumus boni iuris e o periculum libertatis* previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, desde que devidamente fundamentada conforme o Art. 5º, LXI da carta magna ao dispor que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Porquanto, através do monopólio da força, o Estado utiliza medidas insculpidas em lei para assegurar a persecução penal e a verdade real dos fatos.

> A prisão cautelar teve sua origem antes da existência da chamada prisão pena que surgiu em 1595, ou seja, antes da prisão ser utilizada primordialmente como cumprimento da sentença penal condenatória. Ela já se destinava a reter o condenado com o fim de garantir eventual aplicação da pena. A prisão também foi utilizada em caráter excepcional no direito romano, pois a regra naquela época era a substituição da privação de liberdade por outras medidas, como a garantia fidejussória admitida apenas para os que houvessem confessado o crime. Posteriormente chegou-se a proibir completamente a aplicação da prisão.

A doutrina cita cinco modalidades de prisão cautelar, sendo todas fundamentadas no art. 5º, LXVI da Constituição Federal, são elas: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Estas prisões podem ser decretadas em qualquer fase do processo devendo sempre observar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade de tal ato, verificando a necessidade e a utilidade da medida, bem como os prejuízos que possa acarretar, ao indiciado, acusado ou réu. Desta forma respeitando o princípio da isonomia entre o indivíduo e o Estado detentor do direito de agir diante de um ilícito penal.

Segundo o artigo. 302 do Código de Processo Penal considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor de infração ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos os papéis que o façam presumir ser ele autor de infração. No mesmo artigo, se estabelece três modalidades de prisão em flagrante, o

flagrante próprio ou perfeito (inciso I e II), flagrante impróprio ou imperfeito (inciso III) e o flagrante presumido (inciso IV).

O momento da perseguição ou da constatação do inopino fundamenta a prisão, mitigando a presunção de culpa. Não há um critério legal objetivo para definir o que seja o logo após mencionado no art. 302, devendo a questão ser examinada sempre a partir do caso concreto, pelo sopesamento das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória

Outrossim, o art. 312. Apregoa sobre as possibilidades da prisão preventiva, prezando decretada pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

Em *ipsis litteris*, se estabelece:

> A) garantia da ordem pública: filiamo-nos à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que a mesma está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade. B) conveniência da instrução criminal: tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. C) garantia de aplicação da lei penal: evita-se a fuga do agente, que deseja eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal (BRASIL, LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011).

Consonante com o clamor social, o texto seguinte, art. 313 do código processualista, evidencia a preocupação sobre o caráter retributivo e preventivo no que tange a ordem pública. Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: “I – punidos com reclusão;II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la, III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal; IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ademais, aquela já tradicional, que vem sendo denominada de autônoma e uma nova modalidade, destinada a garantir o cumprimento das medidas cautelares, que poderia ser denominada de subsidiária ou substitutiva.

### 3.1 A Execução da Pena em Segunda Instância e a Ordem Pública

Em vários sistemas jurídicos é possível verificar os efeitos da sentença condenatória prolatada em primeira instância, sendo essa possibilidade uma práxis comum no sistema americano. No Brasil, a presunção de inocência era mitigada conforme *decisum* em segunda instância, sendo esta a visão predominante até a Constituição Federal de 1988. Posteriormente, tal postura foi sofrendo alterações e adequações até alcançarmos a atual controvérsia. Nessa esteira, corolário com o entendimento atual, o HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 91.675, Rel. Min. Carmen evidenciam que a execução da pena em segundo grau de jurisdição é plenamente possível e já foi defendido por parte do próprio Supremo Tribunal Federal. Em composição diversa, no ano de 2016, por meio do remédio constitucional HC 126.292, o plenário alterou a jurisprudência afirmando ser possível a prisão após o acórdão da segunda instância. Nessa ocasião, a visão de maior rigor venceu por 7x4 (sete a quatro), tendo o Min. Teori Zavascki como importante expoente desta vertente.

Conforme o voto do Min. Alexandre de Moraes (2019) que abriu divergência "a presunção de inocência condiciona toda a condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação. Quem alega deve provar, vedando taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas ou havendo razoável dúvida, devendo o estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é, sabemos, presumidamente inocente."

Sob essa ótica, o principal olhar a respeito da aplicação a lei não é outro senão a pacificação social mediante a garantia das ordens pública e econômica. E, por vezes, a preservação da ordem pública, ou da ordem econômica, só pode ser alcançada por meio da segregação do suspeito.

> A prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-

> aprisionamento de autores de crimes que causassem intranqüilidade social (OLIVEIRA, 2012).

A tutela dos bens jurídicos deve ser dirigida e efetivada de modo a resguardar os direitos fundamentais. Sendo assim, a proteção à vida e aos demais direitos relevantes ao Direito Penal, devem ser guarnecidos pelo Estado. Nesse sentido, Feldens (2012) “ressalta que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, é um meio de efetivação e mitigação da presunção de inocência, ainda que indiretamente”.

Assim, se restar constatado que a liberdade de um indivíduo coloca em risco toda a coletividade, tal direito poderá ser suprimido em benefício de uma maioria, o que é respaldado, inclusive, pelo princípio da supremacia do interesse público. Todas essas afirmações encontram subsídio na função objetiva dos direitos fundamentais, que exige uma intervenção por parte do Estado em benefício da coletividade.

### 3.2 Análise do Habeas Corpus Nº 126.292/SP

O *Habeas Corpus* sob nº 126.292 marca uma nova e forte guinada sob a ótica penalista ao afetar todo o sistema criminal vigente no país. Ademais, abriu alas para a retomada da constitucional a respeito da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença em detrimento a presunção de inocência.

O remédio constitucional sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, foi julgado na data 17/02/2016 envolvendo a parte acusada Márcio Rodrigues Dantas, condenado em primeira instância tendo como pena o cerceamento de liberdade em 5 anos e 4 meses. Devido as circunstâncias, houve a majoração da pena por sua conduta delitiva ao roubar empregando arma de fogo em concurso de pessoa.

Em sede de Apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença objurgada, levando a parte acusada ao *Habeas Corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça. Conforme se extrai do relatório processual, o pedido *in limine* foi rejeitado, desaguando o pedido ao Supremo Tribunal Federal.

Conforme epígrafe, o Supremo Tribunal estabeleceu novo paradigma, colidindo com a decisão exarada em *Habeas Corpus* nº84.078- Minas Gerais.

> 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.

Sob uma nova tese de mitigação, o Princípio da Presunção de Inocência se arrefece devido ao amplo leque de possibilidades recursais. O Ministro relator Teori Zavascki iniciou a sessão sustentando o seu voto: “(...) 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 intricado e complexo sistema de justiça criminal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Consoante com o voto do relator, o Ministro Luis Roberto Barroso, asseverou:

> Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Do mesmo modo, os ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes. Dessa forma, consubstanciou-se um novo viés de pensamento na suprema corte ao ressalvar o dever social de propalar de modo célere decisões que emanem sentenças condenatórias ou absolutórias.

O Ministro Teori Zavascki (2016), ainda em seu voto, ressalta: “A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal”.

Nesta toada, o Ministro Fachin defende o dever constitucional das cortes superiores, sendo um dever destas a pacificação, estabilização e uniformização da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

“Portanto, o Recurso Especial bem como o Recurso Extraordinário, são revestidos de excepcionalidade. Sendo o Recurso Especial destinado à harmonização da aplicação das normas infraconstitucionais, tendo por escopo as leis federais” (SILVA, 2018). Enquanto, o Recurso Extraordinário deve ser manejado visando a consonância de aplicação entre a legislação infraconstitucional diante da Constituição Federal de 1988.

Ulteriormente, a maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal faz leitura constitucional favonia à execução da pena após à segunda instância. Sendo consentânea aos princípios constitucionais que erigem um Estado Democrático de Direito. Portanto, não basta haver apenas substrato constitucional em um texto, é necessário que haja o devido sobejamento e que não exista ultrajante disparidade entre o dever-ser.

## CONCLUSÃO

A execução da pena em segunda instância representa a pretensão punitiva do Estado, o anseio popular e a eficiência da própria polícia judiciária. Sendo este tema responsável por grande rebuliço entre os doutrinadores e furor entre pluralidade, tendo em um lado da celeuma o receio de que Estado torne-se uma mera máquina punitiva e em outro viés, tem-se grandes críticas sobre a morosidade

processual ainda que muitos casos não sejam procelosos. Dessa maneira, a sensação de impunidade permeia todo o sistema criminal brasileiro.

Consequentemente, cabe a corte suprema do país pronunciar-se sobre a possibilidade de execução da pena em segunda instância. O Supremo Tribunal Federal é a instância máxima no sistema jurídico brasileiro e possui o dever de proteger a Constituição Federal, sopesando princípios e propagando interpretações coetâneas com os valores constitucionais, devendo obstaculizar a insegurança jurídica.

Desta forma, cabe a corte guardiã posicionar-se de acordo com as mutações sociais e os símbolos defendidos em constituição. Por conseguinte, é neste contexto que o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se posicionar sobre a harmonização do texto constitucional, mais precisamente o artigo. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 e o artigo. 283 do Código Processual Penal.

Sobretudo, a superveniência de sentença condenatória ainda que recorrível, pode exprimir efeitos segregativos. Não obstante, a possibilidade de execução da pena não é um dever impositivo, devendo se concretizar conforme cada caso concreto. Subsome-se que o cumprimento de reprimenda após exame em segunda instância requer acentuada análise probatória, podendo ensejar em expedição de mandado de prisão, sem significar ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência e ao próprio dirigismo constitucional, já que o desenvolvimento do iter criminis até a condenação em juiz singular e tribunal, mitigam gradativamente a presunção de inocência. Desta forma, o direito do acusado não sofre abalo, podendo e devendo ser exercido de modo a provar a sua inocência em quaisquer instâncias, permanecendo este direito intocado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01/09/2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Corine. **Direito de Ação: Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição**. 2003. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdicao. Acesso em: 01 set. 2020

HAIDAR, Rodrigo. **Entrevista: Flávio Bierrenbach, ministro do STM.** 2008. Disponível em :https://www.conjur.com.br/2008set14/constituicao_existe_limitar_poder_estatal?pagina=2. Acesso em: 01 mar. 2020.

LENZA, Pedro**; Direito constitucional esquematizado** /Pedro Lenza. – 16. ed.rev., atual. e ampl. –São Paulo : Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Declaração de inconstitucionalidade - Princípio da reserva legal de Plenário - Contribuição social.** 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46636. Acesso em: 01 mar. 2020.

MELO, João Ozorio de. **Nos EUA, fim da presunção de inocência inviabiliza direito a julgamento rápido**. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mai-22/presuncao-culpa-acaba-direitojulgamentorapidoeua#:~:text=A%20Suprema%20Corte%20dos%20EUA,condenado%2C%20ao%20final%20do%20julgamento.. Acesso em: 01 set. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Para Alexandre de Moraes, presunção de inocência é relativa.** 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/alexandre-moraes-presuncao-inocencia-relativa. Acesso em: 01 mar. 2020.

NACIONAL, Assembléia. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789.** 2000. Dsponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 03 mar. 2020

OLIVEIRA, Regis de. **Há tensão entre a norma constitucional e a realidade.** 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-jun-25/tensao-permanente-entre-norma-constitucional-realidade. Acesso em: 01 mar. 2020.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012

RAPOPORT, Danielle. **Curso de Controle de Constitucionalidade**: controle incidental de constitucionalidade. Controle Incidental de Constitucionalidade. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_80.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

RESENDE, Marília Ruiz. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988**. 2018 Disponível em: https://www.politize.com.br/constituicao-de-1988/. Acesso em: 25 de junho. 2020.

STF, DJU, 19 dez. 2006, p. 37, ADIn 2.797, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence.**

STF, DJE de 20-8-2010, ADI 3.345, Rel. Min. **Celso de Mello.**

STF. Plenário. HC 126.292/SP, Rel. Min. **Teori Zavascki**.

SILVA, Walber Carlos da. **A decisão do Supremo Tribunal Federal frente ao Habeas Corpus 126.292/sp de 2016**. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/64136/a-decisao-do-supremo-tribunal-federal-frente-ao-habeas-corpus-126-292-sp-de-2016. Acesso em: 10 abr. 2020.

VASQUES, Lécio José de Oliveira Moraes. **Mutação constitucional** Conteudo Juridi co,
03 mar 2020. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46355/mutacao-constitucional. Acesso em: 03 mar 2020.