



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FACE AO  
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DE NÃO CULPABILIDADE

Marcus Vinicius de Oliveira Leal Vieira

Rio de Janeiro  
2023

MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA LEAL VIEIRA

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FACE AO  
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DE NÃO CULPABILIDADE

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*  
*Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2023

## ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FACE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DE NÃO CULPABILIDADE

Marcus Vinicius de Oliveira Leal Vieira

Graduado pela Universidade do Vale do Itajaí  
(UNIVALI) – Campus Itajaí.

**Resumo** – A execução provisória da pena foi objeto de julgamento por parte da Suprema Corte em quatro oportunidades, cujo Tribunal Pleno decidiu a questão de maneira diferente em cada uma das ocasiões, gerando insegurança jurídica e acarretando divergências interpretativas entre os operadores do Direito. À vista disso, objetiva-se analisar a constitucionalidade da execução provisória da pena, face ao princípio da presunção de inocência e de não culpabilidade, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Penal. Prisão em segunda instância. Princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Prisão em segunda instância: contexto histórico-jurídico e seus desdobramentos. 2. A constitucionalidade da prisão em segunda instância. 3. Conflito entre prisão em segunda instância e direitos e garantias constitucionais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar a constitucionalidade, a viabilidade e as consequências da prisão em segunda instância, além da relação para com o princípio da presunção de inocência e de não culpabilidade, consagrado no art. 5º, LVII, da Carta Magna.

A matéria já foi tema de diversas interpretações e há muito se questiona qual o posicionamento adequado a ser adotado diante dos anseios punitivos da sociedade, o que não raramente vai de encontro aos preceitos da legislação penal brasileira, criando uma verdadeira colisão de valores e garantias.

De um lado, há a problemática do sistema carcerário brasileiro, com superlotação em presídios e com índices abaixo do almejado no que diz respeito à ressocialização do preso. Lado outro, a sensação de impunidade e o inconformismo da população no que diz respeito a algumas espécies de crimes, notadamente aquelas que se insurgem contra a Administração Pública em geral, além da necessidade de evitar a utilização indiscriminada de recursos protelatórios em benefício do réu.

Vale ressaltar que a primeira interpretação adotada sobre o tema se deu no Código de Processo Penal de 1941, mais precisamente em seu artigo 391, sob o entendimento de que o réu

poderia ter sua liberdade restringida após a sentença de primeiro grau, assim permanecendo até 2009.

A segunda interpretação, ocorrida quando do julgamento do HC n. 84.078, por parte do STF, que perdurou entre 2009 e 2016, concluiu que o réu somente poderia vir a ter sua liberdade cerceada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, esgotando-se, assim, todos os recursos cabíveis às Cortes Superiores.

A derradeira interpretação adotada, a qual vigora até os dias atuais, dá-se em razão da vigência da Lei n. 12.403/11, a qual revogou o artigo 391 e editou o artigo 283, ambos do Código Penal, além do julgamento do HC n. 126.292/SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, bem como do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC's) números 43 e 44, ocorrido em 05 de outubro de 2016.

Percebe-se que o rumo encontrado e posto em prática foi o de mitigar o direito à liberdade do réu, antecipando os efeitos do trânsito em julgado da sentença condenatória em detrimento de direitos e garantias constitucionalmente previstas, notadamente o princípio da presunção de inocência e de não culpabilidade.

No primeiro capítulo, pretende-se trabalhar a prisão em segunda instância de forma isolada, analisando-se os desdobramentos e os resultados obtidos diante dos entendimentos sedimentados com o passar dos anos, buscando-se compará-los, a fim de melhor compreendê-los.

No segundo capítulo, busca-se discutir a constitucionalidade da prisão em segunda instância e os efeitos práticos do atual entendimento firmado pelas Cortes Superiores, além da sua viabilidade, esclarecendo as consequências que ainda permeiam o tema.

O terceiro capítulo, diante dos fatos expostos anteriormente, adentra ao estudo da relação da prisão em segunda instância para com os conflitos gerados quando da colisão dos direitos e garantias constitucionais do preso, em prol do clamor de setores da sociedade e da necessidade de buscar alcançar a efetiva prestação pública do Poder Judiciário.

Utiliza-se, para desenvolvimento da pesquisa, os métodos indutivo e exploratório, composto na base lógica Indutiva. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa-quantitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica, a fim de formar interpretações objetivas e subjetivas.

## 1. PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO E SEUS DESDOBRAMENTOS

A coexistência em comunidade faz parte da natureza humana, possuindo o Direito a função de regular o convívio social, objetivando assegurar as condições mínimas e necessárias de existência, de desenvolvimento e de paz, razão pela qual sociedade e Direito se pressupõem mutuamente<sup>1</sup>.

Tal qual a sociedade, o Direito é dinâmico, logo, não possui verdades absolutas, tampouco dogmas, e sim princípios, normas e leis, que se transformam conforme as necessidades sociais, buscando-se, da discussão entre as várias correntes, as soluções legislativas<sup>2</sup>.

Conforme Moraes<sup>3</sup>, “as organizações humanas surgem e se sucedem no sentido de círculos cada vez mais largos e da cada vez maior integração dos grupos sociais, sendo, portanto, o Estado o resultado de lenta e gradual evolução organizacional de poder”.

Dentre as influências predominantes na cultura jurídica ocidental, destaca-se a proveniente da iniciativa do Imperador Bizantino Justiniano I (483-565) de compilar todo o Direito até então produzido, consolidando, no ano de 529, a sistematização do Direito Privado que até hoje nos serve de modelo e elaborando, em 534, o chamado *Corpus Juris Civilis*. A fusão do legalismo romano com os costumes germânicos, ocorrida em razão das imigrações pelo continente europeu, originou o sistema romano-germânico de Direito (*civil law*)<sup>4</sup>.

De acordo com Barroso<sup>5</sup>, “a cultura ocidental, em geral, e a jurídica, em particular, têm sua matriz ético-religiosa na teologia judaico-cristã e seu fundamento racional-legal na cultura greco-romana”.

Não à toa, mister que o operador do Direito relativize o presente e contextualize o atual, tendo ciência acerca das profundas diferenças existentes entre as experiências jurídicas da atualidade e do passado, cujo estudo diacrônico demonstra-se fundamental ao adequado manejo dos saberes dos juristas, especialmente àqueles que integram as áreas da dogmática jurídica<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 96.

<sup>2</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019, ps. 27-28.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 52.

<sup>4</sup> PALMA, Rodrigo Freitas. *História do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 32.

<sup>6</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36.

Consoante Mendes e Branco<sup>7</sup>, “o prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante da urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História”.

Aliás, é relevante que se repense as ideias, as formas oficializadas de pensamento e as instituições jurídicas nacionais, problematizando o Direito como fenômeno sociocultural, a fim de que se redimensione o conceito de cultura, obtendo-se uma contextualização crítico-ideológica que não se limite à sua concepção elitista, e que se associe a uma realidade conexa à práxis humana e às manifestações intelectivas da consciência criadora de um povo, atribuindo maior significado à cultura popular ou à erudita, à cultura das classes subalternas ou das classes dominantes<sup>8</sup>.

Em um mundo multicultural, tal qual o que vivemos, faz-se necessário ampliar o conceito de cultura para além dos limites estreitos da sinonímia com erudição, ainda mais em um país cuja diversidade cultural está diretamente associada à identidade de seu povo, cuja nação deriva da vinda de muitos imigrantes, portadores das mais diferentes culturas e é hábitat de aproximadamente 220 (duzentas e vinte) sociedades indígenas, as quais representam enorme diversidade cultural<sup>9</sup>.

Tem-se, portanto, que o ordenamento jurídico deve ajustar-se às condições do meio, pois derivado de um processo de adaptação social; lado outro, a partir do momento em que o Direito é estabelecido, a sociedade também precisa adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência<sup>10</sup>.

Nesse sentido, ocorrendo infrações de determinadas proporções aos direitos e interesses do cidadão e diante da incapacidade dos demais meios de controle social em harmonizar o convívio coletivo, pois insuficientes ou ineficazes, surge o Direito Penal, cuja natureza é de meio de controle social formalizado, buscando a resolução dos conflitos e eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos indivíduos<sup>11</sup>.

Seu objetivo é tutelar bens preciosos e importantes à coletividade, não apenas do ponto de vista econômico, mas também político, os quais não podem ser suficientemente resguardados pelos demais ramos do Direito<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 55.

<sup>8</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10.

<sup>9</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília, 2012, ps. 58-59.

<sup>10</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 52.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 26. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 88.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. V. 1. Niterói: Impetus, 2017, p. 34.

Conforme Capez<sup>13</sup>, é função do Direito Penal:

a missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.

É importante ressaltar que Direito Penal e Direito Constitucional se relacionam de maneira ampla, direta e imediata. A CRFB/88 repercute frontalmente em questões relacionadas à validade e à interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria<sup>14</sup>.

Conforme o Ministro Celso de Mello (STF), em voto proferido no julgamento da ADC n. 54/DF<sup>15</sup>, a CRFB/88, “cuja superioridade impõe-se à observância de todos, notadamente daqueles que exercem o poder político, destinando-se a proteger as liberdades, a tutelar os direitos e a inibir os abusos do Estado e daqueles que em seu nome atuam”.

A expressa previsão dos direitos fundamentais na CRFB/88 incentiva um esforço comum em prol de seu efetivo implemento, incluindo instrumentos legais destinados à defesa, garantias fundamentais, a exemplo do que ocorre com o habeas corpus, destinado a garantir o direito de liberdade de ir, vir e permanecer<sup>16</sup>.

Em detrimento dessa estreita relação, é primordial que a interpretação e a aplicação da lei penal sejam feitas em conformidade com a CRFB/88 e com o Estado Democrático de Direito<sup>17</sup>.

## 2. A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A Carta Magna foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e, nas pouco mais de três décadas de vigência, foi majoritário o posicionamento – por cerca de vinte e três anos – em prol

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, ps. 71-72.

<sup>14</sup> BARROSO, opus citatum, p. 364.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar de Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>16</sup> GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 2. ed. Niterói, Impetus, 2015, p. 27.

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 102.

da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação<sup>18</sup>.

Visto que os recursos extraordinário e especial, em regra, não são dotados de efeito suspensivo, conforme art. 637, do CPP<sup>19</sup>, c/c arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do CPC<sup>20</sup>, reconhecia-se a possibilidade da execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, sem que houvesse demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado, tanto que o STJ editou a súmula nº 267, a qual foi superada e era assim redigida: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”<sup>21</sup>.

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 05 de fevereiro de 2009, quando do julgamento do HC n. 84.078/MG<sup>22</sup>, por sete votos a quatro, reconheceu ao réu condenado por tentativa de homicídio qualificado o direito de recorrer em liberdade, com base no art. 5º, LVII, da CRFB/88<sup>23</sup>.

Por conseguinte, tornou-se inadmissível ordem de prisão anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, já que revestida de caráter cautelar, necessitando, portanto, da demonstração de sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade<sup>25</sup>.

A partir dessa decisão, solidificou-se o entendimento de que não há execução de sentença condenatória enquanto houver recurso pendente, atribuindo, de certa forma, efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários<sup>26</sup>.

Entretanto, quando do julgamento de embargos de declaração no HC n. 126.292/SP<sup>27</sup>, ocorrido no ano de 2016, no Plenário do STF, foi reconhecido, por maioria de votos (sete a quatro), o cabimento do cumprimento da pena, após decisão de segunda instância, sob o entendimento de que não haveria afronta ao princípio da presunção de inocência, o que foi

<sup>18</sup> MORAES, opus citatum, p. 261.

<sup>19</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>20</sup> BRASIL. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>21</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 50.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>23</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>24</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, ps. 4.020-4.021.

<sup>25</sup> MENDES, opus citatum, p. 911.

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 26. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 167.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jan. 2022.



reiterado posteriormente, quando do indeferimento de medida cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC's) n. 43/DF<sup>28</sup> e n. 44/DF<sup>2930</sup>.

A decisão tomada no HC n. 126.292/SP vai de encontro com a própria orientação do STF, prolatada no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 639.337/SP<sup>31</sup>, no sentido de não ser admissível a restrição, a alteração ou a revogação de garantias sociais e humanitárias já incorporadas no Estado Democrático de Direito<sup>32</sup>.

Ainda naquele mesmo ano, o Plenário Virtual do STF manteve o posicionamento ao apreciar o ARE n. 964.246/SP<sup>33</sup>, que teve repercussão geral reconhecida, razão pela qual passou-se a aplicá-lo nas demandas em curso nas demais instâncias, até que ocorresse o julgamento definitivo das ADCs n. 43/DF<sup>34</sup>, nº 44/DF<sup>35</sup> e n. 54/DF<sup>3637</sup>.

Passou-se, portanto, a novamente desconsiderar a exigência do trânsito em julgado de sentença condenatória, pois permitiu-se a execução provisória da pena após a decisão de Tribunal de segundo grau, a despeito do estabelecido pela legislação brasileira em vigor, que utiliza o termo “da qual não cabe mais recurso”<sup>38</sup>.

Todavia, em 2019, por força do julgamento das ADCs n. 43/DF<sup>39</sup>, n. 44/DF<sup>40</sup> e nº 54/DF<sup>41</sup>, o Plenário do STF voltou ao entendimento de 2009 no sentido de que somente se prende o acusado para cumprimento de pena após o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que não impede a decretação de prisão cautelar, quando preenchidos os requisitos legais<sup>42</sup>.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar de Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar de Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 152.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>32</sup> BITENCOURT, opus citatum, p. 178.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>34</sup> BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>35</sup> BRASIL, opus citatum, nota 17.

<sup>36</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>37</sup> LIMA, opus citatum, p. 52.

<sup>38</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 82.

<sup>39</sup> BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>40</sup> BRASIL, opus citatum, nota 17.

<sup>41</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>42</sup> NUCCI, opus citatum, p. 152.

O Ministro Dias Toffoli (STF), ao votar na ADC n. 54/DF<sup>43</sup>, esclareceu que “os casos julgados por esta Corte se diferenciam dos presentes autos, porquanto aqui se discute, em juízo de controle concentrado, a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.403/11”.

A Ministra Rosa Weber<sup>44</sup>, em seu voto quando do julgamento da ADC n. 54/DF pelo STF, destacou a importância de respeitar-se as garantias fundamentais, em especial a presunção de inocência:

malgrado fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídico-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente [...], afastar a higidez de preceito que institui garantia, em favor do direito de defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno. [...] A sociedade reclama, e com razão, que processo penal ofereça uma resposta célere e efetiva. Tal exigência, no entanto, não pode ser atendida ao custo da supressão das garantias fundamentais asseguradas no Texto Magno [...] encartadas para proteger do arbítrio e do abuso os membros dessa mesma sociedade.

Igualmente, no julgamento da ADC n. 54/DF<sup>45</sup>, o Ministro Celso de Mello (STF) ressaltou que compete aos magistrados e Tribunais do Brasil “velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana e neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal”.

Assim, houve a suspensão imediata de toda e qualquer execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não tivesse transitado em julgado, além da libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, sem prejuízo à aplicação de cautelares diversas da prisão. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio (Relator), que foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli<sup>46</sup>.

Vale destacar que o julgamento das ADCs n. 43/DF<sup>47</sup>, n. 44/DF<sup>48</sup> e n. 54/DF<sup>49</sup> se deu por maioria simples (6 votos a 5) e o ilustre Ministro Celso de Mello, que se filiava à corrente

---

<sup>43</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>44</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>45</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>46</sup> LIMA, opus citatum, p. 54.

<sup>47</sup> BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>48</sup> BRASIL, opus citatum, nota 17.

<sup>49</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

vencedora, deixou o STF em razão de aposentadoria compulsória no dia 13 de outubro de 2020, sendo possível que a Corte Superior mude seu entendimento acerca da questão<sup>50</sup>.

Isto posto, percebe-se uma verdadeira oscilação de entendimentos e posicionamentos por parte da Suprema Corte brasileira, em julgamentos com placares apertados, que perdura por um razoável período e segue gerando insegurança jurídica, o que demonstra a problemática acerca do tema.

### 3. CONFLITO ENTRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O princípio da presunção de inocência e de não culpabilidade está previsto no art. 5º, LVII, da CRBB/88, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>51</sup>.

O Ministro Marco Aurélio, ao votar a ADC n. 54/DF<sup>52</sup>, de sua relatoria no STF, manifestou-se no sentido de que “a literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”.

Interessante notar que, diferentemente dos Tratados Internacionais, os quais costumam referir-se ao termo ‘presunção de inocência’, a CRFB/88 não utiliza a expressão inocente, e sim que ‘ninguém será considerado culpado’, razão pela qual passou-se a denominar-se ‘princípio da presunção de não culpabilidade’<sup>53</sup>.

À vista de sua relevância, assume a condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CRFB/88) e dentre as suas características destaca-se três aspectos importantes: o ônus da prova incumbe à acusação; a valoração da prova se dá em benefício do acusado (*in dubio pro reo*); e, a prisão é medida excepcional<sup>54</sup>.

Conforme o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto quando do julgamento da ADC n. 54/DF, o princípio da presunção de inocência, salvaguarda do cidadão, é cláusula pétrea:

a Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, [...] denominadas de “cláusulas pétreas”, justamente para evocar o seu caráter de alicerce de todo o ordenamento legal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. A presunção de inocência

<sup>50</sup> PACELLI, opus citatum, p. 772.

<sup>51</sup> BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>52</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>53</sup> LIMA, opus citatum, p. 47.

<sup>54</sup> CAPEZ, opus citatum, p. 316.

[...] integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada<sup>55</sup>.

Considerando que todos nascem inocentes, é necessário que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, a culpa do réu ao Estado-juiz e levando em conta que a reprovação penal somente deveria alcançar aquele que fosse efetivamente culpado, em respeito ao princípio da intervenção mínima do Estado, a prisão fora do cenário cautelar somente se torna admissível a partir do trânsito em julgado da pena aplicada<sup>56</sup>.

Ou seja, o estado de inocência, inato ao cidadão, impede que sejam antecipados os efeitos do processo judicial, dentre os quais figura a prisão não fundada em razões de extrema necessidade<sup>57</sup>.

Conforme o Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADC n. 54/DF, “o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito”<sup>58</sup>.

A Ministra Rosa Weber (STF), ao votar na ADC n. 54/DF, pontuou que o “texto normativo traduz e nunciados que, até pela natural equivocidade das palavras, descortinam diferentes caminhos, com atalhos e bifurcações passíveis de levar ao mesmo ou a diferente destino”<sup>59</sup>.

Observa-se, na realidade, um conflito entre a necessidade de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade e uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa<sup>60</sup>.

A CRFB/88 garante ao cidadão o esgotamento de todas as vias recursais, o que assume relevância ao se constatar ser cabível ao STJ, dentre as suas competências, avaliar a correta valoração do compêndio probatório pelo órgão jurisdicional de segunda instância, indicando o não encerramento da valoração da prova com o julgamento em 2º grau de jurisdição (art. 593 do CPP)<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>56</sup> NUCCI, opus citatum, p. 151.

<sup>57</sup> PACELLI, opus citatum, p. 82.

<sup>58</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>59</sup> BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>60</sup> MENDES, opus citatum, p. 912.

<sup>61</sup> CAPEZ, opus citatum, ps. 318-319.

Em harmonia a esse raciocínio, o STF revisou, em 07 de novembro de 2019, o posicionamento conferido no HC 126.292/SP<sup>62</sup>, em 05 de outubro de 2016, e retomou o posicionamento que veda a execução provisória da condenação já após a decisão do Tribunal de segundo grau.

Por sinal, o ordenamento pátrio exige o trânsito em julgado até mesmo para a execução de penas restritivas de direitos e multa (arts. 105, 147 e 164, LEP<sup>63</sup>; art. 50, CP<sup>64</sup>), o que se observa também em matéria penal militar (arts. 592 e 604, CPPM<sup>65</sup>)<sup>66</sup>.

Dúvidas não pairam quanto à necessidade de buscar uma maior eficiência no sistema processual penal brasileiro, o que, todavia, não significa admitir a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal, sob pena de sobreposição ao regramento contido na CRFB/88<sup>67</sup>.

Indubitavelmente, deve-se punir os indivíduos cujas condutas contrariem a ordem jurídica, devendo o direito-dever do Estado conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado senão dentro dos limites legais<sup>68</sup>.

## CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, à vista do contraste das conclusões de renomados juristas e do apertado placar quando do derradeiro julgamento da matéria pela Suprema Corte, verifica-se que a execução provisória da pena permanece acarretando divergências interpretativas.

Tratando-se de matéria diretamente relacionada às temáticas de cláusula pétrea e de direitos e garantias fundamentais, sua discussão consequentemente reveste-se de relevante importância.

Não à toa, sempre que debates acerca da matéria vão parar no STF, rapidamente o interesse público repercute as decisões tomadas e os argumentos utilizados pelos Ministros e, diante da complexidade que reveste a matéria, a sensação após cada ocasião em que a temática foi debatida na Suprema Corte é de que a sociedade recebeu mais dúvidas do que respostas.

<sup>62</sup> PACELLI, opus citatum, p. 82.

<sup>63</sup> BRASIL. *Lei n. 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2023.

<sup>64</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2023.

<sup>65</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2023.

<sup>66</sup> CAPEZ, opus citatum, ps. 321-322.

<sup>67</sup> LIMA, opus citatum, p. 53.

<sup>68</sup> BITENCOURT, opus citatum, ps. 173-174.

Quando do julgamento do HC 68.726 pelo Tribunal Pleno, em 28 de junho de 1991, a Suprema Corte posicionou-se favoravelmente à execução provisória da pena. Essa primeira interpretação perdurou até fevereiro de 2009.

No entanto, em 05 de fevereiro de 2009, o Tribunal Pleno julgou o HC 84.078, concluindo que o réu somente poderia vir a ter sua liberdade cerceada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, esgotando-se, assim, todos os recursos cabíveis às Cortes Superiores. Essa segunda interpretação perdurou entre fevereiro de 2009 a fevereiro de 2016.

Ocorre que o Tribunal Pleno voltou a posicionar-se favoravelmente à execução provisória da pena, quando do HC 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Essa terceira interpretação perdurou entre fevereiro de 2016 a novembro de 2019.

Todavia, o entendimento vigente desde 07 de novembro de 2019, oriundo do julgamento pelo Tribunal Pleno das ADCs 43, 44 e 54, veda a execução provisória da pena, posto que a imposição de cumprimento de sanção corporal exige a constatação de culpa, cujo reconhecimento só se faz possível a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Portanto, considerando a literalidade do art. 5º, LVII, da CRFB/88 e a sistemática processual penal no Brasil, conclui-se que a prisão em segunda instância fere o princípio da presunção de inocência e é incompatível com os preceitos previstos na Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar de Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar de Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar de Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2017.

\_\_\_\_\_. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2020.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2021.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.