

HIGOR FERREIRA SANTANA

MONOGRAFIA

**INSEGURANÇA JURÍDICA FRENTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2022

HIGOR FERREIRA SANTANA

## **INSEGURANÇA JURÍDICA FRENTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor M.e.Alessandro Gonçalves da Paixão.

ANÁPOLIS – 2022

HIGOR FERREIRA SANTANA

# **INSEGURANÇA JURÍDICA FRENTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Anápolis, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

Banca Examinadora

---

---

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a insegurança jurídica frente ao princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena, sob à luz da legislação, bem como do Direito comparado. A metodologia a ser utilizada é a compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial e está subdividida em três capítulos, o primeiro momento trata do histórico das Constituições federais do Brasil , desde a promulgação da Republica. O segundo capítulo traça um panorama jurídico dos Direitos e Garantias Fundamentais sobretudo do princípio da presunção de inocência, sob a luz do Direito Penal brasileiro e , por fim , o derradeiro capítulo estabelece a insegurança jurídica propriamente dita , suas consequências , como surgiu no princípio basilar brasileiro não obstante as mudanças jurisprudenciais.

**Palavras chave:** Constituição Federal, Presunção, Inocência, jurisprudência, insegurança, jurídica.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>2</b>
<b>CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>3</b>
1.1 Histórico.....	3
1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	8
1.3 Estrutura da Constituição de 1988.....	9
1.4 Princípios Fundamentais.....	10
<b>Capítulo II – Dos Direitos Fundamentais e a Presunção De Inocência .....</b>	<b>13</b>
2.1 Panorama Jurídico .....	13
2.2 Direitos Fundamentais .....	14
2.3 Presunção de Inocência.....	18
2.3.1 Execução da pena após decisão de 2º instância .....	19
2.4 Cumprimento provisório da sentença .....	21
<b>CAPÍTULO III – INSEGURANÇA JURÍDICA .....</b>	<b>22</b>
3.1 Concepção.....	22
3.1.1 Questões legislativas .....	23
3.1.2 Dos aspectos Jurisdicionais.....	24
3.1.3 Aspecto econômico.....	25
3.2 Histórico.....	26
3.3 Direito Comparado .....	28
3.4 Considerações Finais.....	29

## INTRODUÇÃO

O presente artigo funda-se no princípio da presunção de inocência intenção protetiva do autor é de que ninguém poderia ser considerado culpado senão antes do trânsito em julgado, no entanto, tal princípio, por vezes, tem seu entendimento contestado , de modo a afetar na execução provisória da pena , que por sua vez, compromete a segurança das relações jurídicas entre indivíduos.

Referenda-se, por meio de compilação bibliográfica, fazendo uso das jurisprudências e legislações brasileiras , bem como o Direito comparado, subdividido em três capítulos. O primeiro capítulo relata o surgimento da Constituição com a promulgação da República, até os dias atuais , com a Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo revela os Direitos e Garantias Fundamentais com aprofundamento em específico na presunção de inocência , com análises à luz do Direito basilar brasileiro.

O derradeiro capítulo elucida o conceito de Insegurança Jurídica bem como instiga ao pensamento crítico no tocante as consequências sociais da mudança jurisprudencial acerca do tema.

A pesquisa elaborada visa contemplar os dispositivos legais vigentes no presente Estado Democrático de Direito, principalmente àqueles referentes a Constituição Federal de 1988, o vigente Código Penal Brasileiro, como também seus desdobramentos com vistas a relacionar o dispositivo e sua aplicação prática, com ênfase nas falhas que geram a sociedade como

## **CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O presente trabalho proposto visa examinar , exibir e levantar méritos referentes a instabilidade jurídica do princípio da presunção de inocência , o qual está contido na Carta Magna Brasileira.

### **1.1 Histórico**

Pode-se dizer que , durante o período em que se configura como Carta Magna , que houve , ao todo , oito Constituições , tendo início em 1824 com a primeira Carta Magna , que por sua vez , se deu com o estopim de Dom Pedro I que , declarou a Independência do Brasil, no dia 7 de Setembro de 1822 e , no ano seguinte convocou uma Assembleia Constituinte e Legislativa , porém não prosperou , mas também não o impediu de , criar um Conselho de Estado, que por sua vez, constituiu um projeto à mercê do Imperador.

Foi outorgada em 25 de Março de 1824 , sob o nome de Constituição Política do Império do Brasil e perdurou por 65 anos.

Dentre as formulações , pode-se dizer que as principais características dizem respeito ao Governo , ao Território, à Dinastia Imperante , à Religião Oficial do Império e à Capital do Império brasileiro

Determina Lenza (2020 p.130) que o Governo era monárquico, hereditário, constitucional e representativo; o território se dividia em províncias; a Dinastia do Próprio D. Pedro I; a Religião oficial Católica Apostólica Romana e a Capital Do

Império brasileiro foi decidida como sendo o Rio de Janeiro.

Por volta de 1860 o estilo Monarquista começa a ruir, e os militares a assumem a vanguarda do movimento devido a redução do efetivo militar ,visto que nesse período ocorria a Guerra do Paraguai.

O grande fato modificador , no entanto , é atribuído ao embate entre a Igreja Católica e a Monarquia , uma vez que a Igreja era o maior aliado a tal regime. O desmoronamento total se dá em 15 de Novembro de 1889 , data em que é proclamada a República por Marechal Deodoro Da Fonseca .”Tratava-se mais de um golpe de Estado Militar e armado do que de qualquer movimento do povo, a República nascia assim , sem legitimidade”. Lenza (2020 p. 134).

Pelo Decreto ( Dec. N. 1 de 15.11.1889, redigido por Rui Barbosa), nasceu o chamado Governo Provisório , ainda sob o comando de Deodoro Da Fonseca , com o objetivo de fundar uma primeira Constituição da República, em 1890 foi eleita a Assembleia Constituinte e conseqüentemente , em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição da República do Brasil como relator o Senador Rui Barbosa com viés norte-americano.

Tem como importante ponto de destaque a mudança para o sistema presidencialista como forma de Estado o sistema Federal. Foi ainda na Constituição de 1891 que foi implementado o regime representativo , a união perpétua e indissolúvel , além da previsão da mudança do Distrito Federal , como também a abolição de uma religião oficial.

O Poder Moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de Poderes. Nesses termos , o art.15 da Constituição estabeleceu: “ São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Harmônicos e independentes entre si ”. Lenza ( 2020 p.136).

Além das já mencionadas , a Constituição de 1981 inovou com diversos dispositivos que ainda , em semelhança, existem , como A declaração de Direitos que aboliu a pena de morte , salvo a disposição militar em tempos de guerra , como

também o *habeas corpus* , remédio Constitucional que perdura desde então.

Conclui-se que , apesar da antiguidade do dispositivo, a Constituição de 1891 foi de mister importância para a formação da Lei máxima atual. Em 1930 , com o fim da Constituição de 1891 , instaurou-se um Governo Provisório que durou entre 1930 e 1934 , e entre pontos controvertidos teve a dissolução do Congresso Nacional , das Assembleias Legislativas dos Estados, além de diversos órgãos. Tal período correspondente ao Governo Provisório recebeu e recebe severas críticas, porém introduziu a sistemática do Código Eleitoral ( Dec n. 21.076. de 24.02.1932) e introduziu ainda o voto feminino , além do sufrágio universal, direto e secreto , textos presentes na Constituição de 1988.

Lenza ressalta que a crise econômica em 1929, além dos movimentos por melhores condições de trabalho influenciaram na promulgação do texto de 1934, colocando assim, em xeque, os movimentos liberalistas da Constituição de 1891.

Por isso é que a doutrina afirma, com tranquilidade, que o texto de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, evidenciando, portanto, os direitos humanos de 2.a geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de direito (democracia social). ( 2020, p.140)

Como novo fator, a Constituição trouxe o ideal a que hoje é chamado de equiparação do casamento religioso com efeitos civis, além da previsão da capacidade para figurar como Deputados e senador, legislação que em sua época trouxe também o tempo de mandato de cada Câmara , bem como do Poder Executivo, modelo que é aplicado , em partes , cotidianamente.

Com a efervescência política vivida nos anos posteriores a promulgação da constituição de 1934 e da suposta iminência da tomada do Poder por um plano comunista , em 10 de Novembro de 1937 Getúlio Vargas centraliza o Poder e dissolve o Congresso Nacional ,o que gerou , em essência, o nascimento da Carta de 1937, ” influenciada por ideais autoritários e fascistas, instalando a ditadura (“Estado Novo”), que só teria fim com a redemocratização pelo texto de 1945, e se declarando, em todo o País, o estado de emergência”. Lenza (2020,p.144).

Durante esse período , todos os Direitos consolidados foram dissolvidos ou suprimidos , e substituídos por aqueles nominalmente presentes em Regimes radicais ,como elucidação , durante a nova legislação, reinstaurou-se a pena de morte que , segundo o artigo 122, n 13. (Lei Constitucional n.1, de 16.05.1938) poderia ser aplicada em casos de crimes políticos , em homicídio cometido por motivo fútil com extremos de perversidade. Em suma, o Texto vigente na época foi em desacordo com demasiados princípios presentes na Constituição de 1988 , sobretudo no tocante aos direitos individuais e sobre a Organização do Estado.

Durante a segunda Guerra , após protocolar a Lei Constitucional n. 9, de 28.02.1945) , que instaurou novas eleições presidenciais, Vargas é exilado do Poder ,após tentar substituir chefes de Polícia, pelo General Gaspar Dutra e pelo General Góis Monteiro, e o Executivo foi assumindo pelo presidente do STF à época , o ministro José Linhares. A Assembleia Constituinte da nova Constituição de 1946 foi instaurada em 1.02.1946 e teve como principal característica a extinção do sistema totalitário anterior, com Fulcros da Constituição de 1891.A Carta Magna restaurou a Organização dos Poderes, reestabeleceu o mandado de segurança e a ação popular e ainda , inovou, legislando acerca do Direito de Greve.

Dezoito anos após a promulgação , a Constituição viera a sofrer uma nova reviravolta , em 09.04.1964 o General Costa e Silva e o Brigadeiro Francisco Correia de Melo junto ao Almirante Augusto Rademaker instauraram o chamado Ato Institucional I que , novamente suprimiram os Direitos democráticos , seguido do Ato Institucional II com estabelecimento das eleições indiretas para Presidente e Vice Presidente que também foi levado ao âmbito Estadual , com o AI III.

Em 1966 surgiu o AI 4 que reabriu o Congresso que aprovou a Constituição de 1967, Constituição essa que , apesar de reaver o sistema de Montesquieu, “no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinha as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário” Lenza (2020, p.151).

Tal período tem como principal característica o AI-5 De 13.12.1968 que possibilitou que o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores , além de poder também decretar intervenção nos Estados e Municípios. Ponto importante Foi a suspensão do *Habeas Corpus* nos casos de crimes políticos, contra a ordem econômica , social ,a economia popular e contra a segurança nacional ( art. 10 , AI-5 De 13.12.1968). Além de todos os descritos o AI-5 prevê uma espécie de perdão judicial , em seu art.11 :” excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Em 1969 a EC n. 1, de 17.10.1969 em síntese, convalidou os Atos Institucionais. Após grave inflação e crise econômica o governo edita a Lei 6.339, de 1.07.1976 que reduziu a propaganda política afim de influenciar o controle do Poder , não suficiente , instaurou-se ainda o chamado Pacote de Abril de 1977, que dissolveu mais uma vez o Congresso Nacional que visava suprimir a democracia novamente ,no entanto ,só perdurou até junho de 1978 , momento que a EC n. 8/77 teve como objetivo o fim do governo militar, momento em que foi introduzida a Lei n. 6.683 de 28.08.1979 , Lei da anistia que englobou todos aqueles que cometeram crimes políticos, eleitorais, os militares , representantes sindicais. Esse período foi caracterizado pela volta das eleições diretas no âmbito Estadual, além do primeiro presidente civil, José Ribamar Ferreira de Araújo Costa, após 20 anos de governo militar.

A partir de José Sarney já se pode vislumbrar a última Carta Magna, pois foi pelo Decreto n.91450/1985 que se estabeleceu um Comissão Provisória de Estudos Constitucionais e teve como finalidade desenvolver estudos para a criação da Assembleia Constituinte, não obstante foi rejeitada por José Sarney que decidiu pelo sistema parlamentarista. Em cumprimento a EC n. 29 de 27 de Novembro de 1985 , instaurou-se a Assembleia Constituinte tendo a Constituição de 1988 sendo promulgada somente em 5 de Outubro de 1988

## 1.2 Constituição de 1988

A Constituição de 1988 nasceu , diferente de diversas outras ,pois se deu a partir de uma transição constitucional, uma vez que após o fim da chamada Ditadura ,inicia-se um processo de redemocratização e sua Assembleia Constituinte composta, em sua maioria por congressistas conservadores e progressistas , iluminou, em seu texto legal temas com essências puramente democráticas , além de ideias progressistas e sistemas centralizados. A Carta Magna sofreu grandes influências da Constituição portuguesa de 1976. Em seu texto determinou o país como sendo uma República, adotando o sistema presidencialista organizado por Federações, com denominações de Estados Federais. Bem explana Canotilho (2018, p. 65):

No que toca à democracia direta ou plebiscitária, a grande conquista constitucional de 1988 esteve no parágrafo único do artigo primeiro, que taxativamente assevera que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente nos termos da Constituição.

A Carta Magna adota o sistema de tripartição de Montesquieu, e para balancear os poderes , inovou com as medidas de freios e contrapesos. No tocante ao Poder Legislativo valeu-se do sistema bicameral , com a criação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. De modo a serem eleitos pelo voto direto, secreto e universal. Ao que se refere ao Poder Judiciário determinou-se que seriam órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios ( art.92).

Por fim, o Poder Executivo ficou a comando do Presidente da República ,que por sua vez deve ser eleito junto ao vice Presidente com mandato de 4 anos, não sendo defeso a reeleição subsequente , mas limitado a apenas uma única vez

A Constituição Cidadã, no contexto em que foi criada, trouxe diversas inovações, ampliou e resgatou direitos que antes eram previstos de forma genérica e

não abrangente , além desses inovou com a criação da Saúde Pública em seu art.196 quando diz que a saúde é direito de todos e Dever do Estado, garantida mediante as políticas sociais e econômicas visando a redução do risco de doença, e 197 quando normatiza ser de relevância pública as ações e os serviços de saúde delegando ao Poder Público, a devida regulamentação sobre o , fiscalização e o controle, de modo que a execução deva ser exercida diretamente ou por meio de terceiros.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;III – participação da comunidade.

### **1.3 Estrutura da Constituição de 1988.**

Pode ser classificada como formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica. É formal Lenza (2020,p. 117) “será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional. A brasileira de 1988 é formal”. É escrita Moraes (2021, p.38) “Constituição escrita é o conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar-se a organização fundamental. Canotilho a denomina como sendo constituição instrumental, apontando seu efeito como racionalizador, estabilizante, de segurança jurídica e de calculabilidade e publicidade”.

É Dogmática Lenza (2020, p. 117) “sempre escritas, consubstanciam os dogmas estruturais e fundamentais do Estado ou, como bem observou Meirelles Teixeira, “... partem de teorias preconcebidas, de planos e sistemas prévios, de ideologias bem declaradas, de dogmas políticos.. São elaboradas de um só jato”.

É promulgada segundo Moraes já que derivam de uma Assembleia Constituinte, que por sua vez, é composta de representante do povo, eleitos legitimamente, com o propósito de elaborar o texto. (2021, p. 39). É rígida por Lenza como sendo aquelas que exigem um processo legislativo mais rigoroso, solene e mais difícil do que as normas que não são constitucionais (2020, p.118).

Por fim é Analítica, por Lenza, pois são as que abordam todos os assuntos aos quais os representantes do povo entenderem por fundamental: " descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais". (2020, p.116)

A Carta é composta por 250 artigos que dispõe sobre as normas principais e é subdividida em nove títulos sendo eles: Título I- Princípios Fundamentais ; Título II - Direitos e Garantias Fundamentais; Título III - Organização do Estado: organização político-administrativa a as atribuições dos entes da federação; Título IV - Organização dos Poderes; Título V - Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; Título VI - Tributação e Orçamento; Título VII - Ordem Econômica e Financeira ; Título VIII - Ordem Social; Título IX - Disposições Constitucionais Gerais.

#### **1.4 Princípios Fundamentais.**

Os princípios fundamentais também chamado de Fundamentos Da República Federativa do Brasil , Por Alexandre de Moraes, se encontram no Título I , artigos 1º ao 4º. No artigo 1º diz-se que A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Estado Democrático de Direito é a enunciação de que o Estado se dá por normas da democracia, que por sua vez necessita de eleições livres periódicas e pelo povo, denota Moraes que o artigo adotou no parágrafo único o princípio democrático

quando afirma que o poder emana do povo que será exercido através de representantes eleitos Moraes (2021, p.50).

Soberania é a capacidade do próprio ente exercer as normas e preceitos dentro de um território Moraes ( 2021, p. 48) ” É a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Magna), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição”.

A cidadania é formada pelas pessoas que são consideradas como tal na Constituição que se apresenta como objeto e um direito fundamental

A dignidade da pessoa humana é um valor humano moral que é a pura essência do próprio ser ,que assegura a autodeterminação da própria vida ,” Com o advento do cristianismo, acabou ocorrendo o fortalecimento da noção de dignidade como característica da própria essência ou substância da pessoa”. Canotilho (2018, p.124). de forma semelhante , denota Moraes ( 2021, p.49) :

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>46</sup> e a busca ao Direito à Felicidade.

A livre iniciativa é que assegura ao homem através do próprio trabalho garantir a sua subsistência Lenza ( 2020, p.1580) “o constituinte, além de privilegiar o modelo capitalista, estabelece, como finalidade da ordem econômica, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social ”.

Pluralismo político é o que garante a plena e ampla participação popular no âmbito político.

O art. 3º da Constituição Federal estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária,

garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza, além de promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação

Apesar de estarem listadas, faz mister salientar que não se trata de um rol Taxativo e sim apenas de algumas das finalidades a serem alcançadas , mas que deixa claro a influência social na elaboração de tais quesitos , por esses e outros dispositivos , é que A Carta Magna é chamada de Constituição Cidadã. Acerca desses Princípios bem diz Moraes:

Logicamente, o rol de objetivos do art. 3º não é taxativo, tratando-se somente da previsão de algumas finalidades primordiais a serem perseguidas pela República Federativa do Brasil. Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa. (2021, p.51)

E por fim, em seu art.4º a Constituição assevera sobre as relações internacionais com os mesmos fulcros já apresentados , porém inova quando legisla sobre asilo político , que , em síntese é o acolhimento do estrangeiro por parte de outro Estado, em virtude de perseguição motivada pela dissidência política, livre manifestação de pensamento ou, ainda crimes relacionados com a segurança do Estado, que não seja delito no direito penal. Nesse quesito explica Moraes (2021, p. 53) que assim de acordo a Lei de Migração o asilo político também pode ser por questões diplomáticas ou territoriais e seria outorgado como instrumento de proteção à pessoa não podendo ser concedido a pessoa que tenha cometido crime de genocídio, contra a humanidade, crime de guerra , assim de acordo com com o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional :

## **CAPÍTULO II – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O presente capítulo propõe especificar, elucidar e indagar acerca dos Direitos Fundamentais e sobre a presunção de inocência .

### **2.1 Panorama Jurídico**

A Constituição Federal De 1988 Subdivide-se em nove títulos, ao que interessa o presente artigo, a presunção de inocência está contida no título II , que trata sobre os direitos e garantias fundamentais , que por sua vez , subdivide-se em mais cinco categorias , sendo elas :“ direitos e garantias individuais e coletivos ; direitos sociais; direitos de nacionalidade ; direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação e partidos políticos” (MORAES, 2021,p.59).

Ao que interessa , o presente artigo visa elucidar a discussão jurídica do que está previsto no artigo 5º inciso LVII , presunção de inocência, no entanto, para compreender toda a celeuma jurídica gerada acerca de tal princípio, é necessário antes a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, pois é desse mecanismo que se deram as principais viradas no entendimento.

Diversos são os pesquisadores que denotam tais diferenças , certo é que os direitos e garantias fundamentais coexistem. Moraes “As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade” (2021,p.62). Os direitos fundamentais possuem o âmbito de elucidar os princípios fundamentais previstos na norma constitucional afim de constituir bens e direitos aos

seres, enquanto as garantias fundamentais compreende-se como o próprio instrumento em que se visa garantir o cumprimento dos direitos fundamentais como bem propõe Padilha :

Ocorre que, por vezes, as garantias simples não são suficientes para resguardar o direito, e a ofensa ao direito ignora a garantia que paira sobre ele. Nessas hipóteses, é necessário utilizar garantias mais incisivas, que provocam necessariamente intervenção de alguma autoridade. A estas garantias dá-se o nome de remédios constitucionais. ( 2019,p.237)

Pois é o devido processo legal (art.5º , LIV) que garante o direito à liberdade de locomoção (art.5,. XV).Tal garantia possui tamanha importância que a Carta Magna de 1988 criou instrumentos próprios para assegurar cumprimento das garantias , tal seja o *Habeas corpus*, para o presente caso hipotético, o qual manejado e analisado em diversos momentos da história e, sob o entendimento divergente entre os diversos magistrados à respeito do cumprimento antecipado da pena após condenação em segunda instância gerou tamanha instabilidade, a esmiuçar.

## **2.2 Direitos Fundamentais**

Os Direitos Fundamentais está contido na norma legal sob o texto de Direitos e Garantias Fundamentais , no título II da Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988 , e subdivide-se em: Direitos e Garantias Individuais e Coletivos; Direitos Sociais ; Direitos de Nacionalidade ; Direitos Políticos; e Direitos de Criação e Participação em Partidos Políticos. Concatena Padilha :“As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade” (2019, p.235).

No que se refere a finalidade, Moraes salienta que as constituições escritas e a edição de declarações de direitos do homem estão diretamente ligados “ Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. (2021,p.59)

O ilustríssimo Mendes, afirma que apenas dois são as ideias de direitos fundamentais, são elas: o Estado de Direito e a dignidade humana, os demais, de alguma forma, permeiam esses dois fundamentos, pois seja:

A dignidade humana correlata a ideia de que apenas o fato da existência humana com o reconhecimento e constituição de direitos básicos a essência e manutenção da vida humana, neste sentido os demais direitos, direta ou indiretamente derivam da ideia de Dignidade humana. “Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. (MENDES,2021,p.70).

Já o Estado de Direito é aquele em que faz presente o exercício de poder da lei, que possua separação de poderes com Garantias dos Direitos fundamentais. “O conceito de Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*) pode ser entendido, em poucas palavras, como o *Estado de poderes limitados*, por oposição ao chamado *Estado Absoluto* (em que o poder do soberano era ilimitado)” ( MENDES, 2021,p.70).

Quanto a natureza dos direitos fundamentais, resta claro que a Constituição Federal brasileira adota, predominantemente, a Natureza juspositivista, aquele em que se tem como origem normas constitucionais positivas “Natureza juspositivista (Hans Kelsen e Herbert Hart) – originam-se de normas constitucionais positivas, pois foram colocados na constituição por obra do poder constituinte. A positivação tem natureza constitutiva” (PADILHA 2019, p.238). No entanto não se abstêm de outras naturezas, como a jusnaturalista que nascem antes mesmo da positivação do constituinte.

Difere os direitos fundamentais dos demais quanto as características, uma vez que eles são capacitados com características próprias, tais quais a extra patrimonialidade pois não possuem valoração econômica; universalidade pois a todos são aplicados; inalienabilidade são indisponíveis de transferência ou negociação, imprescritibilidade pois em regra geral, o tempo não caduca os direitos,

irrenunciabilidade uma vez que não se pode renunciar um direito; interdependência já que o exercício de um não pressupõe necessariamente a ausência ou exclusão de outro ; indivisibilidade pois são de igual tratativa , não há de se falar de um sem a presença de outro ; historicidade .

Embora seja dito que os direitos fundamentais sejam universais, doutrinariamente existem ressalvas , a título exemplificativo , Gilmar Mendes limita a duas personalidades , pessoas físicas e pessoas jurídicas. “[...] existe, então, uma verdadeira gradação na ordem enumerada anteriormente: os brasileiros natos possuem mais direitos que os brasileiros naturalizados que possuem mais direitos que os estrangeiros residentes” ( 2021, p.78). Da mesma maneira concatena Moraes :

o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros, estrangeiros ou refugiados no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais ( 2021,p. 64).

Quanto a eficácia , em maioria Doutrinária , pode-se dizer que existem dois tipos , a eficácia vertical e a horizontal , a vertical é presente na relação entre o indivíduo-Estado , enquanto a horizontal diz respeito à relação entre particulares. “Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)”(MENDES, 2021,p.73).

Destarte, a partir deste ponto , as restrições passam a ser mais turvas e complexas. A esmiuçar. Mendes elucida que os direitos fundamentais são relativos , isto é , não pode ser aplicado como se absoluto fosse , logo podem entrar em rota de colisão entre si, ora o direito de liberdade , algum momento pode se chocar com algum outro , por exemplo, deste conflito afirma Moraes

quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve valer-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual ( 2021,p.61).

Desse Conceito é que nasce a primeira evidência da celeuma da insegurança jurídica no que se refere ao princípio da presunção de inocência , afirma Canotilho que a ideia de limites ou restrições de um direito não se confunde : “ embora possa parecer trivial à primeira vista, oculta, todavia, uma série de problemas, resultantes, por um lado, da determinação do significado destes limites, por outro, da distinção entre limitação e outras atividades normativas” (2018,p.202).

Canotilho acena ainda que os elencados nos direitos fundamentais não se isolam , pelo contrário , existe uma conexão recíproca , ainda que conflitantes , entre si.

Há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os primeiros são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento , e também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais “ (, 2018, p.189).

Data Venia, esse conceito carrega consigo para a realidade certa relativização, já que os Direitos Fundamentais traz de forma concisa as normas a serem protegidas, as que necessitam e atuam sobre o direito procedimental , que por sua vez são de certa forma, subjetivas, pois são sujeitas ao preenchimento de lacunas, ora, através de outros dispositivos complementares, ora por doutrinas e jurisprudências, ora por analogia. Explano, O artigo 5º traz consigo um rol que visa garantir a dignidade humana e ainda elenca as garantias fundamentais ,não obstante elenca por fim remédios para assegurar tais direitos, por instância , o direito à liberdade de locomoção é garantido pelo princípio do devido processo legal que por sua vez , é assegurada por remédio constitucional, mas o que de fato, agride tais preceitos sujeitos ao remédio constitucional ? Essa lacuna preenchida por outros dispositivos , é mais um dos fatos que geram a insegurança jurídica e prejudica a efetivação dos preceitos constitucionais como norma garantidora dos direitos fundamentais.

A título de informação alguns doutrinadores elencam os Direitos fundamentais básicos, em comum acordo são eles: a vida ; a Liberdade; a Igualdade; a Segurança; Segurança das relações jurídicas; Segurança de domicílio; Segurança das comunicações pessoais; Segurança em matéria penal e a Propriedade.

Importa ao dever argumentativo elucidar ainda a Liberdade; a Segurança das relações jurídicas e Segurança em matéria penal.

### **2.3 Presunção de Inocência**

A Constituição Federal elenca as cláusulas penais usualmente chamada, Tavares, como Direito Constitucional Penal a título exemplificativo, são alguns destes : Legalidade estrita quanto à previsão de crimes e das respectivas penas (art.5º, XXXIX); Proibição de retroatividade da lei penal, “salvo para beneficiar o réu, correspondendo a um aspecto específico da proibição da retroatividade das leis” (art.5º, XL); Proibição de que a pena passe da pessoa do condenado, “salvo a questão patrimonial, circunscrita, sempre, nesse caso, aos limites da transferência patrimonial aos sucessores que acaso tenha existido” (art. 5º, XLIII); Individualização da pena; Proibição de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art.5º,XLVII

Ao que interessa o presente artigo, passemos a analisar o artigo 5º LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” O supra citado trata-se de “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal” (MORAES, 2021,p.173). Tal conceito foi consagrado primeiramente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em Paris (1789), em seu art.9º : “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Tal princípio permeia a dignidade da pessoa humana. Tal pretensão punitiva do indivíduo pertence ao Estado, no entanto , o mesmo possui o dever de garantir o respeito aos princípios fundamentais intitulados pelo poder Constituinte. Por termo , a presunção de inocência visa , primordialmente , zelar pelo devido processo legal , a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Apesar da abrangência de tal norma ,tal princípio admite certas formas da restrição da liberdade , ora , vide já mencionado que os princípios não são absolutos. Ao mesmo é exceção alguns casos de prisões, como a prisão cautelar, a prisão

preventiva e a provisória. “Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública” (NUCCI, 2021,p.36)

### 2.3.1 Execução da pena após decisão de 2º instância

Superado o conceito do princípio, a fática mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 126 296/SP de 2016 , firmou por alguns anos, um entendimento de que poderá executar a pena de prisão logo após o duplo grau de jurisdição, aquele em que a matéria já tenha sido analisada entre órgão colegiado.

Tal transcendência , se é que pode ser considerado como tal, gerou no cenário jurídico e entre os operadores do Direito, tremenda insegurança quanto a possibilidade de aplicação do tema, vejamos, Mendes:

Não cabe ao acusado provar-se inocente; antes, cabe ao Estado provar a culpa de quem é acusado. Por isso, todos são inocentes até que sobrevenha a condenação criminal transitada em julgado (ou seja, a condenação da qual não cabe mais recurso) (2021,p.123).

Em tom semelhante diz Canotilho: “A culpa se torna indiscutível após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e não após a confirmação da condenação pelo segundo grau jurisdicional” (2018, p.474).

Ainda salienta que, a execução antecipada da pena desvirtua o sistema e incrementa o número de *habeas corpus* e que deriva a vários problemas tais quais os pedidos de indenização por prisões ; processos sem duplo grau de jurisdição em matéria fática.

Em novo momento Canotilho reafirma que tal entendimento configura um claro retrocesso jurídico em que a decisão tende por relativizar os Direitos e Garantias conquistados “[.] produz danos irreversíveis ao status *libertatis*, ao direito de propriedade ao estudo e ao trabalho.” ( 2018,p.475),

Enquanto Moraes em tom pouco semelhante salienta que o princípio condiciona a condenação à atividade probatória sendo devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltar ao total arbítrio (2021,p.174).

Para defender a execução da pena após decisão de 2º instância ,Moraes considera que , atendendo a três critérios, sendo eles : Que o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertença exclusivamente à acusação ; Necessidade de colheita de provas e/ou repetição de provas já realizadas, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; E a independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena, sendo assim, a hermenêutica teleológica pretendida pelo Poder Constituinte restaria respeitada.

Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito às exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional (MORAES 2021,p.175).

Em consonância com Moraes, afirma Barcelos:

Em comparação com as demais formas de cultura, como a literatura, os costumes e a moral, o Direito está sempre em atraso em relação às transformações da sociedade. Muitas vezes, a interpretação do Direito feita pelos juristas reduz este atraso, construindo o direito jurisprudencial e doutrinas que podem até mesmo se confrontar com o direito codificado.(2010)

Ora, se o próprio ser humano em espécie possui o poder de transcender, nada o contestaria de modificar as normas em que se regem, ou dar novos sentidos a uma mesma norma, “ O Direito pertence ao mundo da cultura e é estruturado segundo julgamentos de valor, sendo que os valores jurídicos existem dentro de uma hierarquia estabelecida historicamente. A concretização do valor nas normas modifica-se com o tempo, sendo inconteste que o Direito é mutável ” haja visto que

até mesmo os doutos pesquisadores, posicionam-se de formas divergentes acerca de um tema aparentemente absoluto e literal, não seria estarrecedora a ideia de que tal entendimento pudesse mutar perante um tribunal composto por onze pessoas, ainda mais que tal entendimento pudesse ser modificado quatro vezes em cerca de trinta anos de Constituição

#### **2.4 Cumprimento provisório da sentença**

Em analogia, o cumprimento da pena, em pouco se difere em pouco de um preceito já existente da seara cível, o chamado Cumprimento provisório da sentença, vide o art.520 do Código Civil: 'Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo'. No entanto, exige que a parte que a exige exerça o instituto da caução para a parte vencida, assim, em caso de reviravolta aquilo que foi executado possa ser reavido.

Em suma, tanto na seara penal quanto na cível, não resta dúvida de que se trata de uma execução de uma decisão antes do trânsito em julgado. No entanto, tal preceito no âmbito penal não deva prosperar, uma vez que não trata de algo pecuniário ou ao menos mensurável, não possui caução, trata-se da liberdade do sujeito, não obstante, abrange um conceito ainda maior, a dignidade da pessoa humana. Se existe de fato, a possibilidade de reversão uma decisão que já tenha tramitado por duplo grau de jurisdição, dito que existe, no recurso extraordinário tal possibilidade, nenhuma analogia que se faça deve desrespeitar alguma das máximas do Direito penal tal qual seja *In dubio pro reo*, é melhor deixar escapar cem culpados do que condenar um inocente.

## **CAPÍTULO III – INSEGURANÇA JURÍDICA**

O presente capítulo propõe especificar, elucidar e indagar acerca da instabilidade jurídica referente ao Princípio da Presunção de inocência além de analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

### **3.1 Conceção**

Pode-se dizer que a segurança jurídica é um dos, quiçá , o principal princípio basilar presente no Estado de Direito, de tal maneira que todos os campos de desenvolvimento humano , na sociedade moderna, dependem da segurança jurídica, ou seja, das relações jurídicas, por tal motivo o Estado garante a segurança jurídica garante esse conceito àquelas pessoas que porventura tenha seus direitos violados , à luz do art.5º,XXXV é o que está previsto, o princípio do acesso ao Poder Judiciário , que por sua vez obriga a uma contraprestação do Estado, bem conceitua Padilha quando diz ser uma prestação jurisdicional, “o processo é submetido à autoridade estatal, que analisa a situação posta. Contudo, a tutela jurisdicional é diferente, é a satisfação do direito para uma das partes: a procedência para o autor/impetrante ou improcedência para o réu/impetrado.” (PADILHA, 2019,p.263).

Apesar das expectativa do legislador vários fatores cumulativos ou não desestabilizam tal tratativa , a pura expectativa da coletividade sobre uma decisão judicial desfavorável ,pode ser prejudicial para os aspectos sociais, legislativas, jurídicos e também econômicos bem como a delonga da resolução dos litígios não obstante as diversas mudanças das normas , que por sua vez desamparam o sujeito das relações jurídicas.

Pode-se definir segurança jurídica como a estabilidade nas relações judiciais no que tange a não alteração através da discricionariedade bem como na previsibilidade do resultado numa possível judicialização da matéria, é nesse contexto, na lacuna entre a instabilidade nas relações jurídicas alinhadas a desconfiança da sociedade que surge a insegurança jurídica. No primeiro plano ,no aspecto social, é presente o paradoxo da informação qual seja : a desinformação cresce à medida em que aumenta o acesso a uma quantidade infinita de informação, bem analisa Ávila:

Esse material informativo, embora possibilite uma maior compreensão do mundo, paradoxalmente contribui para o aumento da incerteza: quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser previamente considerado e avaliado" Ao presente caso , quanto mais conhece o indivíduo das normas legais , mais conhece que precisa saber da previsibilidade da judicialização da matéria, materializando assim a insegurança.( ÁVILA, 2011)

### *3.1.1 Questões legislativas*

A qualquer cidadão é perceptível a desordem legislativa , explana-se : de acordo como estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento (IBPT) “A legislação brasileira é confusa, complexa e de difícil interpretação. Os desafios em acompanhar a atualização da norma tributária se torna um verdadeiro obstáculo na vida de entidades, associações e todos aqueles que precisam estar em conformidade com o Fisco. “ Os dados revelam que, desde 05 de outubro de 1988 foram editadas mais 6,7 milhões de normas ,e quando se trata de matéria tributária , é ainda mais estorcedor, foram 444.236 normas, mais de 17 emendas. Em média 563 normas editadas todos os dias, normas essas que regulam a vida cotidiana do cidadão.

Com base nos dados, é mais que notório que a Constituição é, por si só um emaranhado de normas que por sua vez, são inspiradas em diversas normas estrangeiras, no entanto , essas diferentes normas, por vezes são interpretadas através de hermenêuticas diferentes, resta a retórica, como coexistir duas retóricas diferentes entre si , dentre um mesmo código ? Logicamente se uma Constituição é composta por diversos dispositivos emanados de diferentes culturas devem

necessariamente coexistir harmoniosamente juntas esse sistema estará fadado ao caos. Indubitável e empiricamente, é o sistema brasileiro. Resta demonstrada a completa ingerência dos legisladores brasileiros que acarreta:

Em resumo, é neste cenário que o cidadão tem de planejar seus atos e negócios, tentando compreender diariamente as leis editadas pelo Poder Público, além de ter que conviver com o risco de que a referida lei ou ato normativo seja questionado no Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, declarada inconstitucional com efeitos retroativos, o que acaba gerando prejuízos incalculáveis (CARREIRA,2016).

### 3.1.2 *Dos aspectos Jurisdicionais*

Nos Tribunais, a Insegurança é formada quando a mesma matéria é decidida de formas divergentes entre si.

[...] a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte incentivo a fazê-lo (DANTAS,p.29 2013)

Não suficiente, a mudança jurisprudencial é um dos fatores que mais acentuam a insegurança jurídica , bem conceitua Carreira quando denomina como Direito Gasoso, uma vez que desaparece sem ao mesmo ser compreendido pelos destinatários da legislação, o que acaba por comprometer a credibilidade do Poder Judiciário bem como a segurança jurídica , não obstante os Tribunais ao exercerem sua função jurisdicional, ignora o papel da interpretação , a hermenêutica da própria doutrina, o que acarreta em decisões discricionárias que comprometem o princípio da segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Em um último *ratio*, a não observância doutrinária dos operadores do Direito no âmbito dos tribunais gera divergência e insegurança , ora , se por instância, um advogado ou um doutrinador presta a devida informação ao cidadão, e quando a matéria é porventura, judicializada, o julgador não suficiente a inobservância legal , jurisprudencial e doutrinária concatena ainda, mesmo que indiretamente, com ativismo judicial, conforme explícito no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, que, no

juízo do AgRg em ERESP n.º 279.889, em que diz não se importar como os doutos operadores do Direito, qual sejam os Doutrinadores observam a matéria do Direito, pois aqueles a serem considerados de fato são as autoridades jurisdicionadas: "A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência [...] Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele". (2001,STJ);

### *3.1.3 Aspecto econômico*

A eficácia da norma e a previsibilidade do resultado da judicialização da matéria revela aos investidos o creditamento das relações que respaldam as relações econômicas, Porque os empresários, assim sabem o que esperar dos contratos e dos colaboradores de modo a sentirem mais libertos quanto as possibilidades, em se tratando de investimentos, o que não ocorreria, ao inverso, na insegurança jurídica " [...] esses investidores fiquem mais tímidos e receosos de se arriscar, pois não existe previsibilidade no que pode acontecer. O resultado indireto da insegurança, então, seria um travamento no crescimento econômico ". (FREITAS,FERNANDES,s.p, s.a).

Esse quesito é plenamente perceptível na prática, explana-se, o Brasil está entre os piores índices, no instituto brasileiro de planejamento e tributação que tange a segurança jurídica, dentre dezoito países analisados, o Brasil figura como 5º lugar no quesito geral, quando comparado o quesito da garantia das normas jurídicas, o Brasil ocupa a 12º colocação, o que demonstra, economicamente a preocupação do investidor de aportar ativos financeiros em um país ao qual não se pode prever ao certo, por exemplo, a execução do contrato visto as lacunas, o número de normas editadas, sobretudo de norma contábil e tributária, atrapalham o investidor de obter um prospecto econômico. O Estado, exerce o poder através do Direito que se dá pela confiança do cidadão, logo a ideia de imobilidade, previsibilidade é necessária para o Estado.

O cidadão tem que acreditar que pode prever o que vai acontecer, de modo a ter confiança no Estado e no direito [...]. O problema é que as relações jurídicas oscilam entre permanência e ruptura, entre

estabilidade e mudança, entre segurança jurídica e inovação.  
(CARREIRA,2016)

Diante de todos esses fatores , surge a insegurança jurídica que afasta o Estado de Democrático de Direito e desacelera o crescimento social e econômico. Não obstante , a insegurança relata a ideia de que o litígio, ao presente caso, poderia ser definido pelo acaso, pela sorte da distribuição do processo , já que o mesmo objeto é tratado de maneira diversa entre os colegiados:

Se o Remédio Constitucional tiver como relator alguém favorável à execução da pena antes do trânsito em julgado, este ficará recluso até sentença final condenatória, porém, se distribuído à um dos ministros contrários a execução imediata, terá a sorte de responder em liberdade até sentença condenatória definitiva. Fazendo saliente ainda mais e instáveis aos olhos de todos, as decisões judiciais que vêm sendo proferidas pelo STF. (SANTOS,2020).

### **3.2 Histórico**

Historicamente, o entendimento mudou-se por diversas vezes , principalmente a partir da década de 1941 pela legislação do Estado Novo, era admitido o Juízo de valor antecipando a culpabilidade e a prisão sem a existência de uma condenação formal, ideia essa revogada a partir do Caso Fleury , em 1970, durante o regime autoritário , que permitiu ao réu primário aguardar o julgamento em liberdade, era de se pensar que com a promulgação da Constituição cidadã de 1988, com a legitimação da presunção de inocência, o litígio se resolveria , tentativa frustrada dos legisladores.

Na história recente perdura desde os anos 1990, a discussão acerca do princípio da presunção de inocência no cumprimento antecipado da pena perdura e o posicionamento transformou-se , cinco vezes de lá aqui, e ainda sim , não é possível prever o fim desta celeuma, mais precisamente são estes os objetos de discussão : HC 71.723/SP;HC79.814/SP; HC80.174/SP;HC84.078/MG e HC126.292 este último mais recente ,2016 , o curioso caso é que os próprios ministros passaram a decidir monocraticamente, de forma diversa. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, STF,

firmou o entendimento de que não seria permitida a execução provisória da pena, através do supra mencionado HC 84.078/MG:

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.

Vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Concluiu por firmar o entendimento de que a ordem de prisão de antes de atingido o trânsito em julgado ofenderia diretamente o princípio constitucional da presunção de inocência. Findado esse julgado, é aprovada a Lei 12.403/2011 com a seguinte redação:

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.

Não obstante , no julgamento do HC 126.292/SP , em 2016 ,pela penúltima vez até o presente momento, mudaram-se as teses, é o que explica Toron, quando dois indivíduos teriam sido denunciados pelo crime de roubo , e tiveram as prisões revogadas no decorrer do processo e ambos foram condenados e enquanto um recorreu em liberdade , outro teve a prisão decretada, “ O inusitado está no fato de que, mesmo transitada em julgado a condenação para o Ministério Público (MP) e havendo apenas o apelo de M.R.D., este teve não só o apelo improvido, como também teve sua prisão decretada”, posterior ao fato , foi impetrado *Habeas Corpus* , que por sua vez, foi indeferido, destarte, a celeuma é iniciada, do indeferimento é impetrado outro *Habeas Corpus* , desta vez perante o STF, tendo como relator o ministro Teori Zavascki que deferiu a liminar e concedeu a ordem,. Ao julgar a matéria , concedeu a liminar e reconheceu o alcance da súmula 691 , no entanto no plenário , o mesmo retificou o pensamento firmando a tese de ser permitida a execução antecipada da pena, entendimento que novamente poria em xeque o princípio da presunção de inocência

Mesmo com a liminar concedida com aquela robusta fundamentação, o Ministro Teori voltou atrás e votou com a maioria, formando o placar

de 7x4. E M.R.D. voltou para a prisão. O mesmo M.R.D. que recorrera em liberdade e acabou preso “de ofício”, sem pedido do MP,[...] O mesmo M.R.D. a quem o Ministro Teori reconhecera que sua prisão tinha sido ilegalmente decretada [...] O que teria mudado na conduta ou nas circunstâncias vivenciais do paciente M.R.D. para que houvesse esse jurisprudence turn?

Pois então , após tal julgado , firmou-se a jurisprudência às avessas , em que permitiu a execução antecipada da pena e silenciou o princípio da presunção de inocência.

Somente então no HC152.752 o qual seria do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva que pleiteava a não execução provisória da pena , vide a confirmação da condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região , pedido o qual foi denegado. No entanto , vista a natureza do Habeas Corpus , que pode ser discutido tantas vezes quantas sejam protocoladas, o STF julgou a matéria em de Ação Direta De Constitucionalidade , peticionadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Partido Ecológico Nacional como também pelo Partido Comunista do Brasil, foram elas , as ADCcs 43,44 e 54 as quais foram analisadas e votadas pelos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Marco Aurélio, Rosa Weber Ricardo Lewandowski Gilmar Mendes Celso de Mello, Carmén Lúcia e Dias Toffoli porém , desta vez, por 6 a 5, o entendimento foi pelo não cumprimento imediato da pena.

### **3.3 Direito Comparado**

Direito Comparado é um mecanismo utilizado para se ter subsídio para analisar a própria legislação, afim promover o exercício do Estado democrático de Direito , buscando a solução mais adequada à lide. Ao contrário do que é visto no Common Law , a jurisprudência não é regra , mas é muito comum quando não há previsão legislativa.

Grande parte dos países adotam a execução da pena de prisão após a sentença já em primeiro grau ao presente caso , Compara-se 8 países ao qual se

legisla sobre o cumprimento antecipado da pena , quais sejam a Alemanha , Argentina, Canadá, Espanha , Estados Unidos , Inglaterra , França e Portugal.

Países como Alemanha , Argentina, Inglaterra, Canadá, Espanha e Estados Unidos adotam a execução da Pena após sentença em primeiro ou em segundo grau ou mesmo que o réu aguarde o julgamento do recurso preso , com exceções da fiança , como acontece nos Estados Unidos e no Canadá. Enquanto França e Portugal , é garantido aos condenados em primeiro grau , que aguarde em liberdade o julgamento dos recursos.

### **3.4 Considerações Finais**

Partindo do pressuposto de que não se pode iniciar o cumprimento da pena a partir de uma decisão em segunda instância , tem de se analisar então a possibilidade de alteração por meio de emenda.

O dispositivo é consagrado dentro das cláusulas pétreas, há quem diz não ser possível , esses alegam que não pode haver nenhuma modificação, data vênua a emenda permitindo a prisão após a segunda instância não acarretaria em supressão dos Direitos e Garantias Fundamentais e sim regulamentaria uma lacuna naquilo que o legislador não descreveu em nenhuma norma ainda que em matéria infraconstitucional , qual seja o momento em que a execução se daria, de tal modo que por uma vez só cessaria toda a celeuma causada pelo Poder Judiciário, tanto para permitir, quanto para denegar cumprimento.

Como consequência da insegurança jurídica acaba por trazer prejuízos de ordem econômica e jurídica , econômica uma vez que atrapalha os investimentos além de encarecer o custo dos ativos econômicos e jurídico ao tempo que a insegurança aumenta o litígio posto que o cidadão não possui conhecimento técnico jurídico suficiente acerca da previsibilidade da norma então busca os tribunais para tentar garantir o cumprimento ou não das relações jurídicas e acaba por esvair todas as

possibilidades e instâncias tanto possíveis, que por sua vez transborda o sistema judiciário , transformando-o cada vez mais moroso e caro.

Pode-se , finalmente, dizer que as diversas mudanças de entendimento , e por consequência a insegurança jurídica depleta, ou pior, ameaça, o Estado Democrático de Direito no momento em que o Guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes insiste em violar textos literal taxativo da normas, aplicando disposição diversa ,ofende incontáveis institutos e direitos , tal qual a segurança jurídica , não obstante obriga em desuso o instituto da prisão provisória , criado justamente para evitar o que se pretendeu com a execução provisória da pena,

Em suma , afim de resolver a lide, os magistrados acabam por legislar ao assegurar tratamento diverso ao qual se destina a lei maior, preenchendo lacunas e infringindo a competência jurisdicional, ofendendo assim, diretamente o princípio da isonomia, cerceando portanto, a vida, os Direitos e a Garantias do cidadão.

## CONCLUSÃO

O presente artigo, teve como objetivo , primeiramente , discorrer sobre o histórico do preceito legal, a Constituição Federal , que por sua vez , foram sete. São elas: a Constituição de 1824 outorgada por dom Pedro I, com traços de liberalismo; a Constituição de 1891, primeira Constituição promulgada que estabeleceu o presidencialismo ,eleito o Deodoro Da Fonseca como Presidente; em 1934 promulgada a Assembleia no período do primeiro Governo de Getúlio Vargas, com direito a voto as mulheres além da criação da justiça eleitoral e do trabalho; pode-se dizer que a Constituição de 1937 foi inspirada sob o prisma facista europeu , vide a época em que foi outorgada, caracterizada pela instituição da pena de morte, além do cerceamento do direito da sociedade.

Com a derrota da guerra , caiu-se também os ideais, em 1946 é promulgada a Constituição de 1946 que reestabeleceu o Direitos individuais , com o fim da pena de morte e da censura, período caracterizado também pela volta dos três poderes; já em 1967 é institucionalizado o Regime Militar com o bipartidarismo e eleições indiretas com a posterior dos direitos políticos e individuais , não obstante o conhecido AI-5;

Por fim, finda com o alento, a promulgação da Constituição de 1988 que trouxe de volta o conceito republicano ,presidencialista e federativo, não apenas reintegrou como ampliou os Direitos Individuais e Coletivos ,dito qual foi o objeto específico de Estudo.

Pretendia também dissertar acerca dos Direitos Fundamentais , bem como sobre a teoria tripartite do crime , afim de buscar explicar a possibilidade ou não da aplicação do princípio da presunção de inocência na execução antecipada da pena, no entanto , não parece possível , uma vez que a teoria não se relaciona diretamente ao princípio, o que será abordado exclusivamente em trabalhos posteriores.

porém, descobre-se que a insegurança jurídica acerca do tema alcança esferas além das penais e jurídicas , alcançando também a esfera econômica e social, visto que a imprevisibilidade das relações interpessoais, aqui inclui-se a relação jurídica, interfere a ordem econômica, de modo que o investidor , ao analisar o risco de uma possível lide ser judicializada e julgada a depender do julgador ou do local a que será julgado , opta por não ingressar no sistema econômico brasileiro,

Encerra-se o presente artigo com a conclusão de que os magistrados e os tribunais afim de solucionar a lide acerca da presunção de inocência acabam por praticar ativismos judiciais bem como desrespeitar o princípio da separação dos poderes, uma vez que é já entendimento pacífico que o rol dos direitos e garantias fundamentais não podem ser suprimidos e , *a priori*, devem ser interpretados no seu sentido literal, quando os magistrados aplicam disposição diversa permitindo qualquer outro que seja o entendimento , acabam por legislar.

Salienta-se ainda que , para alcançar os objetivos gerais e específicos pretendidos foi utilizado o método de compilação bibliográfica.

## REFERÊNCIAS

BARCELOS, Soraya Marina. Relatividade dos valores e o Direito - **Crítica à teoria dos valores absolutos**. Revista DireitoNet (2010). Disponível em : <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6091/Relatividade-dos-valores-e-o-Direito-Critica-a-teoria-dos-valores-absolutos#:~:text=O%20Direito%20pertence%20ao%20mundo,que%20o%20Direito%20%C3%A9%20mut%C3%A1vel>. Acesso em : 18/03/2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em: 04 mai. 2022

BRASIL. **LEI Nº 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: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Cadastro nacional de presos (2018) Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 04. Mai. 2022.

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: 16 mar. 2022.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941** . Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) .Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Relatório Competitividade Brasil, (2019-2020) Conselho Nacional da Indústria**. Disponível em: [https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer\\_public/ca/fc/cafc2274-9785-40db-934d-d1248a64dd94/competitividadebrasil\\_2019-2020\\_v1.pdf](https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ca/fc/cafc2274-9785-40db-934d-d1248a64dd94/competitividadebrasil_2019-2020_v1.pdf). Acesso em : 04 mai. 2022

CARREIRA, G. **AS CAUSAS DA INSEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL**. Revista Pensamento Jurídico, v. Vol. 9, p. 33, 2016.

EDUARDA, Maria . **A Execução provisória da pena e o Princípio da Presunção de Inocência**: uma análise acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia-uma-analise-acerca-das-decisoes-do-supremo-tribunal-federal/>>. Acesso em: 4 mai. 2022

FERNANDES, Manuela.; FREITAS, Lorena. **A INSEGURANÇA JURÍDICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS PARA O DIREITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.** Disponível

em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=428365de6e004c61>>. Acesso em: 4 mai. 2022

GENOSO, Gianfrancesco. **O STF e a presunção de inocência:** princípio em extinção?. Revista Migalhas(2018). Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/280768/o-stf-e-a-presuncao-de-inocencia--princípio-em-extincao.htm>. Acesso em: 16 mar.2022.

IBPT. **QUANTIDADE DE NORMAS EDITADAS NO BRASIL:**, 19 maio 2021. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/estudo-do-ibpt-quantidade-de-normas-editadas-no-brasil-desde-1988/>>. Acesso em: 4 mai. 2022

ILANES, Miriany.C. S.; FERNANDES, Rodrigo. F.; ANTUNES, Rosana.M.de.M.e. S.; AL., et. **Direito Constitucional I.** Porto Alegre: Grupo A, 2018. 9788595024458. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024458/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **DIREITO PROCESSUAL PENAL.**18º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

JÚNIOR, A. **A insegurança jurídica no STF:** suspensão da execução da pena e o respeito ao princípio da presunção de inocência. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71051/a-inseguranca-juridica-no-stf-suspensao-da-execucao-da-pena-e-o-respeito-ao-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 4 mai. 2022.

LENZA, Pedro. **Esquematizado: Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553619306. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619306/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

MENDES, Gilmar F.; FILHO, João Trindade C. Série IDP - Linha Doutrina - **Manual Didático de Direito Constitucional** . São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 978655591088. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655591088/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal** .2º ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9786559640119. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

OLIVEIRA, Marcelo. **Como funciona a prisão em segunda instância em outros países?...** – Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/17/como-e-a-prisao-em-segunda-instancia-em-outros-paises.htm?cmpid=copiaecola>. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/17/como-e-a-prisao-em-segunda-instancia-em-outros-paises.htm>>. Acesso em: 4 mai. 2022.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6ºed. São Paulo Grupo GEN, 2019. 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

REDAÇÃO DO MIGALHAS (ED.). **STF volta a proibir prisão em 2ª**. Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>>. Acesso em: 4 maio. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 162.92/SPZA**. Relator para o acórdão: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJe de 17-02-2016 . Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 05 mai. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator para o acórdão: GRAU, Eros. Publicado no DJe de 26-02-2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> Acesso em 05 mai. 2022.

TAVARES, André R. **Curso de direito constitucional**.18º ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2019. 9788553616411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

TORON, Alberto Z. **Decisões Controversas do STF** - Direito Constitucional em Casos . ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530988036. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988036/>. Acesso em: 27 abr. 2022.