Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro – Unipac ISSN 2178-6925
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni - Fevereiro de 2019

A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEITA PELO STF

THE PRISON AFTER CONDEMNATION CONFIRMED BY THE SECOND INSTANCE AND THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION MADE BY THE STF

Larissa Ferreira Da Silva
Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni/MG – e-mail: larif.silva17@gmail.com

Sandra Sofia de Figueiredo Coelho
Mestra em Ciências da Educação Superior pela Universidade de Matanzas "Camilo Cienfuegos". Graduada em Estudos Sociais e História pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e graduada em Geografia pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professora do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos UNIPCAC Teófilo Otoni. – E-mail: sandrasofiaunipacto@hotmail.com

Rodrigo de Oliveira Santos
Pós-graduado em Direito Público pelo Instituto Ensinar Brasil. Graduado em Direito pelo instituto Doctum. Professor no curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni. E-mail: oliveiraesantosadvocacia@outlook.com

Resumo

O presente trabalho apresentará um estudo sobre a constitucionalidade da prisão em segunda instância após a condenação confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Tem como objetivo a análise do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão, tema que é alvo de intensa controvérsia na via jurisdicional. Adotou-se como parâmetro a atual interpretação do STF sobre a questão. Neste víeis, serão confrontados os argumentos apresentados pela hermenêutica aplicada frente os direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988. A finalidade do estudo é apresentar a relativização do princípio da presunção de inocência, sem ofender seu núcleo essencial como forma de tratamento do acusado. A metodologia aplicada é a revisão de doutrinas, jurisprudências e sites relacionados ao tema. Evidencia-se com o estudo deste a possibilidade de execução da reprimenda após confirmação pela segunda instância da condenação, proferida pelo juízo de primeiro grau.

Palavras-chaves: Condenação. Segunda Instância. Prisão. Pena. Constitucionalidade.

Abstract

The present paper will present a study on the constitutionality of the prison in second instance after the conviction confirmed by the Federal Supreme Court (STF). Its objective is the analysis of the fulfillment of the sentence before the final decision of the decision. This subject is subject to intense controversy in the judicial process. The current interpretation of the STF on the question was adopted as a parameter. In this paper, the arguments presented by the applied hermeneutics against the fundamental rights sculpted in the Federal Constitution of 1988 will be confronted. The purpose of the study is to present the relativization of the principle of presumption of innocence without offending its essential nucleus as a treatment of the accused. The applied methodology is the revision of doctrines, jurisprudence and sites related to the subject. It is evident from the study of this possibility the execution of the reprimand after confirmation by the second instance of the conviction, rendered by the first degree court.

Keywords: Conviction. Second Instance. Prison. Feather. Constitutionality.

1 Introdução

A constitucionalidade do cumprimento imediato da pena de prisão após a confirmação pela segunda instância na esfera penal, enquanto pendentes de julgamento eventuais recursos interpostos pela Defesa é assunto de grande relevância jurídica. A discussão sobre a possiblidade de ofensa aos princípios constitucionais que regem o Direito Processual Penal, em especial aqueles atinentes aos bens jurídicos mais valiosos de todo cidadão, que são justamente a presunção da sua inocência e o seu *status libertatis* são algumas das temáticas discutidas neste trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Min. Celso de Melo, decano daquela casa, ao se manifestar sobre a temática, já decidiu que:

> não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.[1]

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência possui natureza relativa, o qual deve ser aplicado em consonância com os demais princípios e valores contidos na Constituição Federal, sendo que sua incidência deve ser ponderada, a fim de que não exacerbe a proteção de sujeitos submetidos à persecução penal em detrimento de dogmas mais relevantes para a sociedade.

1 https://STF.jusbrasil.com.br /RJT 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno.

Portanto, o tema proposto para esta pesquisa é justamente a caracterização de relativização do princípio da presunção de inocência, cuja base teórica está pautada na decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292/SP e nas consequentes divergências doutrinárias sobre o tema. Tal princípio está consagrado na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso LVII e pelo Código de Processo Penal no artigo 283.

Conforme se extrai do conceito implícito no princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e da norma estampada no artigo 283, do Código de Processo Penal:

> 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.[2]

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, já externou o posicionamento, por maioria de votos, que após haver uma condenação por um órgão colegiado de segunda instância o condenado já deve começar a cumprir sua pena, mesmo que ainda possa recorrer da condenação sem o trânsito em julgado do processo, porquanto os recursos subsequentes, quais sejam, recurso especial e extraordinário não possuem natureza suspensiva.

2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência decorre de um processo longo de desenvolvimento político-jurídico, que remonta o direito romano, no qual, influenciado pelo cristianismo (religião da fé em Jesus Cristo, de sua ética e sua promessa de redenção), como regra de valoração das provas, existia a máxima do *in dubio pro reo*, baseado nos escritos de Trajano. Naquela época, entendia-se ser preferível deixar impune o crime de um culpado, do que condenar o inocente.

Entretanto na Idade Média, a presunção da inocência foi demasiadamente criticada ao ponto de ser invertida. Com efeito, no processo penal daquela época, partia-se da culpabilidade do acusado, que deveria provar sua inocência de forma categórica. Neste sentido Aury Lopes Jr. lembra que: "[...] na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um

[2] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve" (LOPES, júnior, 2014).

No final do século XVIII, com a consagração na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão (DDHC) a presunção de inocência voltou a ser respeitada. A DDHC, atendendo as críticas iluministas à característica inquisitorial do processo penal, que partia da presunção de culpabilidade do acusado, rompeu com o sistema vigente, passando a dispor em seu artigo 9º, que: *"todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei"*.

Após a Segunda Guerra Mundial, em virtude das fortes violações aos direitos humanos, a Assembleia das Nações Unidas, com o intuito de promover maior observância à dignidade da pessoa humana, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no ano de 1948. O referido documento dentre suas disposições acolheu a garantia judicial da presunção de inocência, no artigo 11.1, onde preceitua que:

> toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as suas garantias necessárias à sua defesa.

O princípio da presunção de inocência previsto no art. 5°, inciso LVII da Constituição Federal, assegura que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". A análise a deste princípio é forma de garantia política do cidadão, pois assegura o tratamento de não culpabilidade aos indivíduos acusados ou não. Segundo o doutrinador Maurício Zanoide de Moraes (2010, p.187):

> Nossa atual Constituição da República veio pôr cobro ao mais longo período de expressa e imposta privação de liberdades e das garantias essenciais ao cidadão, iniciado com o golpe militar de 1964. Durante a sua constância, foram vários os atos governamentais a atingir todos os poderes da República, sempre com o fito de retirar-lhes qualquer sopro democrático e, de um modo geral, impedi-los de pensar ou agir de modo contrário aos ditames impostos pelos então ocupantes do poder.

A presunção de inocência será aplicada quando houver dúvidas sobre dados importantes para o desfecho do processo e consequentemente para prolação do édito condenatório. O ônus da prova, nos termos do artigo 156, do Código de

Processo Penal incumbe a acusação, que tem o dever de provar que estão presentes todos os fatores indispensáveis para condenação:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).[3]

Dessa forma, como o réu é presumidamente inocente nada precisa provar. Concluiu-se, portanto que se das provas produzidas não surgirem elementos suficientes para a convicção do juiz, se impõe a absolvição do indivíduo, prevalecendo a máxima contida no denominado princípio *in dubio pro reo*.

Visão distinta apresentada pelo ilustre doutrinador José Afonso Da Silva, em parecer jurídico de 28 de março de 2018, entende que a execução da pena em segundo grau de jurisdição viola o núcleo essencial inserto na Constituição Federal. Enfatiza que a garantia da presunção de inocência tem a extensão que lhe deu a Carta Magna: "A execução de pena antes disso viola gravemente a Constituição num dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é um direito individual fundamental." Tal doutrinador aufere que a presunção de inocência é sim, absoluta, sentido de que vale por si, não conforme a lei e por outra. Preconiza que a presunção de inocência possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, não admitindo lei modificativa, portanto não pode ser alterada pelo poder constituinte derivado, nem, pois, por interpretação judicial ou pretensa mutação constitucional. Assim, constata indubitavelmente que, não é compatível com o inciso LVII do artigo 5º da CF/88 a tese afirmada pelo STF no HC 126.292, no qual registra a necessidade de equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que a execução provisória proferida em segundo grau, não compromete o núcleo essencial de não culpabilidade:

> EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. 1. Segundo o acórdão embargado, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio

[3] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

> constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal." 2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Pode-se retirar vários elementos da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, mas tal princípio possui natureza relativa na execução da pena no segundo grau de jurisdição, tema que será abordado no próximo tópico.

3 Execução de pena em segundo grau de jurisdição

Em fevereiro de 2009, no julgamento do HC 84.078, de relatoria do ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de inconstitucionalidade da execução provisória da pena quando pendente de recurso de efeito suspensivo, em observância ao princípio da presunção de inocência. Com isso, a prisão do acusado, antes da condenação definitiva, só poderia ser decretada para acautelar o processo (prisão preventiva).

Analise a seguinte situação hipotética: "Caio foi condenado a uma pena de 08 anos de reclusão, a ele foi assegurado na sentença o direito de recorrer em liberdade. O réu apelou e depois de algum tempo o Tribunal de Justiça manteve a decisão. Contra esse acórdão, Caio interpôs, simultaneamente, recurso especial e extraordinário. Caio que passou todo o processo em liberdade, deverá aguardar o julgamento dos recursos especial e extraordinário preso ou solto? É possível executar provisoriamente a condenação enquanto se aguarda o julgamento dos recursos especial e extraordinário? É possível que o réu condenado em 2ª instância seja obrigado a iniciar o cumprimento da pena mesmo sem ter havido ainda o trânsito em julgado?".

A posição anterior do STF não permitia tal prática. Conforme se evidencia no acórdão, nos autos do HC 84.078, transcrita sua ementa abaixo *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o

> trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida[4].

A Carta Magna prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença (artigo 5°, LVII), este princípio, o da não

[4] <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>

culpabilidade ou presunção de inocência, está esculpido em Tratados Internacionais, v.g., a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969. Enquanto pende-se recurso de defesa, há uma presunção de que o réu é inocente, ou seja, não é considerado de forma concreta autor de fato típico. Dessa forma, enquanto não houver trânsito em julgado da decisão condenatória, o réu não pode ser compelido a iniciar o cumprimento da pena, visto que ainda é presumidamente inocente.

No Brasil a execução provisória da pena não existia, em virtude de tal presunção, o recurso interposto pela defesa contra a decisão condenatória era recebido no duplo efeito (devolutivo ou suspensivo) e o segundo acórdão perdia efeito. Esta era a antiga posição da Suprema Corte: O julgamento do recurso especial ou extraordinário seria com o indivíduo preso, desde que presentes os pressupostos essenciais da prisão preventiva, conforme artigo 312 do Código de Processo Penal e não como execução provisória de pena:

> Art. 312.A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.[5]

Em fevereiro de 2016, o STF mudou o entendimento referente à prisão em segundo grau de jurisdição conforme informativo 814 do STF: “a execução provisória de acórdão penal condenatório conferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”, significa dizer que é plenamente possível iniciar-se a execução da pena condenatória após a prolação de acórdão em segundo grau sem ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o manejo de recurso, para o qual não haja previsão de concessão de efeito suspensivo, não tem o condão de impedir a expedição do mandado de prisão, inclusive a questão foi pacificada com a edição da Súmula 267, segundo a qual “a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

A atual posição do STF possibilita o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau, não caracterizando

[5] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

afronta ao princípio da presunção de inocência. Em sede de repercussão geral o STF pacificou o entendimento:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.[6]

Os Recursos especiais ou extraordinários não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 27 § 2º da Lei 8038/90), significa que, mesmo a parte tenha interposto recurso a decisão recorrida continua proferindo seus efeitos. É possível estabelecer determinados limites ao princípio de presunção de não culpabilidade. Dessa forma, a presunção de inocência não impede que até o trânsito em julgado, o acórdão produza efeitos contra o acusado.

> HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO. TRÂNSITO EM JULGADO. MANDADO DE PRISÃO. CUMPRIMENTO. Contra decisão condenatória confirmada em segunda instância cabe recurso sem efeito suspensivo: especial e extraordinário. Possibilidade de cumprimento do mandado de prisão antes do trânsito em julgado. Ausência de ilegalidade. Precedentes do STF. Ordem denegada.[7]

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente durante todo o curso do processo criminal, observados os direitos e garantias inerentes à pessoa humana, respeitando o modelo acusatório vigente.

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO
> AUTOMOTOR. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA . EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. I - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou

[6] https://www.jusbrasil.com.br/diarios/190914174/stf-17-05-2018-pg-244?ref=topic_feed

[7] https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703876/habeas-corpus-hc-72155-sp

> extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII , da Constituição Federal " (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16). II - Entretanto, no caso das penas restritivas de direitos, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal , consoante julgamento dos EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 28/11/2017. III - Esta Quinta Turma manifestou a mesma orientação no julgamento do AgRg no REsp 1.618.434/MG e do AREsp 971.249/SP. IV - Não compete a este eg. STJ se manifestar explicitamente sobre dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento. (Precedente). Agravo regimental desprovido.[8]

Insta salientar que, é necessário buscar-se um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal. Objetiva-se não apenas atender os interesses do acusado, mas também da coletividade diante da realidade do sistema judiciário penal brasileiro.

O posicionamento anterior da jurisprudência assegurava a proteção ao princípio da presunção de inocência em grau absoluto. Impedindo a execução da pena provisória, enquanto não esgotados todos os meios de reclamação na via jurisdicional. Concedia-se a hipótese de interposição de todos os recursos (extraordinário e ordinário), com o intuito de acarretar a prescrição da pretensão executória. Com a possibilidade de cumprimento da pena em segundo grau de jurisdição, o Supremo Tribunal Federal e o poder judiciário, visam garantir o devido processo legal e a duração razoável do processo.

4 A relativização do princípio da presunção de inocência, interposição de recursos extraordinário e especial e não realização do exame de provas

Os recursos podem ser classificados como comuns ou extraordinários. Os recursos comuns são conhecidos como normais ou ordinários, caracterizam-se por aqueles que atendem imediatamente ao interesse da parte vencida em ver reformada a decisão desfavorável que ofendeu seu direito subjetivo e comportam a discussão da matéria de fato e de direito. Como regra geral, para sua admissão e o seu provimento não apresentam exigências especiais, é fundamental apenas o fato da sucumbência.

---

[8] https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631920715/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1329960-sp-2018-0176576-6

Os recursos extraordinários possuem como finalidade manter a guarda e a proteção da Constituição Federal, é um recurso especial que busca a proteção do direito objetivo, apresentam exigências especiais à sua procedibilidade: são estritos a *quaestio juris*, dirigem-se aos tribunais da cúpula judiciária; não são vocacionados à correção de mera injustiça da decisão e através deles se busca alterar a decisão que ofenda o direito objetivo.

O recurso especial é o meio utilizado para contestar, perante o STJ, uma decisão proferida por um Tribunal de Justiça (TJ) ou Tribunal Regional Federal (TRF), tem a finalidade de manter a hegemonia das leis infraconstitucionais, resguardando o direito objetivo, ou seja, a norma jurídica de natureza infraconstitucional; é cabível somente quando o acórdão recorrido contrariar tratado ou lei federal, ou negar vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, não é cabível para o reexame de provas e sim do direito subjetivo, conforme se evidencia na súmula 7 do STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

O procedimento a ser observado no trâmite do recurso especial é, em regra, o mesmo para o recurso extraordinário, as diferenças transcendem no que se refere aos pressupostos particulares da repercussão geral, no caso do extraordinário, e às peculiaridades das causas repetitivas, no âmbito do recurso especial. O prazo para interposição de tal recurso é de quinze dias e possui apenas efeito devolutivo, não existindo previsão regulamentar acerca da existência de efeito suspensivo ao mesmo.

A competência para o julgamento do recurso especial é do STJ por meio de suas turmas, conforme o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
> III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
> a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
> b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
> b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.[9]

[9] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Por sua vez, o recurso extraordinário é um meio de defesa processual que viabiliza a análise de questões constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal.

Para que o recurso seja apreciado pela Suprema Corte é essencial que o jurisdicionado tenha utilizado de todos os meios ordinários, ou seja, que tenha passado por todas as instâncias judiciais cabíveis. Exige também que o recorrente preencha alguns requisitos legais para que o recurso extraordinário possa ser recebido pelo STF. As hipóteses de cabimento estão elencadas no artigo 102, III, da Constituição Federal, quais sejam:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
> a) contrariar dispositivo desta Constituição;
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
> d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)[10]

Os requisitos conforme a Emenda Constitucional de número 45 em seu §3°, do artigo 102, são a exigência que o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, com a finalidade de análise pelo Tribunal e que este admita o recurso extraordinário, podendo recusá-lo somente com a manifestação de dois terços de seus membros.

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso extraordinário, por meio de suas turmas, o prazo para sua interposição é de quinze dias, contados da intimação da decisão recorrida. O efeito é apenas devolutivo, sendo, portanto possível a execução provisória do acórdão.

Assim o entendimento é de que na condenação em segundo grau de jurisdição exaure o exame de fatos e provas do caso concreto, pois se evidencia a culpabilidade, retirada dos elementos colhidos na fase investigatória e na ação penal.

A garantia da presunção de inocência na Constituição Federal foi veiculada por norma/princípio, podendo ser aplicada com menor intensidade, desde que resguardado o seu núcleo essencial, quando em confronto com direitos e garantias, num típico processo de ponderação. Deste modo, após a decisão condenatória em

[10] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

segundo grau de jurisdição, fixada a responsabilidade penal do réu, a presunção de inocência deve ser relativizada em relação à efetividade do sistema penal, tendo em vista que é comum a utilização desmedida de recursos com a finalidade de facilitar a prescrição da pretensão punitiva ou executória, deixando o crime impune.

Insta evidenciar que a prisão cautelar não caracteriza atenuação ao princípio da presunção de inocência, tal medida destina-se a outras finalidades descritas no Código de Processo Penal, como garantir a instrução do processo, por exemplo.

Portanto, constata-se que não há qualquer justificativa jurídica para, que durante a tramitação dos recursos especial ou extraordinário, o acusado seja tratado como inocente, procrastinando o cumprimento da pena. Pois, o combate da prescrição é demasiadamente importante no âmbito da persecução penal.

5 Considerações Finais

O presente trabalho objetivou analisar o entendimento do STF sobre a execução penal condenatória confirmada em sede de segundo grau de jurisdição, antes do trânsito em julgado da decisão final. Ao ser confrontado o devido processo legal com a premissa do in dubio pro reo, verifica-se claramente que o entendimento jurisprudencial contemporâneo é no sentido de que não há garantia absoluta que isente o réu de iniciar o cumprimento da pena desde que esvaziadas as instâncias probatórias.

Após análise das decisões paradigmáticas sobre a matéria proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, não restam dúvidas que a execução da pena em segundo grau de jurisdição não ofende à presunção de inocência, tampouco a norma constitucional. A decisão referendada pelo STF em 2016, externou, ainda que não unanimemente, a ideia de que a prisão em segunda instância é medida processual constitucional e que o manejo de recurso, para o qual não tenha efeito suspensivo, não tem o condão de impedir o cumprimento da pena. O entendimento atual do STF possibilita o início do cumprimento da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau, não configurando afronta a presunção de inocência.

Assim não restam dúvidas de que os recursos extraordinário e especial ante a relativização do princípio da presunção de inocência, não suscitam reexame de provas, uma vez que a garantia da presunção de inocência pode ser aplicada de

forma moderada, devendo-se resguardar seu núcleo essencial diante das garantias e ponderações no caso concreto.

A partir do exposto, conclui-se que é compatível com o princípio da presunção de inocência determinar o início de execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, ou seja, no segundo grau de jurisdição, quando ainda possível interpor ou na pendência do julgamento de recurso especial ou extraordinário. Alcançando um resultado maior e melhor para o poder punitivo e executório do Estado, evitando a procrastinação e prescrição dos crimes.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n°434.766**, do Tribunal Regional da 4° Região. Disponível em:< https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/3/art20180307-04.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

COUTO, Cleber. **Presunção de inocência, garantismo integral e a execução provisória da pena**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65339>. Acesso em: 25 set. 2018.

CUNHA, Daniel Arévalo. **O exame das questões de fato no julgamento dos recursos extraordinário e especial**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43394>. Acesso em 25 out. 2018.

DIZER O DIREITO**. É possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em apelação, ainda que pendente de julgamento Resp ou RE**. Disponível em:<https://www.dizerodireito.com.br/2016/02/e-possivel-execucao-provisoria-de.html>. Acesso em: 23 set. 2018.

DOTI, René Ariel.; GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu**, 08 de agosto de 2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044>.Acesso em: 22 out. 2018.

FREITAS, Marcos Roberto. **Relativização do princípio da presunção de inocência.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62075>. Acesso em: 21 set. 2018.

GARCEZ, William. **A presunção de inocência na visão do STF**: O julgamento do HC 12.292. Disponível em: <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136>. Acesso em: 29 out. 2018

GRAU, Eros. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n° 84.078, do Tribunal Pleno**, 05 de fevereiro de 2009. *stf.com.br*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

HARADA, Kiyoshi. Prisão em 2ª instância. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 26 abr. 2018. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/65533>. Acesso em: 31 out. 2018.

JUNIOR, Aury Lopes.; BADARÁ, Gustavo Henrique. Presunção de inocência: *Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, 2016. **Emporio do Direito.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>.Acesso em: 15 out. 2018.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSBRASIL. **Art. 542, § 2 do Código Processo Civil - Lei 5869/73**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10678182>.Acesso em: 25 ago. 2018.

JUSBRASIL. **Art. 156 do Código Processo Penal - Decreto Lei 3689/41**. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666954>. Acesso em: 16 set. 2018.

MORAIS, Maurício Zanoide. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: **análise de uma estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Mário. **Recurso especial e recurso extraordinário: a tutela do direito objetivo**. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/30012>. Acesso em: 25 ago.2018

OLIVEIRA, Érica Beatriz.; SOUZA, Leonardo Vieira.; SOUZA, Gills Lopes. *et al*. **Jurisprudência STF**. Disponível em:<http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/2009-jurisprudencia-stf.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **O réu condenado em 2ª instância pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena se houver embargos de declaração pendentes?** Disponível em:<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/434797148>. Acesso em: 07 out. 2018.

PAIS, Elieser. **Recurso extraordinário e especial**. Disponível em: <https://eliezerbug.jusbrasil.com.br/artigos/111876376>. Acesso em: 11 set. 2018.

SILVA. Walber Carlos. A decisão do Supremo Tribunal Federal frente ao Habeas Corpus 126.292/SP. **Revista Jus Navegandi**, fev. 2018. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/64136>. Acesso em: 25 ago. 2018.
WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. **A presunção de inocência**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Presunção_da_inocência>.Acesso em: 07 set. 2018.

ZAPATER, Maíra. **A execução antecipada da pena: O antigo problema em "novo" debate**. Disponível em:<http://www.justificando.com/2018/05/04/a-execucao-antecipada-da-pena-o-antigo-problema-em-novo-debate>. Acesso em: 12 out. 2018.