



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA

**PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA:**  
UMA ANÁLISE SOBRE A JURIDICIDADE DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE  
PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

ORIENTANDO: KÁSSIO PEDRO DE SOUSA  
ORIENTADORA: Ma. KENIA CRISTINA FERREIRA DE DEUS LUCENA

GOIÂNIA  
2021

KÁSSIO PEDRO DE SOUSA

**PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA:**  
UMA ANÁLISE SOBRE A JURIDICIDADE DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE  
PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Monografia Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, negócios e comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).  
Prof<sup>a</sup> Orientadora Ma. Kenia Cristina Ferreira de Deus Lucena.

GOIÂNIA  
2021

KÁSSIO PEDRO DE SOUSA

**PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA:**  
UMA ANÁLISE SOBRE A JURIDICIDADE DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE  
PENA APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Data da Defesa: 27 de novembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Profa. Ma. Kenia Cristina Ferreira de Deus Lucena      Nota

---

Examinador Convidado: Dr. Francisco Provázio Lara de Almeida      Nota

À Deus, pelo dom da vida.

Aos meus pais e aos meus irmãos que estão sempre ao meu lado me dando forças para prosseguir.

À Nossa senhora, pela poderosa intercessão em minha caminhada.

À Nosso Senhor Jesus Cristo, por me proteger e ajudar-me a vencer todos os obstáculos.

À minha família, pelo suporte, incentivo e oração de grande valia, sendo meu refúgio nos momentos difíceis.

À minha ilustre orientadora, Kenia Cristina Ferreira de Deus Lucena que me guiou de maneira excepcional em todo este trabalho. E ao professor examinador, Dr. Francisco Provázio Lara de Almeida pela gentileza em participar deste importante momento em minha vida.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>12</b>
1.1 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 e 54 NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	14
1.2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS QUE VERSA SOBRE A NÃO CULPABILIDADE.....	15
1.3 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	16
<b>CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA .....</b>	<b>19</b>
2.1 OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE .....	20
2.2 INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA SOBRE O ESTADO DE INOCÊNCIA.....	22
2.3 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199 DE 2019 QUE ALTERA OS ARTIGOS 102 E 105 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSFORMANDO OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL EM AÇÕES REVISIONAIS.....	24
<b>CAPÍTULO III – POSSÍVEL OFENSA AO TEXTO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>28</b>
3.1 LEI DA FICHA LIMPA E A INELEGIBILIDADE APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA .....	29
3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	31

3.3 INTERPRETAÇÃO QUANTO A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA  
DA PENA AINDA QUE SE TENHA RECURSOS PENDENTES DE JULGAMENTO  
NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....34

**CONCLUSÃO .....36**

**REFERÊNCIAS .....37**

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a juridicidade do início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância, em virtude do princípio do estado de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. A execução provisória da pena após condenação em segundo grau está amparada na própria Carta Magna, vez que o texto constitucional também prevê o princípio da duração razoável do processo. A presunção de inocência é princípio, e não regra. Contudo, em 2019, a Suprema Corte brasileira alterou esse entendimento e passou a proibir a execução provisória antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Palavras-chave: presunção de inocência. Condenação em segundo grau. Juridicidade.

## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the legality of the beginning of serving a sentence after conviction in the second instance, by virtue of the principle of the state of innocence, provided for in article 5, item LVII of the Federal Constitution of 1988. The provisional execution of the sentence after conviction in the second degree, it is supported by the Magna Carta itself, since the constitutional text also provides for the principle of reasonable duration of the process. The presumption of innocence is a principle, not a rule. However, in 2019, the Brazilian Supreme Court changed this understanding and began to prohibit provisional execution before the final and unappealable decision of a conviction.

Keywords: presumption of innocence. Second-degree conviction. Legality.

## INTRODUÇÃO

O Princípio do Estado de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, está previsto no artigo 5º, inciso LVII da Carta Federal de 1988, onde prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em virtude desta previsão constitucional, levantaram-se debates acerca da possibilidade ou impossibilidade do início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância.

Parte da doutrina entende que a prisão em segunda instância desrespeita o texto constitucional, por entender que a prisão deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Outra corrente doutrinária defende a constitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em segundo grau, alegando que o referido princípio não é absoluto, e deve-se ser submetido a juízo de valor no caso concreto, pois, iria de encontro com o princípio da efetividade penal.

Com efeito, chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal, as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54 que pleiteavam o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do código de processo penal que prevê que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”.

Diante disso, por maioria simples, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2019, julgou procedente os pedidos contidos nas ações para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do código de processo penal, negando a possibilidade do início do cumprimento de pena após condenação em segundo grau de jurisdição, por entender que fere o princípio constitucional da presunção de inocência.

O presente estudo está amparado na grande relevância do tema, haja vista sua atualidade e posicionamentos contrários e favoráveis, tornando imprescindível a pesquisa, o debate e análise dessa problemática no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, esta monografia está estruturada em 3 (três) capítulos, sendo que no primeiro capítulo é abordado noções gerais sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, já no segundo capítulo é estudado a constitucionalidade da prisão em segunda instância, e, no terceiro capítulo é abordado a possível ofensa ao texto constitucional, e ainda, aduz a lei da ficha limpa e a inelegibilidade após condenação em segunda instância.

Por derradeiro, objetivando discorrer sobre o tema, o trabalho será realizado sob o método hipotético dedutivo, pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial.

## CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII diz que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Diante deste referido artigo e inciso do texto constitucional, é consagrado o princípio da presunção de inocência. É bem verdade que ao Estado incumbe o poder punitivo (*jus puniendi*), mas, para que não haja excessos arbitrários, é necessária a devida observância aos princípios que norteiam o direito penal e processual penal. Imprescindível citar neste trabalho acadêmico, como suporte, os princípios: princípio da anterioridade da lei que determina que o tipo penal e a sanção devem estar postos em lei que antecede o fato, ou seja, impedindo a aplicação de alguma sanção que não esteja prevista em lei antes do ato delituoso; o princípio da legalidade também chamado de princípio da reserva legal, está consagrado no artigo 1º do Código Penal brasileiro e no artigo 5º, inciso XXXIX da Carta de 1988:

**Art. 1º** - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.  
**XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Dessa maneira, há similitude entre os princípios da legalidade e reserva legal, onde exigem a tipificação legal de um tipo penal, e que previsto em lei antes do fato imputado ao acusado. *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Também, é importante destacar o princípio da duração razoável do processo no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo,

são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

É dever do Estado reger a jurisdição de forma efetiva, sem morosidade, fazendo com que o processo penal seja célere e efetivo quanto a sua finalidade. Ainda, o princípio do contraditório e ampla defesa que trata de um princípio expresso na Carta Magna, art. 5º, LV, e que é de suma importância para devido processo legal, garantindo, de maneira igualitária, a possibilidade de as partes se manifestarem sobre provas, diligências, e contradizê-las em recursos. Por fim, o princípio do devido processo legal que está elencado nos direitos e garantias fundamentais, no texto constitucional de 1988, mais precisamente, no art. 5º, LIV. No processo penal, o ônus da prova é atribuído a acusação, devendo este comprovar a culpa do réu, tendo que demonstrar com robustez, a autoria do crime.

Dessa feita, utilizando como alicerce a legislação vigente, a doutrina majoritária e a jurisprudência, há de se enfrentar o conflito entre o princípio da presunção de inocência e o da duração razoável do processo, e, a este, está intimamente ligado a efetividade das decisões judiciais penais. Isso porque, diga-se de passagem, que nenhum princípio tem caráter absoluto, mas devendo ser submetidos a um juízo de ponderação.

Nessa toada, entende Jair Gilberto Schäfer:

[...] a questão da limitação de direitos é uma das mais importantes e complexas do direito constitucional, pois os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impondo-se o estabelecimento de métodos que tenham por objetivo a resolução dessas situações conflituosas, com o objetivo de maximizar a eficácia das normas constitucionais. (SCHÄFER, 2001, p. 22).

Ademais, é indubitável que os direitos fundamentais são de suma importância para o Estado Democrático de Direito, e para a preservação da dignidade humana, todavia, são limitados e relativos, sendo necessários, também, mecanismos de interpretação e ponderação de um princípio em relação a outro, para que não haja desordem no ordenamento jurídico.

Fazendo um breve apanhado histórico sobre o princípio da não culpabilidade, Luigi Ferrajoli (2002) afirma que sua origem está ligada ao Direito romano, mas, que teria sofrido repressões na idade média com o sistema inquisitorial.

Dito isso, destaca-se a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 em seu art. 9º, determinava 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”. Sem dúvidas, um grande avanço para aquela época, refletindo até os dias de hoje no ordenamento jurídico. (França, 1789).

### 1.1 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 e 54 NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento das ações declaratórias números 43, 44 e 54, formou maioria para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que determina que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”.

Insta dizer que essa demanda se deu pelo fato de a Suprema Corte entender, no julgamento do *HC* 126.292, em 2016, a possibilidade de o início do cumprimento de pena após o réu ser condenado em segundo grau de jurisdição.

O relator da Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, Min. Marco Aurelio Melo, asseverou que “O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos”. Para o ministro, o acusado deve aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sentença condenatória, pois, poderia haver uma eventual absolvição, ou reforma das decisões condenatórias nas instâncias superiores.

Em divergência do posicionamento do ministro Marco Aurélio, no julgamento do *Habeas corpus* 126.292, o relator do HC, ministro Teori Zavascki afirmou que:

Para sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado.

Nesse sentido, seguindo a linha de pensamento do ministro, após o julgamento da apelação pelo Tribunal de segunda instância, estaria aí findada a análise fático-probatório, estando sujeito, o réu, ao início do cumprimento da pena, ainda que seja interposto recurso aos tribunais superiores. É dizer que o duplo grau de jurisdição comporta as instâncias ordinárias, e não aos tribunais superiores, uma vez que estes são instâncias extraordinárias, e os recursos por eles analisados tem efeitos devolutivos, não condizendo com o reexame de autoria e materialidade do crime.

De mais a mais, é um direito indispensável ao réu de que se tenha um julgamento justo, com observância aos princípios do devido processo legal e contraditório e ampla defesa. Inobstante, sendo proferida sentença penal condenatória pelo juízo competente de primeiro grau, já é formado o reconhecimento de culpa, porém, tendo o réu garantido o direito de recorrer a segunda instância, mais precisamente ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Ao tribunal de segundo grau compete julgar a apelação interposta pelo réu para questionar a decisão condenatória do juízo *a quo*, podendo-se discutir a autoria e materialidade do crime, como todo o conjunto probatório e questões de nulidade processual. Exaurido o recurso apelação pelo tribunal de segundo grau, e, no caso de reafirmação de culpa do acusado, este já teria se beneficiado das chamadas instâncias ordinárias da justiça brasileira, estando o acusado sujeito a execução provisória da pena, mesmo que ainda recorra aos tribunais superiores (instâncias extraordinárias), vale lembrar que para que recursos sejam apreciados por essas instâncias extraordinárias, o recurso deve-se fazer jus ao juízo de admissibilidade.

## 1.2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS QUE VERSA SOBRE A NÃO CULPABILIDADE.

De acordo com Lopes Júnior (2019, p.105) “a presunção de inocência remota ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média”. Havia abusos e excessos nos julgamentos realizados na antiguidade, pois, o poder era concentrado nas mãos dos reis, que, por vezes, julgavam com arbítrio, sem que o réu pudesse se defender e ter um julgamento justo.

Atualmente, a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948 prevê, em seu artigo XI, 1, “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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 garantias necessárias à sua defesa”. (França, 1948).

Ainda, em harmonia com este artigo, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, mundialmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assegura em seu artigo 8º, 2, “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (San José da Costa Rica, 1969).

Em primeiro lugar, vale dizer que o Brasil é signatário do Declaração Universal dos Direitos Humanos, e fez adesão ao Pacto de San José da Costa Rica no ano de 1992, e, por força dessa adesão, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, §3º, da CF/88).

Logo, e de forma pertinente, ressalta-se que todo ser humano merece que seus direitos sejam respeitados, a dignidade da pessoa humana deve valer para todos, sendo um dever do Estado que essa garantia humana seja respeitada. Todavia, no que se refere ao princípio da não culpabilidade, há que se fazer um juízo de ponderação em sua aplicação, pois estamos diante de conflito de princípios constitucionais. A título de exemplo, o princípio do estado de inocência, se aplicado de maneira absoluta, fere o princípio da duração razoável do processo, haja vista os inúmeros recursos meramente protelatórios que se possa interpor aos tribunais superiores.

### 1.3 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.

Como acentuado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal que diz “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade

judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”.

Com esse entendimento, exceto os casos expressos em lei, uma pessoa só poderá ser presa quando houver o trânsito em julgado de sentença penal. Ocorre que, novamente há um descompasso entre o artigo acima mencionado e o art. 492 e, do mesmo Código (introduzido pela chamada ‘pacote anticrime’), onde prevê que “Art. 492. [...] e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, **ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão**, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. [Sem o grifo no original].

Não bastasse isso, a condenação segundo grau ainda gera a inelegibilidade ao acusado, pois, está expressamente posta na ‘lei da ficha limpa’ (Lei complementar 135 de 2010, art. 2º, e) que “os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado[...]”.

Diante disso, observa-se que há no ordenamento jurídico vigente, leis que autorizam a execução provisória da pena, o que não ofende a Constituição Federal, pois, o juízo da culpa estaria formado justamente ao se esgotarem os recursos na segunda instância do Poder Judiciário. Nesse sentido, a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça aduz que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Assim, os tribunais superiores estariam restritos a julgar apenas os recursos previstos na Carta Magna.

Ainda convém analisar que o Código de Processo Penal elenca medidas cautelares, que são elas:

**Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**I** - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**II** - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer

distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**III** - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**IV** - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**V** - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**VI** - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**VII** - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**VIII** - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**IX** - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

As medidas cautelares diversas da prisão servem para evitar um encarceramento em massa, uma vez que o magistrado, no caso concreto analisará se o réu preenche os requisitos para o benefício, evitando que os acusados que cometeram os crimes de menor potencial ofensivo, sejam colocados reclusos juntos aos criminosos que cometeram crimes de maior potencial ofensivo.

## **CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

O início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância está amparado na própria Constituição Federal, uma vez que no texto constitucional prevê o princípio da duração razoável do processo, demonstrando, outra vez que nenhum princípio é absoluto, devendo-se prezar pela celeridade processual, bem como a efetividade penal. Assim, não haveria como sustentar que a prisão após condenação em segundo grau de jurisdição contrariaria as garantias constitucionais.

Na mesma linha de raciocínio, defende, Luís Roberto Barroso, em seu voto:

[...]depois da condenação em segundo 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade delitiva, nem cabe mais discutir fatos e provas, a execução da pena é uma exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça. (ADC 43, Min. Luís Roberto Barroso. p. 2).

Sendo assim, mais uma vez, é invocado o princípio da efetividade penal, onde, para o ministro Barroso, deve-se iniciar o cumprimento da pena após condenação em segundo grau, pois, já não haveria dúvidas acerca da autoria materialidade do crime, e, dessa forma tornaria o sistema processual penal mais célere e eficaz.

Ainda, é válido lembrar que no Brasil, muitas são as regalias para aqueles que cumprem penas, como por exemplos as saídas temporárias e o regime de progressão de pena. Não obstante, este trabalho de curso não é direcionado aos regimes de cumprimento de pena no Brasil, mas, não se pode deixar de observar que muitas das vezes a nação brasileira fica insatisfeita com algumas decisões no âmbito penal, e, gera um sentimento de impunidade na sociedade.

No que tange o início do cumprimento de pena após condenação em segundo grau, dando repercussão a nível nacional, foi a decisão tomada pelo

Supremo Tribunal Federal, em 2019, permitindo apenas o início do cumprimento de pena após o trânsito em julgado de sentença condenatória. É bem verdade que aqueles que possuem de boas condições financeiras conseguem prolongar o trânsito em julgado de sentenças, usando dos recursos, muitas das vezes protelatórios.

Por outro lado, pessoas hipossuficientes não conseguem arcar com os custos processuais, na maioria das vezes, se valem de defensores públicos que os representam na esfera judicial. Dessa feita, está assentada o entendimento que se beneficiam desta jurisprudência os mais abastados do país. O réu condenado por um colegiado que trabalha novamente as questões de fato e direito aduzidas pelo juízo de primeira instância, merece fé processual sólida, pois, aí estaria findada o duplo grau de jurisdição do ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda de acordo com Luís Roberto Barroso:

[...]no Supremo Tribunal Federal, de um total de 25.707 recursos extraordinários julgados em matéria penal, somente 1,12% deles houve decisão favorável ao réu, sendo que em apenas 0,035% dos casos ocorreu absolvição;  
[...] no Superior Tribunal de justiça, de um total de 68.944 decisões proferidas em recursos especiais, o percentual de absolvição não passou de 0,62%.  
(ADC 43, p. 3).

Isto posto, nota-se que a tese de que réus possam ser prejudicados se iniciarem o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, no que tange a uma possível reversão da condenação em instâncias extraordinárias, cai por terra, haja vista os dados trazidos pelo ministro Barroso, demonstrarem que, em matéria penal, as chances de absolvição ou anulação de condenações são mínimas.

## 2.1 OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE.

Em primeiro lugar, vale mencionar, mais uma vez, que todos devem ter seus direitos respeitados e preservados, sendo um papel do Estado que isto se cumpra. Outrossim, é verdade que os princípios penais norteiam o sistema processual penal brasileiro, porém, não gozam de caráter absoluto, com explicado anteriormente.

Neste diapasão, merece destaque o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que tem por finalidade manter a constância entre os direitos individuais

e os anseios da sociedade. Sendo assim, ressalta-se que todas as pessoas têm direitos assegurados pela Constituição Federal, porém, deve-se manter um equilíbrio de aplicação entre direitos e deveres, bem como entre os direitos individuais e coletivos, e o direito de punir do Estado. O *Jus punied* (direito\dever de punir do Estado) nasceu com a criação e organização do Estado, haja vista ser nato do ser humano o convívio em sociedade, entretanto, para que haja harmonia na sociedade, foi incumbido ao Estado, alicerçado pelo princípio da proporcionalidade, determinar sanções aos que infringissem as leis.

Na área do direito administrativo, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior:

Assim, aplicado o princípio em tela a Administração Pública, impõe-se que as entidades, órgãos e agentes públicos, no desempenho das funções administrativas, adotem *meios* que, para a realização de seus  *fins*, revelem-se *adequados, necessários e proporcionais*. (2019, p. 55).

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade não está explícito na Constituição Federal, mas, se tratando de matéria penal, pode ser vislumbrado no artigo 1º, III assegurando a dignidade da pessoa humana, bem como no artigo 5º § 2º que delimita os objetivos constitucionais.

Nessa toada, é pertinente destacar o entendimento Edem Nápoli:

[...]Vale lembrar que razoabilidade e proporcionalidade são princípios implícitos na Constituição Federal, porém expressos na legislação infraconstitucional, qual seja a Lei n. 9.784\99, conhecida como Lei de Processo Administrativo no âmbito federal, mais especificamente em seu art. 2º. (2019, p. 94).

A luz deste princípio, no âmbito penal, a pena aplicada deve ser condizente com o crime praticado. É razoável que se inicie o cumprimento da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, pois, há proporcionalidade entre o julgamento pela segunda instância e a decisão de primeiro grau, sendo respeitado o devido processo legal.

Para finalizar, Edem Nápoli (2019, p. 94) acentua: “Razoabilidade significa lógica, coerência, congruência”.

## 2.2 INTERPRETAÇÃO DA DOCTRINA SOBRE O ESTADO DE INOCÊNCIA.

Há divergência na doutrina sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da possibilidade do início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Alguns doutrinadores como Aury Lopes Junior defendem a necessidade de ocorrer o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que se inicie o cumprimento de pena, pois, alega que a prisão após condenação em segunda instância, sem que haja a coisa julgada, fere o princípio da presunção de inocência.

Segundo Lopes Junior (2019), se tratando na presunção de inocência no processo, deve-se ter uma observância no sentido de não se ter um julgamento precoce do réu, mais ainda nos tempos atuais que muitos casos têm grande repercussão na mídia. Aduz, ainda, que o princípio do estado de inocência torna imperioso o dever de se tratar o réu como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Afirma, finalmente, Lopes Junior (2019, p. 108) “O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.

Por tudo isso, para a corrente contrária a prisão após condenação em segunda instância, alega-se que o texto constitucional assegurador da presunção de inocência não aceita interpretação, devendo o réu iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Por outro lado, doutrinadores como Luís Roberto Barroso sustentam a constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância. Para Barroso, o princípio do estado de inocência é princípio e não regra, devendo ser relativizado no caso concreto. Pedro Lenza (2020, p. 828) destaca:

“Barroso, ainda, destacou [três fundamentos pragmáticos](#) a reforçar a tese da possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- “permite tomar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tomando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

- promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos tem ínfimo índice de acolhimento”. (Grifos no original)

De maneira acertada, Luís Roberto Barroso aborda a grande relevância de, no sistema processual criminal brasileiro, o réu, após ser condenado em segundo grau de jurisdição, comece a cumprir a pena lhe imposta pelo tribunal de segunda instância, pois, julgado o recurso de apelação, encerra-se todas as discussões fáticos probatórios, formando um juízo de culpa ao réu.

Assim, interposto eventual recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, ou recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, estes recursos têm apenas efeito devolutivo, não discutirão autoria e materialidade do crime, ou seja, não será analisada as provas dos autos. O Brasil precisa de leis que funcionem realmente, que não fiquem apenas codificadas ou que, posteriormente venham a ser alvos de ações que as declarem inconstitucionais, deixando, assim, que a temida impunidade reine.

É de conhecimento comum que no Brasil, processos, tanto na área criminal, quanto em outras esferas do direito, demoram anos até que ocorra o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau. Isso se dá ao fato de haver muitos recursos, que, as vezes são meramente protelatórios, que visam prolongar os efeitos da condenação.

Outrossim, para que seja decretada a prisão, é necessário a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, como prevê o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal. Assim, basta que, julgado o recurso de apelação criminal pelo tribunal de segundo grau, e, havendo condenação a pena privativa de liberdade, nos ritos do código de processo penal, o juiz, por meio de ordem escrita e fundamentada, pode decretar a prisão do réu para que se inicie o cumprimento provisório da pena imposta, até que seja julgado possíveis recursos nos tribunais superiores.

### 2.3 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199 DE 2019 QUE ALTERA OS ARTIGOS 102 E 105 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSFORMANDO OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL EM AÇÕES REVISIONAIS.

Sabe-se que o princípio da presunção de inocência é uma garantia constitucional prevista no art. 5º inciso LVII. Por ser um direito fundamental, não pode ser excluído da Constituição Federal. Assim determina o artigo 60 § 4º, IV da Carta de 1988: “§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

O atual entendimento entre a doutrina e a jurisprudência é de que uma proposta de emenda à Constituição não pode abolir os direitos e garantias individuais, nem, tampouco pode restringi-las ou suprimi-las. Vale mencionar que os direitos individuais ou coletivos foram conquistados ao longo dos anos, tornando-se direito adquirido, por isso não pode ser simplesmente extinto da Carta Magna. Registra-se, novamente, que nenhum direito é absoluto, devendo haver juízo de ponderação quando há conflitos entre direitos.

O deputado federal Alex Manente, apresentou proposta de emenda à Constituição (PEC 199\2019), qual seja a ementa: “altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”.

De acordo com a PEC da prisão em segunda instância, o art. 102 da Constituição Federal passar a tomar a seguinte redação:

“Art. 102.....

I – .....

s) a ação revisional extraordinária;

.....

§ 3º A ação revisional extraordinária será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância, que:

I – contrariar dispositivo desta Constituição; II – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 4º Na ação revisional extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros.”

Ainda, o artigo 105 da Constituição, também passará a ter nova redação:

“Art.

105.....

I – .....

j) a ação revisional especial;

.....

§ 1º A ação revisional especial será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que:

I – contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

II – julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

III – der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

§ 2º Na ação revisional especial, o autor deverá demonstrar o interesse geral das questões infraconstitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de interesse geral, pelo voto unânime do órgão julgador, nos termos da legislação ordinária<sup>1</sup>.

§ 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação revisional especial.”

Em sua justificação, alega que “a proposta de emenda à Constituição visa, em apertada síntese, a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, caput, III) e especial (art. 105, caput, III) em ações revisionais, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários”.

Neste diapasão, a PEC da prisão em segunda instância dá destaque e efetividade ao entendimento de que o primeiro e segundo grau da jurisdição são as

instâncias ordinárias e a os tribunais superiores são instâncias extraordinárias no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa feita, evidencia, de maneira robusta que as instâncias ordinárias são as responsáveis pelo processamento e julgamento de ações criminais, (com exceções de algumas pessoas que gozam do foro por prerrogativa de função), e que exauridos os recursos de segundo grau, a decisão deve-se transitar em julgado, e isso faz jus ao princípio do duplo grau de jurisdição vigente no Brasil.

Por conseguinte, com base na PEC da prisão em segunda instância, transitada em julgada a decisão em segundo grau, o réu pode recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, ajuizando ação revisional especial, e ao Supremo Tribunal Federal, ajuizando ação revisional extraordinária, devendo-se ainda haver lei específica que verse sobre o juízo de admissibilidade, pois, como a própria nomenclatura diz, **serão ações especiais e extraordinárias**.

Outro ponto relevante em que a justificção da pec da prisão em segunda instância se sustenta é o da superlotação de processos no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e no Supremo Tribunal Federal (STF). Vejamos:

Conforme extrai-se de dados coletados e processados pelo Conselho Nacional de Justiça, consoante relatório Justiça em Números, os Tribunais Superiores “acabam se ocupando, predominantemente, de casos eminentemente recursais os quais correspondem a 89,4% de suas cargas de trabalho” 6, situação certamente preocupante, que impede o desenvolvimento das atividades que caracterizariam as funções institucionais e estruturais dos referidos tribunais.

Ademias, extrai-se ainda:

O grande volume de classes processuais recebidas no Supremo Tribunal Federal resume-se a Agravos de Instrumento (70,51%), e Recursos Extraordinários (16,98%). Conclui o relatório, com bastante acerto, que parece muito razoável que a absoluta maioria dos 39.786 processos que chegaram ao STF através do STJ já tenham sido apreciados pelo menos duas vezes, transformando assim o STF em uma verdadeira quarta instância.

Finalmente, de acordo com os dados elencados na referida proposta de emenda à Constituição, percebe-se que, se aprovada, será bastante vantajosa para o Brasil e para “desafogar” o sistema judicial brasileiro. No sistema jurisdicional brasileiro vigora o chamado princípio do duplo grau de jurisdição, onde o juízo de primeiro grau é responsável por analisar e julgar os processos competentes da primeira instância, seja ela estadual ou federal.

Logo, o tribunal de segundo grau tem competência de apreciar os recursos interpostos em segunda instância, podendo ser um Tribunal Regional Federal, Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunal Regional Eleitoral ou ainda um Tribunal Regional do Trabalho. Aqui se encerra o duplo grau de jurisdição, haja vista que os Tribunais superiores não podem ser cotados como terceira ou quarta instância do poder judiciário do Brasil.

Ocorre que, no Brasil, há uma cultura de interpor recursos quase infinitos, que, a depender do processo, pode durar anos em tramitação. Recentemente, o ex-governador do Estado de Goiás, Marconi Perillo foi condenado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Goiás pela prática de falsidade ideológica, pela suposta prática de crime de caixa 2 nas eleições de 2006. Ocorre que, pelo fato de denúncia ter sido oferecida há mais de quatro anos, e somente agora a sentença foi prolatada, ocorreu a prescrição da pena, ou seja, mesmo condenado, o ex-governador não pode mais cumprir a pena imposta pelo tribunal.

À vista disso, está robustamente demonstrada que é necessária uma mudança eficiente no entendimento quanto a possibilidade do início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Não há coerência em um processo se arrastar por longos anos nos corredores da justiça, para no final restar provada a prática de determinado delito, e, por conseguinte ocorrer a prescrição, por morosidade de um sistema que deveria ser eficiente.

A pergunta que soa na cabeça dos brasileiros é de quanto é eficiente a justiça no Brasil?

Diante dessa pergunta tem-se um direcionamento, haja vista, no Brasil, as pessoas que têm grandes recursos financeiros conseguem custear os processos com intermédio de excelentes patronos que recorrem até a última instância tentando reverter a condenação.

### **CAPÍTULO III – POSSÍVEL OFENSA AO TEXTO CONSTITUCIONAL**

O estado de inocência é uma garantia prevista na Constituição Federal. Para alguns doutrinadores, a possibilidade de se iniciar o cumprimento de pena após condenação em segundo grau fere diretamente o artigo 5º LVII da Constituição de 1988.

Corolário disso, a presunção de inocência é princípio, e não regra. Partindo dessa afirmação, podemos vislumbrar que o referido princípio deve ser analisado com ponderação, uma vez que nenhum direito é absoluto.

Pois bem, suponha-se que um réu, devidamente qualificado nos autos de determinado processo criminal na justiça comum, (garantido o contraditório e ampla defesa e respeitado o devido processo legal), foi condenado em primeira instância. O réu, inconformado com a sentença, interpõe recurso de apelação ao Tribunal de Justiça. Porém, o tribunal nega o recurso e mantém a condenação do réu.

Diante disso, este caso está analisado e esgotado pelas instâncias ordinárias, devendo, aí, iniciar o cumprimento da pena imposta, pois, mesmo que o réu interponha recurso aos tribunais superiores, estes não terão efeito suspensivo, pois as provas e procedimentos devem ser analisados pelas instâncias ordinárias. Assim, enfraquece a teoria de que o réu será prejudicado se iniciar o cumprimento de pena após ser julgado por um tribunal de segundo grau. Também, importa mencionar que, alicerçado pelo princípio do duplo grau de jurisdição, deve-se dar cada vez mais credibilidade as instâncias ordinárias, pois, estas analisam todo o conjunto fático probatório, bem como declara o juízo de culpabilidade do réu, e isso não pode ser simplesmente desfeito pelos tribunais superiores.

Em outras palavras, não faz sentido que um juiz monocrático analise as provas e fatos do processo, haja uma condenação, posteriormente, o tribunal de segundo grau, analise novamente o conjunto fático probatório, mais as questões elencadas pela defesa do réu, mantenha a condenação, e ainda tenha que se esperar

juízo de tribunais superiores para que se transite em julgado, um processo que já foi anteriormente analisado.

### 3.1 LEI DA FICHA LIMPA E A INELEGIBILIDADE APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

A lei complementar 135\2010, mais conhecida como lei da ficha limpa, dispõe sobre a inelegibilidade de um cidadão a disputar um cargo eletivo, como também, nesses casos, veda a posse ao cargo. É verdade que a população brasileira está cansada de ver cotidianamente sendo noticiado pelos veículos de comunicação os casos de corrupção no país, sendo na maioria dos casos por parte de alguns políticos que não respeitam o povo e a máquina pública.

Assim, na época, grupos de juristas e entidades, bem como grande parte da população se movimentasse a fim de conseguir assinaturas suficientes para dar prosseguimento ao projeto. A aprovação desta lei foi um importantíssimo marco no combate a corrupção no Brasil, barrando políticos condenados por órgão colegiado. É brilhante a certeza de que o cidadão que infringiu a lei, que furtou dos cofres públicos seja punido a não participar das próximas eleições, pois, não estaria segura a população nas mãos de tais “representantes”.

O artigo 1º, e, da lei complementar 135\2010 diz que **são inelegíveis:**

- Art.  
1º.....  
.....
- I ..... –  
.....  
.....  
.....
- e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:
1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; [...]

O que nos interessa analisar na lei da ficha limpa é que ela foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e prevendo que todos aqueles que

cometerem crimes contra a administração pública e forem condenados por decisão transitada em julgado, ou **proferida por órgão judicial colegiado estarão inelegíveis**, ou seja, terão seus registros de candidatura indeferidos, e se conseguirem disputar o pleito, não poderão tomar posse. É o que acontece em muitos casos: um candidato tem seu registro de candidatura indeferido no ato do registro, porém recorre ao tribunal eleitoral que, na maioria das vezes permite que continue com atos da campanha até o julgamento do recurso pelo tribunal, isso podendo acontecer até uma possível vitória do candidato e posse, somente depois ser declarada sua inelegibilidade e perda do cargo eletivo (registrar-se que são apenas casos, que por vezes acontecem na justiça eleitoral, não sendo regra).

Ora, acertadamente, a lei da ficha limpa prevê que todos os condenados por órgão colegiados, ou seja, pelos tribunais de segunda instância, (Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Tribunais Regionais Federais) sejam declarados inelegíveis, não podendo concorrer aos cargos eletivos. Trata-se decisão proferida por tribunais de segunda instância, podendo ainda ser analisada pelos tribunais superiores, mas que já geram efeitos, independente do trânsito em julgado.

Dessa maneira, também é possível o início do cumprimento de pena após condenação em segundo grau, pois está demonstrado que não está em descompasso com a Carta de 88. Não se pode deixar toda responsabilidade jurisdicional nas entranhas dos tribunais superiores, que, por vezes, tramitam processos longínquos, que podem permitir que pessoas que não fazem merecimento, disputem pleito eleitoral no país.

A aprovação de leis como a lei da ficha limpa, é um grande avanço no combate a corrupção, evitando que candidatos condenados por diversos crimes sejam eleitos para representar os anseios da população, onde lidam, diretamente com os recursos financeiros, bem como prerrogativas inerentes aos cargos. Toda sociedade organizada sonha com um país igualitário, fraterno, com a eliminação da pobreza, almejando uma educação de qualidade, um sistema saúde eficiente etc., todavia, alguns acontecimentos grandemente noticiados pela mídia mostram o quanto o Brasil precisa avançar no tocante ao combate a corrupção, por exemplo, no escândalo do mensalão, que, de acordo com as investigações da época, desviou milhões de reais dos cofres públicos.

### 3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

Vale ressaltar que se deve observar no processo, o devido processo legal, bem como o contraditório e ampla defesa. Ao ser iniciada uma ação na esfera penal, é realizada toda fase instrutória, investigatória, sendo o réu indiciado, denunciado e condenado em primeiro grau, e, ainda, por tudo que dos autos consta, o tribunal de segundo grau confirma a condenação, exaurindo todos os fatos e provas do processo, deve-se aí, ocorrer de fato, o trânsito em julgado no que se refere ao conjunto fático probatório aludido no processo. Havendo possibilidade sustentada pelo juízo de admissibilidade dos tribunais superiores, e havendo interesse das partes em recorrer, que assim aconteça, porém, sem efeito suspensivo daquela sentença do juízo *a quo*.

Tié Lenzi (2020), escritora do site 'toda política' destaca como bases apoiadoras para a possibilidade da prisão em segunda instância:

[...]Os principais argumentos na discussão sobre a prisão em segunda instância são:

#### **A favor da prisão**

- a demora na prisão do condenado aumenta a insegurança da população e a sensação de impunidade;
- muitas vezes os recursos são usados pela defesa apenas para "ganhar tempo" até o julgamento do processo. (Grifos no original).

Corroborando o entendimento supracitado, é verdade que existem muitos recursos que são usados indiscriminadamente para ludibriar a efetividade penal, anota-se aqui, neste trabalho, que não se questiona a legitimidade dos recursos previstos no sistema judicial brasileiro, mas, critica seu uso exagerado a fim de prolongar o processo.

Oportunamente, Alexandre de Moraes destaca:

A possibilidade de execução da pena após decisão de 2º grau, saliente-se, foi o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

**SÚMULA 716:** Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

**SÚMULA 717:** Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (ADC n 43, pág. 16, voto: Min: Alexandre de Moraes).

Nessa esteira, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal já havia editado as súmulas 716 e 717 que versavam admitindo a possibilidade do início do cumprimento de pena após a condenação em segundo grau, como também previa a progressão de regime e tais condenações. A Suprema Corte tem papel imprescindível no Estado Democrático de Direito, contendo o *status* de guardião da Constituição Federal. Sendo assim, de maneira recente, ao mudar de entendimento sobre a impossibilidade da prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, o próprio Supremo faz cair por terra todos os precedentes defendidos pelo tribunal, gerando uma insegurança jurídica, vinda daquele que deveria sustentar a decisões reiteradas deste tribunal.

Na mesma linha de pensamento, Cármen Lúcia enaltece que:

A eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade.

Ora, a Ministra da Suprema Corte brasileira, Cármen Lúcia, em convergência com outros ministros e juristas, destaca a importância da evolução na eficiência do direito penal, pois, é necessária que uma pena imposta a um réu pela prática de um delito, devidamente processada em julgada pelo duplo grau de jurisdição brasileiro, seja cumprida, não se pode despejar todos os processos a alçada do Supremo Tribunal Federal, pois, a este, ao Superior Tribunal de Justiça, cabe a análise de matérias específicas, inexistindo, no Brasil, a terceira e quarta instância, senão, haveria de se pensar em processos infinitos, que devem esperar julgamentos em todas os tribunais existentes, havendo a possibilidade de ocorrer a prescrição da pena.

Na mesma linha de pensamento, tem-se o seguinte julgado:

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.” (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. Teori Zavascki julgado em 10/11/2016)

A efetividade penal está ligada ao devido processo legal, e, vale destacar, mais uma vez que não existe um princípio absoluto, havendo a necessidade do juízo de ponderação no caso concreto. Tendo o processo criminal sido devidamente analisado e julgado pelo duplo grau de jurisdição brasileiro, não há justificção razoável para que se transforme os recursos especial e extraordinário em recursos de apelação com efeito suspensivo, numa terceira e quarta instância, seria como contar uma fábula aos que assistem tamanha narrativa.

Teori, ainda, enfatiza que o início do cumprimento de pena após condenação em segundo grau não fere o princípio da presunção de inocência, e que este tema foi amplamente discutido em sede de julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo necessidade de mudança de entendimento pelo Tribunal.

É bem verdade que quando uma decisão transita em julgado no judiciário brasileiro é porque o processo tramita há muitos anos, (por aqueles réus, logicamente, que tem boa condição financeira para arcar com as custas processuais), sendo os mais pobres os mais vulneráveis, que se valem apenas de patronos públicos, e, estes ainda se esforçam muito para garantir a defesa do réu.

Na mesma linha de pensamento, Edson Fachin acentua:

É errôneo, com a devida vênia, imaginar que a atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário traduzem mera discricionariedade do legislador. Esses recursos nunca tiveram efeito suspensivo, seja na vigência do art. 27, §2º, da Lei n.º 8.038/90, c/c art. 637 do CPP, seja, atualmente, segundo o art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanecendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal. Mas a inexistência de efeito suspensivo não decorre de texto exposto de lei – embora texto exista –, mas do próprio cabimento dos recursos. (ADC 43, 44, voto Min: Edson Fachin. Julgamento em 2019).

Assim sendo, e de forma contundente, Edson Fachin, enfatiza reiteradamente que os recursos especial e extraordinário, em regra, não têm efeito suspensivo, traduzindo claramente que o duplo grau de jurisdição se encerra nas instâncias ordinárias, vez que observados o devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa e julgada a apelação pelo tribunal de segundo grau, encerra-se aí a discussão fático-probatório, formando também, um juízo de culpa. Não se pode vislumbrar os Tribunais Superiores como terceiro ou quarto grau de jurisdição, pois, isto não comporta o ordenamento jurídico vigente no Brasil.

### 3.3 INTERPRETAÇÃO QUANTO A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA AINDA QUE SE TENHA RECURSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Partindo da premissa de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são instâncias extraordinárias, ou seja, as responsáveis para julgar os recursos extraordinário e recurso especial, e que estes passam por um juízo de admissibilidade para serem apreciados pelas cortes, é certo que abordarão temas restritos, pois, fatos e provas de um processo criminal, já foram devidamente exauridas nas instâncias ordinárias.

Luís Roberto Barroso salienta:

Confira-se, a esse propósito, a dicção expressa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. É disso que estamos cuidando aqui: identificar os fins sociais visados pela lei e as exigências do bem comum. Basicamente, determinar se deve prevalecer o interesse do indivíduo condenado em 2º grau em prolongar o processo – sabendo-se que o percentual de absolvição é de menos de 1% – ou o interesse da sociedade de que o crime não compense e que o direito penal possa desempenhar o seu grande papel: o de funcionar como prevenção geral, que consiste em dar o incentivo adequado para que as pessoas não cometam crimes pelo temor fundado de que serão efetivamente punidas se o fizerem”. (ADC n 43, pág. 6, voto: Min Luís Roberto Barroso).

Ora, de maneira certa, quem se beneficia com o prolongamento do processo por meio de recursos longos são as pessoas mais ricas que contratam bons advogados, sendo que as pessoas mais vulneráveis mal conseguem pagar as custas

iniciais de um processo, tendo que valer-se de um defensor público, que, muitas das vezes, sobrecarregado com as demandas de várias pessoas de todo Estado, pode não conseguir prestar a devida assistência a cada caso concreto. Com efeito, estes últimos, dificilmente terão seus processos apreciados pelos tribunais superiores, ficando em desfavor, em relação aos demais cidadãos.

Por isso, a necessidade de que haja a execução provisória do acórdão penal proferido pelos tribunais de segundo grau, ainda que se tenha recursos a serem apreciados pelas instâncias extraordinárias, e que o efeito suspensivo seja atribuído em casos específicos em que os magistrados entenderem necessário.

Esclarece Luís Roberto Barroso:

a população carcerária aumentou em sua menor proporção histórica depois que o STF retomou sua jurisprudência tradicional. Além disso, o percentual de presos provisórios diminuiu. Isso demonstra que a nova orientação do STF não agravou o problema do hiperencarceramento. Pode indicar, ainda, que: a) os Tribunais de Apelação, cientes da maior gravidade da sua decisão, que levará o acusado imediatamente à cadeia, tem sido mais cuidadosos no julgamento dos recursos; b) os juízes de primeira instância, cientes da maior efetividade da justiça criminal, diminuíram a quantidade de prisões preventivas decretadas como resposta à falta de efetividade do sistema; e c) houve o efeito de prevenção geral, com a diminuição da prática de delitos” (ADC n 43, pág. 9, voto: Min Luís Roberto Barroso).

É verdade que o sistema carcerário no Brasil está lotado, porém, não é culpado a prisão segunda instância, pois, é garantido ao réu o contraditório e a ampla defesa, também é assegurado o devido processo legal, e havendo condenação, este poderá recorrer para o tribunal de segundo grau, alegando o que entender legal a sua defesa. Apreciado o recurso em segunda instância, e, mantida a condenação, deve-se o réu ser submetido ao início do cumprimento de pena, ainda que se possa interpor recursos aos tribunais superiores.

Não se deve alegar em canto nenhum que a prisão fere a dignidade humana, ao revés, os presídios recolhem condenados por diversos crimes, estes que atormentam a sociedade devem ser submetidos a real função do direito penal que é punir os delitos.

## CONCLUSÃO

Este trabalho possibilitou entender que a presunção de inocência é princípio e não regra. Assim, nota-se ainda que o início do cumprimento de pena após condenação em segundo grau, ainda que a sentença penal condenatória não tenha transitado em julgado, não fere a Constituição Federal, pois, a própria Carta Constitucional traz os princípios da duração razoável do processo e princípio da efetividade penal.

É comum vermos processos longos, onerosos, onde apenas os mais ricos podem arcar com as custas processuais, interpondo muitas das vezes recursos meramente protelatórios, noutros casos, conseguindo prolongar os processos até a prescrição da pena, tornando, assim, o processo irrazoável e não alcançando a efetividade do direito penal.

Ademais, iniciado um processo criminal, e nele observado o devido processo legal e o contraditório e ampla defesa, e, posteriormente havendo condenação em primeiro grau, o réu tem direito de recorrer a segunda instância, para que apele o que achar pertinente a sua defesa.

Em seguida, havendo confirmação de condenação pelo tribunal de segundo grau, estará formado um juízo de culpabilidade, pois, terá sido reanalisado o conjunto de provas, e então, é claramente proporcional que o réu seja submetido ao início do cumprimento de pena, mesmo que se possa interpor recurso a instâncias superiores.

Por fim, este trabalho nos proporciona entender também, que a prisão após condenação em segunda instância traz um acalento a população brasileira que está cansada de ver a impunidade tomar espaço, onde diversos processos criminais ficam se arrastando pelos corredores do judiciário sem uma eficácia das normas penais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Relator: Min. Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E210BR91199G0&p=acao+de+claratori+43+44+54>. Acesso em: 15 maio 2021.

COELHO, Gabriela. **Cármen Lúcia vota a favor da prisão após condenação em 2ª instância**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/carmen-lucia-vota-favor-prisao-instancia>. Acesso em 2 agosto 2021.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. Salvador: editora JusPODIVIM, 2019.

DA REDAÇÃO, Do Mais Goiás. **Justiça decreta prescrição de pena de Marconi Perillo por caixa dois**. Disponível em: <https://www.emaisgoias.com.br/justica-decreta-prescricao-de-pena-de-marconi-perillo-por-caixa-dois/>. Acesso em 06 agosto 21.

GRAÇANO, Dourado Vítor. **Presunção de Inocência: Evolução como Princípio e Garantia Fundamental** (*apud* Luigi Ferrajoli, 2002, p. 441). 2020. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/presuncao-de-inocencia-evolucao-como-principio-e-garantia-fundamental>. Acesso em 10 julho 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24ª edição. São Paulo. editora Saraiva, 2020.

LENZI, Tié. **O que é prisão em segunda instância?**. 2020. Disponível em: <https://www.todapolitica.com/prisao-em-segunda-instancia/>. Acesso em 30 junho 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16<sup>a</sup> edição. São Paulo: editora Saraiva, 2019.

MANSUR, Monteiro Tatiana. **A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e os tratados internacionais de direitos humanos**. 2021. Disponível em: <https://tatianammansur.jusbrasil.com.br/artigos/1150221725/a-constituicao-federal-de-1988-cf-1988-e-os-tratados-internacionais-de-direitos-humanos>. Acesso em 13 maio 2021.

MIGALHAS. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; 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 10 setembro 2021.

NOVO, Nunes Benigno. **O princípio da presunção da inocência**. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-principio-da-presuncao-da-inocencia/>. Acesso em 12 maio 2021.

RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade**. 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em 10 agosto 2021.

SOARES, Jotha Lincoln. **A resolução dos conflitos entre princípios constitucionais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17592/a-resolucao-dos-conflitos-entre-principios-constitucionais>. Acesso em 13 maio 21.