

# EXECUÇÃO DA PENA APÓS DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

**CARLOS FLORIDO MIGLIOLI**

Docente do Curso de Graduação em Direito da UNILAGO

**ALINE BUENO**

Discente do Curso de Graduação em Direito da UNILAGO

**Resumo:** Embora em nosso ordenamento jurídico vigore o princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, não se pode olvidar dos demais princípios constitucionais, dentre os quais destaca-se o duplo grau de jurisdição. Ademais, a fim de aplicar penas justas, faz-se necessário que a culpabilidade seja comprovada, através do devido processo legal. Se por um lado é inadmissível condenar um indivíduo inocente, punir tardiamente aquele que comprovadamente cometeu um crime deixa de cumprir, a rigor, as funções do Direito Penal. Nesse sentido, a execução da pena somente após o trânsito em julgado favorece uns em detrimento de outros, o que torna o sistema penal falho e/ou excludente. Para que se mantenha equilibrada a relação entre todos os acusados e entre eles e a justiça, é mister ter em mente que a execução antecipada da pena é uma consequência natural e fundamental do julgamento. Portanto, busca-se comprovar a importância e a necessidade da prisão após julgamento em segunda instância. Além disso, procura-se analisar o princípio do duplo grau de jurisdição, a fim de demonstrar suas vantagens e apontar a constitucionalidade da prisão após segunda instância.

**Palavras-chave:** Execução antecipada da pena. Duplo grau.

Em seu trabalho de conclusão de curso, a aluna Aline Bueno, sob a orientação do professor Carlos Florido Miglioli analisou a possibilidade da prisão após condenação proferida/confirmada por um tribunal de segunda instância.

Este tema ainda repercute em nosso ordenamento, pois na última década nossa Suprema Corte mudou seu entendimento por diversas vezes, o que gerou enorme insegurança jurídica.

Conforme ressaltam Lima e Ferreira (2017), estamos vivendo um período de profunda crise ética e moral, no qual sobram exemplos dos mais diversos crimes no país, inclusive aqueles que envolvem representantes políticos de alto escalão. Cabe à justiça, em seu indispensável, punir, efetivamente, os responsáveis.

Ademais, vale lembrar que, na interpretação da Ministra Ellen Gracie, durante o julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Disso depreende-se que negar a execução da pena após segunda instância equivale a retardar a punição penal por tempo praticamente indefinido, contribuindo negativamente para a impressão, já bastante arraigada em solo nacional, de que a lei penal brasileira é ineficaz e ineficiente.

Aguardar a execução da pena para depois do último grau de jurisdição é algo que, além de favorecer a morosidade processual,

ainda incorre no risco de prescrição dos delitos. Tudo isso atende as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério, buscase privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal (BRASIL, 2016d, p. 27).

É nessa linha de raciocínio que Pereira (2016, p. 01) segue ao considerar que, “para além de preocupações legítimas de inclusão social e mesmo de estabilidade macroeconômica, o brasileiro hoje não compactua mais com saídas que possam compor com a manutenção de esquemas ilegais e desviantes”. Ou seja, se nosso Parlamento não der o primeiro passo, a fim de servir de exemplo para a nação e propor uma mudança profunda e verdadeira, dificilmente será alcançada a tão aclamada efetividade da legislação penal. Sendo assim, cabe à justiça brasileira inverter o atual entendimento a fim de romper com a perpetuação de uma política corrupta, em todos os seus escopos.

Em 2009, quando questionados sobre o tema, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ellen Gracie, Menezes Direito e Joaquim Barbosa, afirmaram que a matéria penal se esgota já nas instâncias ordinárias; ademais, alegaram que carecem de efeito suspensivo os recursos dirigidos às instâncias superiores. Para defenderem seu posicionamento favorável à execução da pena após segunda instância, lançaram mão dos pressupostos apontados pela Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo os quais não é assegurado ao indivíduo o direito de recorrer em liberdade, admitindo-se, como em tantos outros países, o início imediato do

cumprimento de sentença condenatória logo após a decisão em segundo grau.

Para defender seu ponto de vista, a favor da referida decisão, em 2016, o ministro Teori Zavascki baseou-se no “alcance do princípio da presunção da inocência” para intervir junto à “busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal” (BRASIL, 2016).

Suas palavras foram as seguintes: “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário, respectivamente – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então

observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.” (BRASIL, 2016).

Como se vê, tratam-se de juristas renomados, que se apoiam em argumentos sólidos na intercessão pela execução da pena após segunda instância. Outros autores coadunam com essa linha de raciocínio, conforme o exposto por Gasparini (2018, p. 38).

A atual aplicação da lei permitindo a prisão antes do trânsito em julgado teve como efeito o encarceramento de figuras conhecidas no cenário nacional. Políticos e empresários que antes passavam a impressão de estarem acima das leis, hoje amargam duras penas cumpridas em presídios. Impossível dissociar o casuísmo de uma reanálise do tema num espaço tão curto de tempo, apenas dois anos, visto que os efeitos imediatos da alteração na jurisprudência no sentido de impedir a execução provisória da pena, seriam extremamente benéficos para os que hoje estão nela enquadrados e possuem capacidade financeira para interpor os inúmeros recursos que impediriam o início do seu cumprimento.

No entendimento de Barbagalo (2015, p. 93), “a sentença deve ser considerada ato imperativo, ato estatal lídimo, presumidamente válido e pronta para surtir efeitos”, principalmente nos casos em que tal decisão “é submetida a escrutínio na segunda instância e recebe aprovação de um colegiado de julgadores”.

O autor segue explicitando sua opinião ao proferir que “evidentemente que, ao confirmar o veredito inicial, a chancela do

Tribunal confere mais peso aos argumentos lançados na peça decisória inicial, reforçando-a como um todo, nos seus argumentos e na força do entendimento inicial. É evidente, portanto, que, mesmo a sentença proferida em instâncias ordinárias, possui plena possibilidade de surtir efeitos, sendo que alguns efeitos se produzem de imediato, enquanto outros se projetam no futuro, mas a decisão pode ser alterada por meio de recursos ou mesmo por ação rescisória (revisão criminal), de impugnação (*habeas corpus*), e esses efeitos podem ser, conseqüentemente, afastados.” (BARBAGALO, 2015, p. 93).

Não obstante, referido magistrado ressalta que, “em maior ou menor extensão, a depender do provimento, a sentença produz efeitos e tem possibilidade de produzir efeito pleno”. E, nas situações em que inexistente a possibilidade de impetração de recursos, evidentemente os efeitos dependerão do trânsito em julgado. “Contudo, saliente-se, que mesmo nesses casos, é possível modificar os efeitos da condenação, em razão da prevalência perene do *ius libertatis* individual por revisão criminal ou mesmo *habeas corpus*” (BARBAGALO, 2015, p. 93-94).

Alinha-se nesse mesmo sentido a decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes (2018): “Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após o esgotamento da análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria

subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em favor da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva. A tutela judicial efetiva, inclusive, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.”

Seu voto se baseia, portanto, na tese de que a espera pelo início do cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado incorreria em um período de tempo demasiadamente grande, em decorrência da possibilidade dos recursos especiais e extraordinários, o que pode trazer prejuízos à ação.

Uma observação bastante pertinente é trazida à tona por Assis (2018, p. 148) que, em seu texto, afirma: “Independentemente de qual o entendimento venha a prevalecer, ainda que possa ser questionado pela doutrina e pela sociedade ou que seja mais ou menos garantista, uma vez tomada a decisão, o STF deve zelar pela integridade, coerência e estabilidade de sua jurisprudência, velando pela permanência da tese que estabelecer. É preciso que o STF assuma um papel central e decisivo que contribua para a formação de uma cultura pretoriana em que predomine uma visão institucional

da Corte; que seus precedentes sejam compreendidos como representação da posição do Tribunal, e não como o resultado da soma da opinião de seus ministros retratada em seus votos e que pode ser livremente modificada a qualquer momento.”

Em seu trabalho de pesquisa, Silva (2016, p. 13) aponta que é preciso refletir tanto sobre os limites do princípio da presunção da inocência quanto o “necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.

Ou seja, é preciso ter em mente que o Supremo Tribunal Federal tem como papel fundamental ser o Guardião da Constituição, sendo prerrogativa sua a interpretação no caso de arguições de possíveis violações de seu texto. Entretanto, o colegiado tem a obrigação de julgar conforme a jurisprudência enquanto esta for majoritária. Alterações não devem ocorrer conforme o caso que chega ao Plenário, e sim, de acordo com o momento vivido, pois se assim não fosse, estaríamos sujeitos a uma insegurança jurídica extremamente prejudicial à sociedade como um todo (GASPARINI, 2018, p. 39).

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal pode ser considerado o baluarte da interpretação constitucional, limitando parâmetros, como explica Lenza (2011, p. 151):



Diante das premissas de interpretação postas, surge a necessidade de se estabelecerem parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da ideia de certeza e segurança jurídica. Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total da lei ou ato normativo ou o não conhecimento da ação em termos de segurança, prefere-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos. Nesse sentido, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a Constituição como verdadeira técnica de decisão.

Nesse sentido, é preciso evitar, a todo custo, uma interpretação unilateral, imutável, capaz de atender a todos os casos, como se fosse possível haver uma única leitura dos enunciados, a qual seria determinantemente correta. Tal premissa, além de fictícia, não torna a jurisprudência tradicional mais segura ou efetiva. A maioria das normas jurídicas tem entendimento plurais, dependendo, portanto, da interpretação caso a caso.

Sobre tal ótica, doutrina também Figueiredo (2012), para quem o dever de eficácia da persecução penal se sobrepõe à presunção de inocência, impondo “ao Poder Público a realização do processo criminal de forma útil, aplicando a lei penal quando efetivamente praticado um ato delituoso”.

Ademais, Maia (2018, p. 35) acrescenta que “quando falamos em execução provisória da pena, não estamos tratando das

hipóteses em que se busca a salvaguarda do resultado útil do processo. Cuida-se, na verdade, da própria entrega da prestação jurisdicional, que consubstancia o interesse público de punir aqueles que cometeram o delito, de modo a realizar o fim precípua do Direito Penal: reprimir as condutas inaceitáveis à vida em sociedade, de modo restaurar a ordem jurídica, restabelecendo a paz social e reforçando a segurança pública.”

Não se espera outra coisa da Justiça que não a condenação justa dos culpados. Em casos de réus confessos, por exemplo, onde não há margem para dúvida da culpabilidade do acusado, não há sentido em esperar o trânsito em julgado para que a pena comece a ser cumprida, causando ainda mais sofrimento às vítimas e a seus familiares.

Nos casos em que possa ter havido algum tipo de erro cujas consequências sejam nefastas ao acusado, o ministro Teori Zavascki indica a possibilidade de suspensão do processo: “Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios

recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos” (BRASIL, 2016).

Levando-se em consideração a robustez das provas e dos argumentos apresentados em desfavor do réu, sua presunção de inocência cai por terra já durante a segunda instância, não sendo necessário, portanto, aguardar o trânsito em julgado para que se inicie o cumprimento da sentença condenatória.

Portanto, a adoção da execução provisória da pena traz consigo a solução de uma série de bloqueios que provocam morosidade e causam uma sensação generalizada de que o ordenamento jurídico brasileiro deixa impune boa parte dos criminosos.

Sendo assim, adotar a prática da execução da pena após a condenação em segunda instância melhoraria os seguintes aspectos: a falta de harmonia existente entre a presunção de inocência e a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial; a impunidade decorrente da prescrição

executória; a interposição sucessiva de recursos nas Cortes superiores.

Outro benefício proveniente dessa atitude seria diminuir a sobrecarga de trabalho nos Tribunais, tanto do STJ quanto do STF, valorizando as decisões tomadas na primeira instância e trazendo celeridade e efetividade ao processo jurídico.

Ainda que representem um embate, as inovações são necessárias e bem-vindas, uma vez que a sociedade compõe um organismo em constante transformação. Logo, seus sistemas devem se atualizar de acordo com as novas demandas impostas pela inevitável modernização dos padrões sociais.

Todavia, apesar dos inúmeros argumentos favoráveis à adoção da prisão em segunda instância, em 07 de novembro de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal, em decisão apertada (6x5), entendeu que a presunção de inocência se estende até o esgotamento de todas as instâncias. Portanto, como regra, não é possível a execução antecipada da pena após o julgamento de segunda instância.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **RIL**, Brasília, a. 55, n. 217, jan./mar., 2018, p. 135-156.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 152.685 São Paulo**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 4 de abril de 2018.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14659566>>. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**.

Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 16 abr. 2020.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão durante o Processo Penal:**

entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

GASPARINI, Carolina Grasseli Cantarela. **O cumprimento da pena de prisão após decisão em segunda instância com base na jurisprudência do STF**. (Dissertação). Cachoeiro de Itapemirim: Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI), 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Carlos José Cavalcanti de; FERREIRA, Ana Mônica Medeiros. Decisões do STF sobre a prisão a partir da Segunda Instância e seus possíveis efeitos no combate à corrupção e à impunidade. **Revista UNI-RN**, Natal, v.17, n. 1/2, p. 39-64, jul./dez., 2017.

MAIA, Diego Barros. **Investigação da Constitucionalidade quanto à Prisão Penal Anterior ao Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória em Face da Presunção de Inocência.**

Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33 ed. rev. e atual. até a EC nº 95 de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, Victor Hugo Isabel Pereira da. **Relativização do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e a Admissibilidade de Execução Antecipada da Pena.** Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016.